

# DERECHOS REALES

FERNANDO ATRIA

En el Código Civil, la propiedad está protegida por diversas acciones. Una explicación sistemática de ellas debe incluir no sólo su enumeración y análisis, sino también sus relaciones recíprocas. Tratándose de las acciones reales, ésta es una tarea que es urgente, porque como se verá el sistema de acciones de protección del dominio contenido en el Código Civil tiene problemas de diseño. La razón de esto es que es un sistema de acciones diseñado para un régimen “tradicional” de propiedad y posesión, pero sobrepuesto a un régimen de posesión de bienes inmuebles que se aparta del tradicional en que se basa en una ficción: la inscripción. Por eso los temas incluidos en este comentario serán estos dos: las acciones de protección del dominio y la posesión, con especial énfasis en la inscrita.

## EL SISTEMA DE ACCIONES

La ley no sólo protege directamente el dominio (con la acción reivindicatoria), sino también lo protege indirectamente, protegiendo posiciones distintas del dominio pero cuya protección deriva del hecho de que son suficientemente cercanas al dominio. Ésta es parte de la justificación de la protección posesoria (pero sólo parte, como más adelante será relevante recordar), por lo que las acciones posesorias en general deben ser incorporadas en cualquier explicación de la protección del dominio (aunque veremos que los interdictos de restablecimiento y de restitución responden a una lógica distinta que el interdicto posesorio por excelencia, el de amparo). Adicionalmente, debe incluirse también, por el uso que de ella ha hecho la práctica, la acción de (comodato) precario. Si bien lo protegido por ésta no es el dominio (sino la tenencia, en la explicación tradicional), el protegido es el dueño.

Esta última observación es relevante porque nos permite hacer la distinción entre la calidad que debe invocar (y probar) el que ejerce una acción para que ésta sea exitosa de aquello que en el juicio es discutido. Ambas cosas no son necesariamente correlativas. Lo son, desde luego, en el caso de

la acción maestra de protección del dominio, la única que cuando es fallada no deja cuestiones pendientes: la reivindicatoria. Aquí el demandante, que ejerce la acción, debe probar su condición de dueño, y lo controvertido es precisamente el dominio. En las demás acciones de protección del dominio una de estas dos condiciones no son cumplidas, y por eso ninguna de ellas obsta al ejercicio de la acción reivindicatoria, oportunidad en lo que aquello que no fue discutido puede ser controvertido sin que pueda oponerse por el demandado la excepción de cosa juzgada. En esta parte del comentario nos referiremos, en ese orden, a la acción de precario, los interdictos posesorios y la acción reivindicatoria. Por último, al final de esta sección será necesario referirse al uso (y especialmente abuso) del recurso de protección de garantías constitucionales como acción de protección del dominio.

### *La acción de (comodato) precario*

#### EL PRECARIO Y EL COMODATO PRECARIO

El Código Civil distingue el precario del comodato como se distingue la especie del género. El segundo es un contrato definido en el artículo 2174 del Código Civil, y el primero es el nombre que toma el segundo “si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo” (art. 2194 CC): el precario es una especie de comodato. La doctrina tradicional distingue el precario cuando es una especie de comodato de una tercera figura, y para eso llama al precario o comodato precario “comodato precario” y a esta figura sólo “precario”. Ésta sería “una confusa institución”<sup>1</sup> que, a pesar de ser “una simple situación de hecho”<sup>2</sup> es tratada como contrato: la del inciso segundo del artículo 2195. Pero estrictamente no hay tres sino dos figuras: el comodato y el precario, ambas formas contractuales. El inciso segundo del artículo 2195, sin embargo, asimila a contrato de precario una situación no contractual, “la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”. Que el Código no pretende crear una nueva figura, sino asimilar a la figura contractual de precario una situación que en principio es diferente de ella lo demuestra lo que la doctrina tradicional considera un error, una contradicción de Bello: el uso de la palabra “también” en esa regla: “constituye también [es decir, también comodato] precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato, y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”. Pero una atenta lectura de los dos artículos en cuestión muestra que no hay contradicción: en virtud del contrato de

1 Vergara, S. I.: *El Comodato Precario y el Simple Precario ante el Derecho y la Jurisprudencia* (Santiago: Conosur, 1991), 9.

2 Halabi, F. y C. Saffirio: *La Acción de Precario ante la Doctrina y la Jurisprudencia* (Santiago: Conosur, 1996), 15

comodato el comodante debe respetar el uso que el comodatario hace de su cosa, salvo que se reserve la facultad de pedir la restitución en cualquier tiempo. En este último caso el contrato “toma el título de precario” (art. 2194 cc). El artículo 2195 contiene dos reglas: una (la del inciso primero) que pretende interpretar la voluntad de las partes y otra que califica como precario lo que de acuerdo a su naturaleza no lo es (inciso segundo). La doctrina, apartándose de las denominaciones usadas por el código, llama “comodato precario” a la primera y “precario” a la segunda.

Ahora bien, la doctrina tradicional cree tener una buena razón para enfatizar la distinción que Bello no enfatizó, entre “comodato” precario y precario. Si “comodato” significa “contrato en que una de las partes entrega a la otra una especie para que haga uso de ella y la restituya” (cfr. art. 2174 cc), ¿Cómo puede el artículo 2195 inciso 2º declarar que constituye (“también”) un contrato de ese tipo la tenencia de una cosa *sin previo contrato*?

Pero si la doctrina cree tener una buena razón para hacer la distinción entre precario y “comodato” precario, Andrés Bello también tenía una para ignorarla. Para entender esta razón, sin embargo, será necesario desviarse algo de la materia de este comentario, y referirnos a la forma contractual en la que el comodato se encuentra, es decir, la de los contratos reales.

#### LOS CONTRATOS REALES

La distinción de los contratos entre reales, consensuales y solemnes que menciona el artículo 1443 del Código Civil es tradicional desde los tiempos del derecho romano, pero es mucho más que una distinción entre contratos según su modo de perfeccionamiento. Como es sabido, en Roma el solo consentimiento no era capaz de crear obligación alguna (*ex nudo pacto non oritur actio*), salvo en el caso de ciertos contratos especiales: compraventa (*emptio venditio*), arrendamiento (*locatio conductio*), mandato (*mandatum*) y sociedad (*societas*)<sup>3</sup>. Estos cuatro contratos eran, entonces, contratos consensuales, en los que por excepción se aplicaba la regla que hoy nos parece natural: *pacta sunt servanda*. Fuera de estos casos de excepción, un acuerdo entre dos partes no era suficiente para crear una obligación jurídicamente exigible. Para que esto ocurriera era necesario un elemento adicional. En algunos casos ese elemento adicional era una *forma*: en la estipulación, la ritualidad de pregunta-respuesta con verbos

3 Además de cualquier tratado o manual de contratos en el derecho romano, véase Watson, A.: *The Evolution of Law* (Oxford: Basil Blackwell, 1985) y Watson, A.: *Society and Legal Change* (Edinburgh: Scottish Academic Press, 1977), 12-22. Watson reflexiona agudamente sobre lo que el (claramente disfuncional) sistema de contratos romano muestra respecto de la forma de evolución del derecho. Lo que sigue en el texto principal intenta mostrar la relevancia de la idea de que el derecho, como fenómeno cultural, tiene una forma particular (o quizás: demasiado común) de evolución.

correspondientes<sup>4</sup>. En otros casos era la entrega de la cosa. En todos estos casos la obligación no descansa, no se fundamenta en el consentimiento desnudo de las partes: en la *stipulatio*, la obligación era creada por la ritualidad (recuérdese que la *stipulatio* era de derecho estricto, por lo que mantenía muchas características del derecho antiguo, entre ellas esta idea formalista que evoca la creencia en el vínculo jurídico como un vínculo mágico<sup>5</sup>). En el caso de los contratos reales, la obligación surge cuando una de las partes ya ha hecho algo por otra, por lo cual el fundamento de la responsabilidad del obligado puede ser encontrado en la necesidad de evitar la transferencia patrimonial injustificada que se produciría si el derecho no reconociera la obligación del deudor de restituir la cosa (depósito, comodato) o su equivalente (mutuo).

Es este punto el que debe tenerse presente al estudiar la reglamentación de los contratos reales. La manera en que nosotros entendemos y justificamos la obligación contractual hace referencia al acuerdo de voluntades: el contrato obliga porque es un ejercicio de voluntad libre (*pacta sunt servanda*). No se necesita, en consecuencia, nada más que asegurar la presencia de un consentimiento libre y serio para poder dar por nacida la obligación. Esta es la concepción que subyace al régimen contractual del Código Civil. Para nosotros la compraventa de bienes muebles es, lejos de una excepción, el paradigma de la forma contractual. Cuando por excepción el consentimiento no es suficiente para crear una obligación la justificación de la exigencia adicional (formalidad) siempre apunta a la necesidad de proteger algo considerado valioso (e.g. la propia voluntad de las partes, en el caso evidente de las formalidades habilitantes son el caso más evidente de todos)<sup>6</sup>.

En este modelo ha sido siempre difícil acomodar los contratos reales. En éstos no basta el consentimiento serio y libre de vicios: es necesario que una parte haga algo por la otra, en la forma de entregar o tradir una cosa. Ellos son el ejemplo típico de la obligación contractual cuando *pacta non sunt servanda*, es decir cuando *ex nudo pacto non oritur actio*. Aquí el vínculo aparece, aunque antes ya haya consentimiento, sólo cuando una de las partes ya ha sufrido un perjuicio o recibido un beneficio, *porque* lo ha sufrido o recibido. La subsistencia en el Código Civil de contratos como los reales que responden a una teoría sobre la fuerza obligatoria de

4 Véase, entre otros, Schulz, F.: *Principles of Roman Law* (Oxford: Clarendon Press, 1936), Guzmán, A.: *Derecho Privado Romano* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996) y Zimmermann, R.: *Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Cape Town: Juta, 1990).

5 Véase Hägerström, A.: *Inquiries into the Nature of Law and Morality* (Stockholm: Alquist / Wicksell, 1953), y en contra MacCormack, G.: "Haegerstroem's Magical Interpretation of Roman Law", en *The Irish Jurist* (1969), pp 153-167.

6 Véase en general, Zimmermann, R.: *Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Cape Town: Juta, 1990), 82ss.

los contratos que es incompatible con la doctrina aceptada por el Código es una muestra del modo en que el derecho evoluciona: incrementalmente, construyendo una capa de conceptos sobre la capa anterior que no se desecha sino que queda ahí, anómala<sup>7</sup>.

Este modo de evolución del derecho tiene como consecuencia que en un mismo texto, como el Código Civil chileno, coexisten instituciones jurídicas que responden a justificaciones o lógicas distintas; pero el Código como una unidad pretende tener una sola lógica que lo atraviesa. En el caso del Código Civil chileno esta lógica es la de la teoría clásica del contrato, que hace recaer todo el peso de la obligatoriedad del contrato sobre la idea de la voluntad libre de las partes (véase arts. 1545, 1560 cc). Pero los contratos reales son incoherentes con esa comprensión de la obligación contractual. Y por eso no es extraño que la existencia misma de los contratos reales sea objeto de discusión. En efecto, si *pacta sunt servanda*, ¿qué razón podría haber para negar validez a un acuerdo consensual de entregar una cosa mueble para que el que la recibe la use y luego la restituya?

Consideraciones como las anteriores han llevado a algunos autores a sugerir derechamente la eliminación de la categoría misma de contratos reales y transformarlos en contratos consensuales o solemnes en su caso. Uno de ellos fue Arturo Alessandri:

En primer lugar, no es efectivo que en todos los contratos reales la principal obligación del deudor sea restituir la cosa. Así el mutuante, comodante, depositante o deudor prendario no entregan la cosa con el fin exclusivo de que el mutuario, depositario, comodatario o acreedor prendario la restituyan: el fin esencial del contrato, y de la entrega, por lo tanto, es procurar al mutuario y comodatario el uso y goce de la cosa; encargar su custodia al depositario; o garantizar la obligación principal que liga a las partes, con respecto al acreedor prendario.

7 Véase López, J.: *Los Contratos (parte general)* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986), 94, que no se suma a la tendencia, que será mencionada más adelante, que aboga por la abolición de la categoría de los contratos reales. Citando a J. Ghestin y J. Carbonnier, afirma que la categoría del contrato real “responde a una concepción menos intelectual, pero mucho más concreta y por lo mismo más verdadera, de las relaciones contractuales”. Lo que nosotros entendemos como la “teoría general del contrato”, que lo define como un acuerdo de voluntades, es en realidad el resultado de la síntesis, lograda en la época de la codificación, de la tradición jurídica continental y el liberalismo económico. Hay buenas razones para pensar que esa síntesis no es capaz de dar cuenta de la realidad del intercambio contractual actual, en que el contrato puramente consensual y detenidamente negociado entre dos partes dotadas de los recursos y la información necesarios para hacerlo son la excepción y no la regla. Lo que parece necesario es una nueva síntesis que dé cuenta de la masificación del consumo, fenómeno que se generaliza después de la codificación. Una síntesis de este tipo bien podría volver sobre la idea de que las relaciones contractuales surgen cuando alguien ha recibido un beneficio o ha sufrido un detrimento a manos de otro, de modo que el acuerdo cumple una función probatoria y no constitutiva de los términos de la relación entre ambas partes. Esta tesis es desarrollada en Atiyah, P. S.: “Contracts, promises, and the law of obligations”, en *Essays on Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1986), pp 10-56.

La restitución de la cosa no es más que la consecuencia necesaria de haber sido ésta entregada, y nada impide que el contrato pueda formarse sin ella (el arrendatario, por ejemplo, está obligado a restituir la cosa arrendada al arrendador al vencimiento del plazo convenido y, sin embargo, el contrato es y ha sido siempre consensual y bilateral).

¿Qué inconveniente puede haber, se pregunta Alessandri, para que el mutuo, el comodato y el depósito sean contratos consensuales, caracterizados por el hecho de que una parte se obliga a entregar una cosa para que la otra se obligue a restituirla en cierto plazo, o al término de su uso, goce o custodia? De ser así existiría un solo contrato en vez de dos contratos sucesivos (como pasa en los casos en los cuales el contrato real va precedido de una promesa) y la entrega de la cosa no sería un requisito para la formación del contrato, sino el primer acto de ejecución del mismo. Así, si una persona hoy conviene con otra en darle una cosa en comodato, mientras la cosa no se entregue hay en realidad una promesa de comodato (si se cumplen los exigentes requisitos del art. 1554 CC<sup>8</sup>) y una vez entregada la cosa, un comodato. En la tesis de Alessandri, si los contratos reales se convirtieran en consensuales (o solemnes en su caso) habría sólo un contrato consensual de comodato, y la entrega constituiría el cumplimiento de la obligación del comodante.

La anomalía se hace más notoria si recordamos que la entera categoría de contratos nominados hoy en día carece del sentido restrictivo que tenía cuando los contratos innominados no eran fuente directa de acciones, por ser desnudos<sup>9</sup>. ¿Qué obsta, entonces, a que las partes acuerden un contrato innominado de comodato consensual? Sin embargo, conforme a la regulación del Código Civil parecería que eso sería un contrato de promesa de comodato, y sería por lo tanto solemne conforme al artículo 1554.

Ahora bien, ¿cuál es la relevancia de todo lo anterior para iluminar las razones que tiene el Código Civil para ignorar la diferencia entre el “contrato” de comodato y el “mero hecho” del precario? Aquí puede ofrecerse la siguiente hipótesis: tratándose de contratos reales la importancia del consentimiento es secundaria, porque lo que fundamenta su obligatoriedad no es el puro consentimiento sino el hecho de que ha habido una transferencia patrimonial que, por las mismas razones de justicia correctiva que subyacen a todo el derecho civil patrimonial, debe ser compensa-

8 La promesa de un contrato real está contemplada expresamente en el art. 1554 N° 4, cuando dice que el contrato prometido debe especificarse de tal forma que solamente falte la tradición de la cosa para que sea perfecto. Pero el contrato real sólo se perfeccionará cuando se entregue la cosa.

9 En otras palabras: si no había más que un acuerdo entre las partes, el contrato generaba una acción sólo si se trataba de un contrato nominado. Si era innominado el acuerdo era insuficiente, y para que tuviera acción había que darle forma (mediante la estipulación) o debía ser cumplido por una parte.

da jurídicamente. Normalmente esa transferencia patrimonial habrá sido antecedida de un acuerdo entre las partes. Pero aunque no lo haya sido, las mismas razones de justicia correctiva recomendarían reconocer al perjudicado una acción para restablecer las relaciones patrimoniales. Por eso, tratándose del comodato, lo decisivo no es que haya habido un acuerdo de voluntades, sino que uno haya entregado la cosa al otro, o, de modo más preciso aún, que uno detente algo de otro sin más título que su tolerancia o ignorancia. Desde el punto de vista de un contrato real, el hecho de que la cosa haya sido entregada (o más precisamente, que la cosa esté siendo detentada por quien no es su dueño) es más relevante que el hecho de que esa entrega haya sido precedida por un acuerdo.

Que la posibilidad de reconducir el contrato a la libre autodeterminación de las partes es menos decisiva en el caso de los contratos reales puede ser mostrado considerando otro de los contratos reales regulados en el Código Civil: el de depósito, que también incluye una figura no contractual (en tanto no supone “el concurso real de las voluntades de dos o más personas” en el sentido del art. 1437), el denominado “depósito necesario” (art. 2236 CC). Lo notorio aquí no es que la voluntad del depositante no sea libre, porque la situación en la que se encuentra le impide elegir la persona del depositante. Después de todo, eso sería sólo un estado de necesidad que por no ser determinante en términos del artículo 1457 no viciaría el consentimiento (la fuerza no ha sido ejercida con el objeto de obtener el consentimiento). No, lo notorio aquí es la situación del depositario, cuya voluntad es irrelevante. Dada la necesidad del prospectivo depositante, la ley le impone al depositario la obligación de recibir la cosa en depósito y adicionalmente aumenta la diligencia a la que lo obliga (art. 2239 CC: culpa leve cuando conforme al art. 1547 CC debía ser culpa grave). Entender que el futuro depositario puede imponer sus condiciones al futuro depositante ignora el hecho de que la ley precisamente atiende a la necesidad del depositante, no al interés del depositario. De nuevo, que la ley niegue a una parte libertad para negarse a entrar en un contrato es extraño, pero no en el contexto de los contratos reales en los cuales el consentimiento es relativamente indiferente.

Volviendo al comodato, podemos decir lo siguiente: la situación caracterizada por el hecho de que una persona usa algo de otro previo acuerdo y en que lo usa sin previo acuerdo tiene un rasgo común y uno que los distingue. Desde el punto de vista de la doctrina clásica del contrato (*pacta sunt servanda*), lo que las distingue es primario, y lo que las asemeja es secundario. Pero desde el punto de vista de la lógica propia de los contratos reales, lo que las asemeja es primario, y lo que las distingue es secundario. Ahora bien, eso que es de importancia secundaria puede ser difícil de establecer judicialmente, y de ahí la regla del inciso 2º del 2195:

es indiferente si hay o no contrato, lo decisivo es que el dueño tenga o no la obligación de soportar el uso de la cosa por el que tiene la cosa, porque sólo en este caso gozará éste de protección ante la demanda de aquél. Por consiguiente, la real distinción no es entre los casos en los que hay contrato y los casos en que no lo hay. La distinción importante es entre los casos en que alguien detenta una cosa de otro de modo que el dueño tiene la obligación de soportar ese uso (y eso se denomina, cuando es gratuito, comodato) y los casos en los que alguien usa una cosa ajena sin que el dueño tenga la obligación de soportar ese uso, que puede entonces terminar cuando el dueño quiera (comodato precario). La primera situación sólo puede darse porque comodante y comodatario han pactado un plazo (o una condición) para la devolución de la cosa, y por eso sólo puede ser convencional (hay otras circunstancias en las que el dueño puede tener el deber de soportar el uso de su cosa por un tercero, pero esas situaciones son subsumibles bajo reglas más localmente aplicables: las de arrendamiento, usufructo, derecho de retención<sup>10</sup>, etc). La segunda situación, precisamente porque el dueño no tiene una obligación de soportar el uso, puede o no ser contractual. La diferencia entre ambas es irrelevante, pero su establecimiento judicial puede ser difícil. El Código corta por lo sano y las asimila:

Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución. Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño (art. 2195 cc).

#### EL PRECARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 2004

Ahora estamos en condiciones de comentar la jurisprudencia de precario del año 2004. La cuestión surgió en varias ocasiones. En *Rodríguez con Avendaño* la disputa versó sobre el requisito de que la ocupación de la cosa por el demandado debe ser por ignorancia o mera tolerancia del dueño. En efecto, el demandado alegaba que usaba el predio de cuya restitución se trataba en virtud de un contrato con un tercero. El demandante tenía la posesión inscrita del inmueble, que había obtenido por compraventa. Esa compraventa había sido realizada, según la parte demandada, en infracción del artículo 1749 del Código Civil, pues el vendedor y la persona a nombre de quien el demandado alegaba ocupar el bien habían estado casados en sociedad conyugal al tiempo de la compraventa y la propiedad había sido vendida sin la autorización de la mujer. Por esta razón la entonces cónyuge del vendedor, a nombre de quien el demandado detentaba, había demandado la nulidad de la compraventa, en un juicio que estaba pendiente.

<sup>10</sup> Véase el caso del art. 669 cc, discutido en 1 *Com.* 22ss.

En primera instancia el demandante obtuvo sentencia favorable, que se basó en la presunción de dominio del inciso 2º del artículo 700 del Código Civil. Habiendo el demandante probado que era dueño de la cosa, el juez entendió que correspondía al demandado probar que ocupaba la cosa a un título distinto que la ignorancia o mera tolerancia del dueño, lo que a juicio del juez no fue capaz de hacer. Probados los supuestos de la acción de precario, la sentencia condenó al demandado a restituir dentro de tercero día.

No es claro, sin embargo, qué es lo que la jueza de primera instancia esperaba que el demandado probara para decidir a su favor. Ella desecha las declaraciones de testigos con el siguiente argumento:

La declaración de los testigos no puede admitirse para probar que ocupa la propiedad a un título distinto de la mera tolerancia del dueño pues de sus dichos no se deduce otra cosa más que el demandado ocuparía la propiedad porque es la antigua dueña la que permitiría que él se encuentre allí, sin precisar en qué calidad lo hace si como mediero o trabajador (c.13[12] sent. prim. inst.).

Esta consideración, sin embargo, fue considerada decisiva por la corte de apelaciones, que revocó la decisión de primera instancia y falló a favor del demandado, porque éste detentaba

Por consentimiento [de la] cónyuge del anterior dueño de la propiedad [...] quien se pretende, a su vez, dueña del inmueble (c.1 sent. seg. inst.).

El argumento de segunda instancia, sin embargo, no impresionó a la Corte Suprema, que acogió el recurso de casación en el fondo, entendiendo que “el elemento esencial del precario, lo constituye una mera situación de hecho, *la ausencia total de vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del inmueble reclamado*” (c.9 sent. cas.). Habiendo interpretado de este modo el artículo 2195, la conclusión cayó por su propio peso: como en todo caso las alegaciones del demandado no pretendían la existencia de un vínculo entre él y el demandante que justificara su ocupación del predio, aún cuando ellas fueran verdaderas no obstarían a que la demanda fuera acogida.

Esta comprensión del artículo 2195 es defectuosa. La exigencia de que la detentación sea por ignorancia o mera tolerancia del dueño no se satisface por la constatación de la inexistencia de un vínculo jurídico entre el demandante que ha probado ser dueño y el demandado que detenta. Si el demandado detenta a nombre de un tercero, la real controversia será entre este tercero y el demandante, porque será el tercero a nombre del cual el demandado detenta el que, con razón o sin ella, pretende tener un derecho que se opone al del demandante. Es interesante comparar esta situación con la de la acción reivindicatoria. Aquí la ley exige que la acción se dirija contra quien pretende tener sobre la cosa reivindicada un derecho que niega el derecho de quien ejerce la acción, que sólo puede ser quien es posee-

dor de la cosa, es decir, quien se pretende dueño. El tenedor no es legítimo contradictor en juicio de reivindicación, porque no pretende tener un derecho sobre la cosa. Por eso el artículo 896 impone al tenedor la obligación de declarar el nombre de la persona a nombre de quien detenta, con el objeto de que el reivindicante sepa quién debe ser el destinatario de la acción.

La cuestión es si lo dicho acerca de la reivindicación es aplicable a la acción de precario, que tiende a recuperar para el dueño la tenencia de la cosa. Si bien la calidad que el demandante debe probar para ser exitoso en su acción es la de dueño, lo discutido no es el dominio, y por eso podría sostenerse que el tenedor es legítimo contradictor.

Pero esto lleva a conclusiones absurdas. Supóngase que hay dos personas con inscripciones a su nombre (como ocurrió en *Inmobiliaria Lo Curro con Callejas*, comentado más abajo). La que además detenta materialmente arrienda a un tercero. El otro poseedor inscrito demanda al arrendatario de precario. El demandado se defiende alegando que detenta a nombre de quien posee la cosa, y acompaña copia de la inscripción de su arrendador. El demandante, por su parte, se defiende con la tesis de la Corte Suprema, afirmando que la esencia del precario es “la ausencia total de vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del inmueble”. Como el demandado no reclama la existencia de un vínculo entre él y el demandante, la demanda debe ser acogida. Habiéndose restituido la cosa al demandante, éste la arrienda, y será ahora el otro poseedor inscrito el que la podrá reclamar mediante la misma acción de precario. El mismo argumento que justificó el éxito de la primera demanda justifica ahora el éxito de la segunda. Esta situación es iterable, por lo que podría haber una infinidad de sentencias condenatorias de restitución sin que nunca deban litigar quienes tienen verdaderamente las pretensiones opuestas. La solución es a todas luces evidente: uno de ellos deberá demandar de reivindicación al otro, decidiendo de una buena vez cuál de las dos pretensiones de dominio es jurídicamente correcta.

Por supuesto, podría decirse que la situación anterior es demasiado improbable, porque supone la existencia de dos inscripciones del mismo bien. Desde luego, el sistema de inscripción registral supone que esto no será el caso, u ocurrirá sólo excepcionalmente. Pero no puede responderse el argumento anterior de esta manera. En primer lugar, la situación de hecho ocurre con cierta reiteración, de lo que es mínima prueba el hecho de que otra de las sentencias a ser comentadas aquí (*Inmobiliaria Lo Curro con Callejas*) se refiere a este problema. Pero esta situación sólo es más clara, pero no cualitativamente distinta, de la que ocurrió en el caso en comento. Aquí la parte demandada alegaba detentar a nombre de quien tenía una pretensión que se oponía a la del demandante de precario. El criterio seguido por la Corte Suprema hace a

esta circunstancia irrelevante, porque la pretensión de quien alegaba un derecho contrario al del demandante no era la existencia de un vínculo jurídico entre ellos dos: era que la pretensión del demandante se fundaba en un título inválido. Es claro que aquí la controversia verdadera es entre la cónyuge del vendedor del demandante y el demandante. Si la demandada de precario hubiera sido ella, la acción habría debido ser rechazada, porque la cuestión habría debido ventilarse (como lo estaba siendo, por lo demás) en un juicio de nulidad y reivindicación iniciado por la cónyuge del vendedor del demandante contra el que aquí aparece como demandante.

Quizás éste es un criterio aplicable jurisprudencialmente para determinar si procede la acción de precario en circunstancias como las descritas: la acción procede si procedería también contra aquél a cuyo nombre el demandado dice detentar. Aplicando este criterio a este caso, debe concluirse que la acción debe ser rechazada: el tercero a nombre de quien el demandado detentaba tenía una pretensión que podría haber opuesto al demandante enervando la acción de precario: ella podría haber alegado la nulidad del contrato de compraventa como excepción, y eso habría sido suficiente para que la acción de precario fuera rechazada, porque el juicio sumario no es el procedimiento en el cual la nulidad de un contrato debe ser discutida.

De lo anterior se sigue que es un error entender la frase “por ignorancia o mera tolerancia del dueño” del inciso segundo del artículo 2195 en el sentido de que ésta establece que el requisito esencial del precario es la “ausencia total de vínculo jurídico” entre demandante y demandado. Esta interpretación lleva a declarar erradamente irrelevantes las alegaciones del demandado de detentar a nombre de un tercero. Pero lleva también a otra conclusión errada, esta vez irónica: a rechazar sin más la acción de precario cuando el demandado ha logrado probar algún vínculo con el demandante. Esta tesis aparece nítidamente expresada en *Farías con Magnere*:

La ocupación del inmueble de autos por parte de la demandada, además, proviene de la autorización expresa, esto es, de la voluntad del propio actor y no de una situación de facto [...] Tal circunstancia resulta incompatible con el presupuesto de la mera tolerancia característico de la acción de precario prevista en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil (c.24 sent. prim. inst).

La tesis es evidentemente equivocada. En primer lugar, no hay una acción de precario en el inciso segundo del artículo referido, porque como hemos visto, no hay una “categoría” de precario que sea independiente del comodato precario. Lo que hace el inciso segundo del artículo 2195 es asimilar al comodato precario una situación en la cual una persona usa una cosa por ignorancia o mera tolerancia del dueño. Lo que esto implica es que la distinción que el juez se esfuerza en hacer es precisamente irrelevante:

la cuestión de si hay o no acuerdo entre el demandante de precario y el demandado es indiferente, porque en ambos casos la conclusión será la misma (recuérdese que el procedimiento sumario es aplicable al caso en virtud del artículo 680 N° 6, CPC que no se refiere al precario sino al “comodato” precario). Lo que es decisivo para determinar si es comodato o “comodato” precario, como ya hemos visto, es si el dueño tiene o no una obligación de respetar el uso de la cosa por el comodatario. Ésa es la distinción relevante: si el dueño tiene esa obligación, deberá esperar que concurra alguna de las circunstancias del artículo 2180 y eso, por su naturaleza, es una cuestión que debe discutirse en un juicio ordinario (aquí la acción comodataria directa no se substancia a través de un juicio sumario). Si el comodante no tiene esa obligación, entonces basta que exprese su voluntad para que el comodatario tenga la obligación de restituir. Eso puede ocurrir en dos casos: (i) si hay contrato, y en virtud de él el comodante ha entregado la cosa al comodatario para su uso reservándose el derecho de exigir su restitución en cualquier momento y (ii) si no hay contrato. Por eso el hecho de que haya acuerdo entre demandante y demandado no obsta a la procedencia de la acción de precario, porque es posible que haya habido un acuerdo en virtud del cual el dueño permite el uso de la cosa sin asumir la *obligación* de respetar ese uso<sup>11</sup>.

En *Farías con Magnere* la demandada hizo dos alegaciones: en primer lugar, alegó que el demandante le había permitido el uso de la cosa de cuya restitución se trataba, y la jueza acogió ese argumento declarándolo erróneamente incompatible con el (comodato) precario. Nótese lo absurdo de la conclusión del juez: si el dueño ha consentido en la entrega de la cosa para uso y beneficio del comodatario, no procede solicitar su restitución mediante la acción de comodato precario, que es el contrato de comodato en el cual el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo.

El segundo argumento de la demandada fue que el inmueble había sido adquirido durante el concubinato entre ella y el demandante, por lo que ella era comunera en su propiedad. Este argumento es mucho más fuerte que el anterior y está en armonía con otros casos en los cuales los tribunales se han debido pronunciar sobre las consecuencias jurídicas de formas de convivencia que tienen todas las características substantivas del matrimonio pero que no han adoptado la modalidad matrimonial, normalmente a causa de la existencia de un vínculo matrimonial anterior no disuelto (véase *Montoya con Osses*). La jurisprudencia ha tendido correctamente a reconocer la relevancia patrimonial de estas relaciones no matrimoniales. Ahora bien, la determinación de cuáles son en concreto los

<sup>11</sup> Este hecho, sin embargo, sí es relevante para cuestiones probatorias, sobre las que volveremos más abajo.

derechos patrimoniales que corresponden, si alguno, a cada una de las partes, es naturalmente una cuestión que no puede ser discutida en un procedimiento sumario, y por eso el juez correctamente decidió rechazar la demanda por esta razón.

En la sentencia de primera instancia la primera argumentación (sobre que no había precario porque había autorización expresa del demandante) fue ofrecida “a mayor abundamiento”, y la segunda (sobre los efectos patrimoniales del concubinato) fue ofrecida como *ratio decidendi*. Apelada la sentencia, fue confirmada en segunda instancia. Recurrida de casación en el fondo, la Corte Suprema desechó el recurso. La justificación que ofrece la Corte para desecharlo no es demasiado expresa. Primero enumera los hechos que han sido establecidos por los jueces del fondo, entre los que se encuentra

que una vez producida la separación de la pareja [formada por el demandante y la demandada, de acuerdo a otro de los hechos fijados que enumera la Corte], a mediados del año 2000, el actor en forma expresa autorizó a la demandada para continuar la ocupación del inmueble (c.3.d).

A continuación la Corte se limita a constatar, sin ofrecer mayor argumento, que

En estas condiciones, y conforme a los hechos aludidos en el motivo anterior, resulta evidente que no concurren todos los requisitos que el precario, considera para estimarlo comodato según el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil, por lo que no se cometió error de derecho al desestimar la demanda de precario (c.4; las comas y su disposición son de la Corte).

Pareciera ser que la Corte sigue el argumento a mayor abundamiento del juez de la instancia, en el sentido de que la autorización expresa excluye el precario. Ya hemos visto que esto carece de sentido, pero la referencia de la Corte lo hace más evidente. ¿No hay precario (“comodato” precario) si hay acuerdo? ¿Entonces cuándo hay “comodato” precario? Que la Corte se apoya en el *obiter dictum* (incorrecto) del juez, y no es su (correcta) *ratio* queda claro al leer que, para la Corte, “atendida la naturaleza de la acción interpuesta la existencia de un concubinato entre las partes es ajena a la *litis*” (c.5).

En *Santiago con Salazar* se ejerció una “demanda de comodato precario” en contra de quien detentaba con el mérito de una promesa de compraventa celebrada entre la demandada y el antecesor en el dominio de la demandante. La escritura pública de este contrato fue acompañada por la demandada, sin embargo, bajo el apercebimiento equivocado, lo que llevó a la demandante a objetarlo. El juez acogió la objeción y luego la demanda. Apelada la sentencia, la corte de apelaciones rechazó la objeción y, con el mérito de ese documento, rechazó la demanda con una fundamentación que merece ser reproducida *in extenso*:

Que si bien el contrato de promesa aludido no contiene una cláusula expresa que entregue a la demandada la tenencia de la porción del inmueble que ocupa, existen antecedentes claros en el sentido de que dicha ocupación deriva directa y precisamente del contrato de promesa de compraventa celebrado con el antecesor del actor en el dominio del inmueble objeto de este juicio. En efecto, esos antecedentes son: a) el citado contrato [...] aparece fechado el 25 de septiembre de 1989; vale decir, con más de tres años de anterioridad a la adquisición del dominio por parte del demandante, quien sólo lo obtuvo por compra que hizo el 27 de marzo de 1993 [...]; b) en la escritura pública de promesa de compraventa, tanto la promitente vendedora como la promitente compradora aparecen domiciliadas en la “localidad de Huatulame, calle Bernardo O’Higgins sin número”, que corresponde precisamente a la ubicación del inmueble prometido vender; c) en la cláusula tercera de la promesa de compraventa, al individualizarse la porción objeto de la promesa se señala como deslinde “el saldo de la misma hijuela que permanece en poder de la promitente vendedora”, y d) el precio estipulado se pagó, según establece la cláusula quinta, con más de la tercera parte al contado, al suscribirse la promesa, pactándose el pago del saldo en sólo cinco cuotas mensuales, circunstancias perfectamente compatibles con una entrega anticipada de lo prometido vender (c.4, sent. seg. inst).

Sobre la base de esta consideración la Corte dio por establecido el hecho de que la tenencia de la demandada tenía un origen contractual, y esto a su vez fue decisivo para que desechara la acción, revocando la sentencia de primera instancia:

Habiéndose mostrado el origen contractual de la tenencia que la demandada detenta sobre la porción de terreno que el actor pretende recuperar mediante acción de precario, resulta que esta acción no podrá prosperar por faltar uno de los elementos esenciales que establece el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, cual es que la tenencia se ejerza por ignorancia o mera tolerancia del dueños, sin derivar en un vínculo contractual (c.6).

Aquí resulta relativamente claro que lo que motivó a la corte de apelaciones a fallar como lo hizo fueron consideraciones de equidad, porque el argumento es derechamente insostenible. En primer lugar, de acuerdo a la sentencia de primera instancia lo ejercido por el actor había sido una demanda de “comodato” precario, por lo que ella suponía la existencia de un vínculo contractual. Pero la sentencia de segunda instancia desecha la acción sobre la base de que existe un vínculo contractual. El hecho de que la jurisprudencia de precario tienda a adoptar esta solución, en la que la existencia o inexistencia de un vínculo contractual es lo determinante, es una paradoja particularmente irónica, porque como hemos visto la finalidad de la regla del inciso segundo del artículo 2195 es precisamente reducir a la irrelevancia el hecho de que haya habido o no consentimiento entre demandante y demandado, al dar al caso en que no hay acuerdo el mismo tratamiento que da el inciso anterior al caso en que hay acuerdo. Pero en todo caso todo esto es irrelevante, porque no puede haber dudas respecto de que dadas las cosas como las sentó la sentencia de segunda

instancia la demandada no podría haber pretendido nada más que un derecho personal sobre la antecesora del actor, o su sucesión en su caso. No hay argumento alguno que justifique la decisión de la corte de apelaciones en el sentido de que la demandada tenía un derecho que de alguna forma fuera oponible al dueño de la cosa.

Con todo, no es difícil apreciar lo dificultoso de la posición de la corte de apelaciones, que como veremos más adelante es consecuencia de la manera en que está hoy legalmente configurada la protección de la posesión de inmuebles. Si la demandada hubiera intentado regularizar su posesión del bien litigioso, el legislador le habría reconocido mejor derecho que al demandante (art. 19 N° 1 inc. 2° DL 2695). Pero en un procedimiento de (“comodato”) precario no sólo no tiene la demandada mejor derecho: jurídicamente, no tiene *nada* que invocar contra el demandante. Ésta es una situación absurda e insostenible, que no puede sino dejar a los tribunales enfrentados a fallar en contra de quien conforme a la ley tiene mejor derecho o fallar contra ley.

Si la corte de apelaciones eligió la segunda vía, la Corte Suprema eligió la primera al casar en la forma de oficio la sentencia de segunda instancia. Lo hizo porque a su juicio la sentencia recurrida contenía considerandos contradictorios, pues reconocía por una parte el dominio de la demandante y la ocupación de la demandada pero por otra sostenía que la demandada había recibido una entrega anticipada del bien comprado. Dictando sentencia de reemplazo, la Corte Suprema desechó la invocación del contrato de promesa de compraventa con el siguiente argumento:

El documento acompañado por la demandada [...] que da cuenta de una promesa de compraventa que ella habría celebrado respecto del terreno que ocupa, con la antecesora del actor en el dominio del bien demandado, en nada desvirtúa la conclusión anterior [que concurren todos los requisitos de la acción de precario], puesto que tal documento es ajeno al actor y no acredita a su respecto vínculo contractual alguno con la demandada en relación con el bien de su propiedad cuya restitución reclama (c.3, sent. reemp).

En términos del régimen del Código Civil, la conclusión de la Corte es correcta, con la única observación de que, como está también dicho, es incorrecto entender que sólo un contrato que es oponible al actor puede enervar la acción de precario. Si el contrato no fuera oponible al actor, sino que mostrara que el demandado está detentando a nombre de otro, entonces el juicio debería ser de reivindicación y debería seguirse en contra de este otro, desechándose por ello la acción de precario.

Otro caso que podría haber resultado difícil de solucionar dado el régimen de posesión inscrita, pero que fue solucionado por el momento con argumentos procesales, fue *Labrador SA con Pastén*. Aquí se demandó de precario a un grupo de personas que, según el demandado, ocu-

paban su propiedad. Éstas alegaron que el ocupante no era cada una de ellas, sino una persona jurídica designada “Comité Campesino de Desarrollo El Arrayán”, integrado por alrededor de 50 personas y sus familias. Además interpusieron la excepción dilatoria de falta de personería del demandante, porque el mandato con que actuaba el supuesto representante de la sociedad demandante no constaba en el proceso. La excepción dilatoria fue acogida, por lo que el demandante debió acreditar su personería. En cuanto al fondo, la parte demandada alegó que el comité campesino ocupaba el lugar desde tiempo inmemorial. Sin embargo, no consta en la sentencia de primera instancia que hubieran presentado medio de prueba alguno para acreditar esta circunstancia. Por eso, el juez acogió la demanda, ordenando la restitución del predio. La sentencia de primera instancia fue apelada y luego revocada, porque a juicio de la corte de apelaciones el predio no había sido adecuadamente individualizado y en particular no se había especificado qué parte del predio habría estado ocupada por los demandados ni se había probado suficientemente esta ocupación. Recurrida la sentencia de casación, la Corte Suprema la casó en la forma de oficio por falta de emplazamiento. El argumento, que no será comentado aquí<sup>12</sup>, fue que habiendo sido corregido el defecto señalado por la excepción dilatoria que fue acogida, debió haberse notificado nuevamente a la parte demandada, de modo que ésta pudiera contestar la demanda. En vez, el juez ordenó que la escritura pública en que constaba la personería del demandante fuera agregada al proceso con citación y ordenó traer los autos para dictar el auto de prueba, lo que hizo, continuando el juicio.

La solución tanto de la corte de apelaciones como de la Corte Suprema no se refieren, por tanto, al fondo del asunto, por lo que no necesitan ser comentadas aquí. Pero el asunto substantivo no deja de ser interesante. Aquí habría que decir que la alegación de estar ocupando la propiedad el demandado desde tiempo inmemorial parece hecha para configurar una alegación de que la inscripción del demandante es de esas que se han denominado “de papel”. Esta cuestión será comentada más adelante, al hablar de la posesión. De todos modos, debe ser claro que no basta la alegación de que se ha utilizado un predio desde tiempo inmemorial, ello debe ser probado, y en el caso en comento no parece haber habido actividad probatoria en este sentido<sup>13</sup>.

*Torres con Alca* fue un caso en que concurrieron los dos errores identificados más arriba: que son irrelevantes las alegaciones del demandado de detentar a nombre de un tercero, por un lado, y que basta para rechazar la acción de precario que se haya acreditado la existencia de un vínculo con-

12 Véase lo dicho a propósito de *Labrador SA con Pastén* en el comentario de Proceso Civil.

13 Véase lo dicho más abajo sobre la prueba en el procedimiento de precario.

tractual entre demandado y demandante, por el otro. Aquí la demandada alegó que ocupaba el predio de cuya restitución se trataba junto a dos hijos naturales del antiguo dueño. La demandada alegaba haber convivido con el antiguo dueño, cónyuge y padre legítimo de los demandantes. En su calidad de conviviente, había ocupado junto al causante y dos hijos comunes el predio objeto del litigio. Los demandantes, por su parte, alegaban ser dueños por sucesión por causa de muerte.

Ni la convivencia entre el antiguo dueño y la demandada ni la calidad de hijos naturales de dos de los ocupantes del predio fueron, sin embargo, probados por la parte demandada. A pesar de esto, el juez dio por establecida la filiación, sobre la base de las declaraciones de los testigos de la propia parte demandante. Habiendo hecho esta determinación, el juez rechazó la acción negando que la ocupación de la parte demandada se debiera a ignorancia o mera tolerancia del dueño:

Lo anterior [que la propiedad es ocupada, entre otros, por dos hijos naturales del causante] necesariamente lleva a concluir, que la referida ocupación la detenta la demandada por un título distinto de la mera tolerancia o ignorancia de los actores, por lo que en la especie, no resulta posible tener por establecido en el proceso, la concurrencia del tercer requisito referido en el ya citado considerando tercero que precede, y consecuente con lo anterior, necesariamente, deberá desestimarse la demanda de precario intentada (c.II, sent. prim. inst).

El fallo de primera instancia fue apelado y confirmado en segunda. Recurrido de casación, fue revocado por la Corte Suprema, que acogió la demanda con mínima mayoría (3x2).

Antes de considerar los argumentos de la Corte Suprema, es útil distinguir las cuestiones substantivas de las procesales. Pareciera indudable que si la alegación de los demandados de que entre los ocupantes había dos hijos naturales del causante de los demandantes es verdadera no puede alegarse que haya comodato precario. Los hijos naturales del causante, como legitimarios, podrían alegar su calidad de dueños del predio en cuestión, en comunidad con los demás herederos, y desde luego eso excluiría la acción de precario. El problema es, entonces, si de acuerdo a la reglas procesales era correcto dar por probado, para los efectos de rechazar la acción de precario, la calidad de hijos naturales del causante de los hijos de la demandada.

La mayoría de la Corte responde negativamente, pero por referencia a un aspecto procesal adicional del caso<sup>14</sup>. En lo que se refiere a lo substantivo, la Corte entendió que

La existencia de un contrato de préstamo de uso, que pueda ser oponible a los demandantes, exigiría un concurso de voluntades entre la demandada y [...] el causante de los demandantes. En circunstancias que el fallo no da por acreditado

<sup>14</sup> Véase *Torres con Alca* en el comentario de Proceso Civil.

contrato alguno, debe concluirse que la demandada detenta el inmueble cuya restitución se reclama por mera tolerancia de los demandantes, es decir, a título de precario, de modo que los sentenciadores han errado al no aplicar el artículo 2195 del Código Civil (c.4).

En cuanto a los requisitos de procedencia de la acción, el voto de minoría concurre con el de mayoría. La disidencia de la minoría se debió a que ella no encontró fundamentos para imputar error de derecho al juez que había sido convencido de la calidad de hijos naturales del causante de los demandantes de los hijos de la demandada. Por tanto, de acuerdo al voto de minoría,

El uso que la demandada y sus hijos han hecho de la propiedad no tiene por fundamento la ignorancia o mera tolerancia del dueño, que es el antecedente preciso de la acción de precario entablada, sino que lo han obtenido, como se expresa en la sentencia, por un título diferente, pues puede darse por probado que el uso de la propiedad tuvo como antecedente el consentimiento del propietario (3, v. min, sent. cas).

Pero este argumento yerra en el sentido inverso: el hecho de que haya acuerdo entre el demandado de comodato precario y el antiguo dueño no obsta para que la acción deba ser rechazada, porque carece de sentido sostener que obsta al ejercicio de la acción de comodato precario el hecho de que se trate de un comodato precario, es decir, de un contrato en que el comodante se reserva el derecho de pedir la restitución en cualquier momento. Aquí el argumento para rechazar la demanda debía ser que no se había dado por probado que los demandantes no tenían el deber de soportar el uso de la cosa por la demandante, es decir, que no se había probado que los demandados detentaran por ignorancia o mera tolerancia del dueño. Por supuesto, la cuestión substantiva de si es correcto el alegato de la demandante de ser madre de dos hijos que en su condiciones de tales eran co-dueños del predio, deberá discutirse en el procedimiento adecuado, que a todas luces no es el de precario.

Esto nos deja enfrentados a una de las cuestiones que ha sido más discutida en relación con la acción de precario; la de la prueba. Esta cuestión presenta dos dimensiones. La primera es el peso de la prueba. Aquí se ha discutido si la ignorancia o mera tolerancia del dueño es uno de los supuestos de la acción que el actor debe probar para justificar su alegación de que el demandado tiene la obligación de restituir, o si su negativa es una excepción o defensa que el demandado tiene el peso de acreditar para enervar la acción de precario del actor. En el comentario del año 2004, el profesor López sostenía plausiblemente que la correcta comprensión del problema es la segunda:

Es obvio que la persona que ejerce la acción de precario debe probar que es dueño de la cosa cuya restitución solicita y, además, que ella es detentada u ocupada por la parte contraria, pero lo sensato, como ocurre en [*Comunidad con Tapia y Castro*

con Reyes] es presumir *iuris tantum* la mera tolerancia del dueño, de modo que para desestimar la acción de precario sea indispensable que el demandado acredite él que existe un título o un contrato [...] incompatible con la ignorancia o mera tolerancia del dueño, referidas en el artículo 2195 *in fine*<sup>15</sup>.

En efecto, al probar el actor que es dueño de la cosa y que ella es detentada por el demandado, ha probado que el demandado tiene obligación de restituir. Corresponderá al demandado probar que no tiene esa obligación, y esto nos lleva al segundo aspecto, que resulta determinante en *Torres con Alca*: el estándar de prueba. ¿Debe el demandado producir plena prueba de los hechos que alega? De lo dicho más arriba aparece que ésta es una exigencia demasiado fuerte, y ahora corresponde explicar por qué.

La regla de que el demandado debe producir plena prueba de los hechos que alega es plausible en controversias contractuales, en las que probado que sea el contrato se presume el incumplimiento. Si la acción intentada es la acción comodataria directa del precario, la conclusión es correcta, pero en ese caso el demandante deberá probar, adicionalmente a su dominio de la cosa y la detentación del dueño, la existencia del contrato. Pero nótese que probar el contrato aquí significa probar que el demandante entregó la cosa al demandado en precario. Esto significa que la causa de la detentación del demandado debe ser probada por el demandante, de modo que el demandado deberá probar que el demandante no se reservó el derecho de pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo, por lo que se trata de un comodato no precario, y que no han concurrido las circunstancias del artículo 2180. En otras palabras, el demandado debe producir plena prueba, como en todo litigio contractual una vez que el contrato ha sido probado, de que no ha incumplido su obligación de entregar, porque ella no es todavía exigible.

Pero el inciso segundo del artículo 2195 permite al demandante demandar sin necesidad de alegar (ni, evidentemente, de probar) la existencia de un contrato. Aquí le bastará probar la detentación del demandado y su calidad de dueño, y traspasará al demandado la carga de probar que su detentación es tal que el dueño tiene el deber de tolerarla. Pero nótese que, a diferencia de la situación anterior, que exigía prueba del contrato, aquí el demandante, al probar su dominio y la detentación del demandado, no ha probado la causa de ésta. El incumplimiento contractual se presume imputable al deudor, por lo que si el demandante puede probar que hay contrato de comodato precario y que la cosa es detentada por el demandado puede presumirse, conforme a las reglas generales, que hay incumplimiento imputable al deudor. Pero si el demandante elige la figura del inciso 2º del artículo 2195, y se libera así de la carga de probar la existencia del contrato, entonces no hay fundamento legal para presumir la ignoran-

cia o mera tolerancia. En efecto, ahora es posible que el demandando detente por razones que no son reducibles a su relación contractual con el demandante, como ocurrió en todos los casos de precario incluidos en este comentario. Pero estas razones adicionales (filiación, posesión de un tercero a nombre de quien se detenta, comunidad, etc) serán usualmente de un tipo tal que su plena prueba no podrá producirse en un juicio de precario. Por estas circunstancias no es sensato exigir del demandando plena prueba de su título. Deberá bastar que dada la actividad probatoria de las partes, la alegación del demandado alcance suficiente plausibilidad como para que deba ser discutida en el procedimiento adecuado<sup>16</sup>.

Un cuestión adicional a ésta es qué constituye “plausibilidad suficiente”. Dada la práctica, la cuestión más importante aquí es la de si es suficientemente plausible, cuando el demandante ha producido una inscripción de dominio vigente, alegar y acreditar que la cosa se detenta a nombre de otro, por ejemplo mostrando un contrato de arrendamiento sin mostrar una inscripción de dominio a nombre de éste.

No cabe duda de que en el régimen original del Código Civil, en estas circunstancias la alegación del demandado no alcanzaría plausibilidad sufi-

16 El argumento aquí ha sido que, cuando el demandante invoca la situación del inc. 2º del art. 2195 y no la del primero, el estándar de prueba al que sujeta al demandado es más débil. Quizás la conclusión del argumento debe ser más radical, pero eso no puede explorarse en detalle en este comentario. El argumento sería: como el demandado no ha probado la causa de la detentación del demandado, no es posible concluir siquiera que el demandado tiene *prima facie* la obligación de restituir. Será el demandante el que deberá probar que la razón por la que el demandado detenta es tal que no le impone ninguna obligación de tolerarla. Pareciera que ésta es la consecuencia rigurosa del argumento del texto principal. Aceptar esta conclusión implicaría devolver la acción de precario a su ámbito propio, que es el del comodato, y acabar con la extraordinaria hipertrofia que ha experimentado desde, aproximadamente, el establecimiento de la llamada “teoría de la posesión inscrita” (véase Domínguez Benavente, R.: “El precario”, en 27 *Revista de Derecho Español y Americano* (1958); Domínguez Águila, R.: “Instituciones jurisprudenciales en el Código Civil chileno”, en Martinic, M. D. y M. Tapia (eds): *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello* (Santiago: Lexis Nexis, 2005), pp 331-357, 341ss). El problema es que la hipertrofia de la acción de precario fue necesaria para compensar la inexistencia de una acción de protección del dominio que pudiera usar un poseedor inscrito que quería recuperar la tenencia de la cosa: no podía utilizar la acción reivindicatoria, porque no estaba afectada su posesión de la cosa (art. 889 cc), y no podía utilizar la querrela de amparo, si había transcurrido más de un año desde el principio de la detentación del demandado (art. 920 cc). En otras palabras, carecía de acción. Nótese que este problema se plantea por la posesión inscrita de inmuebles: el plazo de un año del art. 920 es razonable si se trata de la posesión no inscrita, porque si el demandado ha detentado por un año pública y pacíficamente como dueño, es correcto entenderlo como poseedor, de modo que el dueño deberá reivindicar la cosa. Pero el que se apodera de una cosa inmueble inscrita y la detenta, aun por un año completo, aun pública y pacíficamente, “no adquiere posesión de ella ni pone fin a la existente” (art. 728 inc. 2º). El problema del sistema de acciones de protección del dominio en el Código Civil es que no está diseñado para proteger la posesión inscrita, y la invención de la “acción de precario” ha sido una de las maneras en que este serio defecto del régimen de acciones se ha compensado. Sobre la posesión inscrita y las distorsiones que introduce al régimen de posesión del Código Civil volveremos en la segunda parte de este comentario.

ciente, porque en el sistema original del Código no es posesión la detentación material, aun con ánimo de señor y dueño, cuando ésta se opone a un título inscrito. Pero hoy por hoy la conclusión es menos evidente, y por eso habrá que posponer la discusión de esta cuestión hasta haber discutido el régimen de la posesión de bienes inmuebles inscritos, y el impacto que en ese régimen tienen las reglas sobre saneamiento de títulos.

La discusión anterior, en lo que dice específica relación a *Torres con Alca*, se reconduce a la siguiente pregunta: ¿puede probarse la filiación natural de los hijos de la demandada por testigos? El antiguo artículo 271 N° 3 *in fine* del Código Civil declaraba a la prueba de testigos insuficiente para acreditarla<sup>17</sup>. Las consideraciones de los párrafos anteriores, si son correctas, justificarían sostener que la cuestión de si la acción de precario debe o no ser acogida no puede depender de si se prueba o no la filiación extramatrimonial, porque el procedimiento sumario no es el adecuado para discutir esa cuestión. Por lo tanto, no es correcto sostener que lo que el juez de primera instancia hizo fue *dar por establecida la filiación*. No podrían los supuestos hijos extramatrimoniales del causante invocar la sentencia de primera instancia, si hubiera alcanzado firmeza, para demandar alimentos, por ejemplo. De lo que se trata es de establecer si la alegación del demandado de que detentaba por un título diverso a la ignorancia o mera tolerancia del dueño era suficientemente plausible como para que la cuestión haya debido ser discutida en un juicio de lato conocimiento. Esto es así porque de otro modo habría indefensión: aun si se tratara de hijos del causante, y por consiguientes comuneros del bien, no podían alegarlo en ese juicio. Considerando, como lo hizo el juez de primera instancia, la corte de apelaciones y la minoría de la Corte Suprema, que la filiación había sido reconocida por los propios testigos de la parte demandante, la pretensión parecía tener suficiente plausibilidad como para haber sido discutida a través del procedimiento adecuado.

#### *Interdictos posesorios*

Seis de las sentencias incluidas en este comentario fueron dictadas en procedimientos iniciados mediante el ejercicio de interdictos posesorios: uno de amparo y conjuntamente de obra nueva (*Tagle con Fisco*), uno de restitución (*ENDESA con Colbún Machicura*), dos de demarcación y cerramiento (*Santa Elena del Almendro Ltda con Cabrera y Hernández con Acevedo*), uno de obra nueva (*Verdugo con Antiquera*), y uno de obra ruinososa (*Inversiones San Carlos con Constructora Sierra Nevada*).

17 Debe tenerse presente, sin embargo, que ese artículo ya había sido derogado al momento de dictación de sentencia de primera instancia. Si bien el artículo 198 declara insuficiente para los efectos de determinación de la filiación la sola prueba testimonial, esa regla es aplicable sólo "en los juicios sobre determinación de la filiación".

Como veremos en breve, hay dos tipos de interdictos posesorios: sólo el primero de ellos (interdicto de amparo) protege la posesión. Más precisamente, el aspecto de la posesión que es protegido mediante los interdictos es su *contenido*, es decir, la pretensión del poseedor de usar y gozar la cosa sin verse afectados por actos de otros. Lo que caracteriza a los actos que pueden ser atacados mediante la querrela de amparo es que ellos no impugnan ni objetan la titularidad de los derechos que el poseedor, que tiene ánimo de dueño, pretende. Por eso la cuestión del dominio resulta siempre impertinente en estos litigios (art. 923 CC). Si el dominio es controvertido, es decir, si la acción del demandado mediante un interdicto supone una controversia sobre el título que el demandante reclama como fundamento de su querrela, no procede el interdicto. Por eso el querellante debe probar sólo su condición de poseedor, es decir, que reclama un título sobre la cosa que el querrellado no disputa.

Para caracterizar los otros dos interdictos (el de restitución y de restablecimiento) no sirve hacer referencia a *lo* que es protegido (en la querrela de restitución el querellante no es, y en la de restablecimiento no necesita ser, poseedor), sino a las situaciones *de las cuales* el eventual querellante es protegido. Aquí lo decisivo es el *despojo*, que puede ser violento (restablecimiento) o no (restitución). No habiendo entre las de este período decisiones judiciales que se pronuncien sobre querrelas de restablecimiento, comenzaremos por la de amparo para referirnos después a la de restitución.

#### QUERRELA DE AMPARO

Como está dicho, en *Tagle con Fisco* se intentó una querrela de amparo conjuntamente con una denuncia de obra nueva. El querellante reclamaba contra el fisco porque el Ministerio de Obras Públicas ordenó abrir un camino público a través de su propiedad. Pero la cuestión había sido reiteradamente discutida en el pasado, en un procedimiento de protección iniciado en 1982 por los querellantes en que el recurso fue rechazado, y en un juicio civil iniciado en 1983 en que la demanda de los ahora querellantes fue rechazada en segunda instancia<sup>18</sup>. El juez con este mérito concluyó que lo que

los querellantes [...] pretenden es obstruir e impedir por la vía de estos interdictos posesorios la ejecución de esta obra pública que se encuentra dispuesta en virtud de lo ordenado en el artículo 26 de la ley orgánica del ministerio de obras públicas y ley de caminos [...], cuyo tenor es el siguiente: “Todo camino que esté

<sup>18</sup> No se especifica en la sentencia de primera instancia la acción intentada en ese juicio, en que los demandantes pretendían que “se declarara que son los dueños y poseedores del camino y que éste no ha podido ser declarado público por presunción” (c. 2. sent. prim. inst.). Por el contenido de la acción, uno podría imaginar que fue una acción de reivindicación o de precario. La cuestión es relevante para determinar si ella producía o no excepción de cosa juzgada. Como no se hizo referencia a la cosa juzgada en la sentencia de primera instancia, es de presumir que fue de precario.

o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público. Esta disposición no excluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio". A los querellantes posesorios sólo les correspondía entablar acciones de dominio y no en la forma de interdictos posesorios como lo manda la norma mencionada (c.6 sent. prim. inst.).

La decisión es correcta, porque lo que se debe discutir judicialmente (asumiendo que no hay cosa juzgada, caso en lo que ya no queda nada que discutir) es la pretensión de los ahora querellantes de ser dueños del predio, y para eso es necesario el ejercicio de una acción reivindicatoria.

#### QUERELLA DE RESTITUCIÓN

La explicación avanzada al principio de esta sección lleva a concluir que el problema planteado en *ENDESA con Colbún Machicura* no era susceptible de ser discutido, como lo fue, mediante el ejercicio de una querella de restitución. La acción fue interpuesta por ENDESA en contra de Colbún Machicura SA, y concernía la restitución de un predio inscrito a nombre de ésta. La argumentación de la querellante fue que la inscripción que había cancelado la suya e inscrito a nombre de la querellada era inválida. La querellante debió haber ejercido una acción reivindicatoria.

Esto nos deja enfrentados a un problema, que debe ser considerado antes de comentar este caso. ¿En qué circunstancias puede recuperarse la posesión de un bien inmueble inscrito mediante el ejercicio de la querella de restitución? Para que el poseedor inscrito pierda la posesión, de modo que ésta deba ser recuperada, es necesario que alguien inscriba a su nombre. Pero en este caso el querellado detendrá a nombre propio, con lo que impugnará la pretensión del anterior poseedor, y por eso la acción adecuada pareciera ser la reivindicatoria.

Debe notarse que, en todo caso, esto es solamente una manifestación de un problema que afecta a la querella de restitución. Si la posesión es un hecho, el que deja de poseer no tiene nada que proteger. Pero para la procedencia de la querella de restitución es necesario que el querellante haya sido "privado" de la posesión (art. 926 CC), que ahora la detenta el querellado. ¿Qué es, entonces, lo que el querellante pide que se proteja?

Una consideración procesal puede ser útil en este punto. La significación de ejercer una querella de restitución en vez de una acción reivindicatoria es que el reivindicante deberá probar en juicio su dominio de la cosa, que el querellante no necesita ni puede hacer (art. 923 CC). En el caso de la querella de restitución, el querellante deberá probar su posesión, pero evidentemente eso no será suficiente. Al ejercer la querella el querellante estará reconociendo que el querellado es poseedor, porque uno de los fun-

damentos de su acción será que ha perdido la posesión por la usurpación del querellado (o de algún antecesor de éste, conforme al art. 927 cc). En efecto, si x se apodera del bien de y con la consecuencia de que y pierde la posesión, eso sólo puede ser porque x ha adquirido la posesión. Dado que el querellado será entonces actual poseedor, y que sobre este hecho no habrá discusión, ¿qué podrá alegar el querellante, aparte de la referencia al dominio que es impertinente, contra el querellado?

Precisamente a partir de la protección de la posesión cuando ella a pesar de haber cesado puede ser invocada como fundamento de una acción legal, Savigny concluía que la protección de la posesión se fundaba en la prohibición de la auto-tutela como necesario componente de la paz social<sup>19</sup>. Esta idea es la que nos permite solucionar el problema en que nos encontramos. Para ello es útil recordar que la denominación antigua de la querrela de restitución describía la agresión contra la que servía de protección y no la pretensión de su titular: querrela de *despojo*, noción que hace alusión al botín que el vencedor de un conflicto obtiene a expensas del vencido. Esto además permite entender el sistema compuesto por el artículo 926 y los siguientes del Código Civil: el 926 protege contra el despojo que priva de la posesión, es decir, el acto de apropiación que no reclama para sí ni apariencia de legitimidad, y el 928 contra una forma calificada de despojo: el violento (querrela de restablecimiento).

Pero tratándose de bienes inmuebles, el despojo no afecta la posesión. Si bien puede turbarla, en el sentido de alterar su curso natural, que implica el uso pacífico por el poseedor de la cosa, no puede negarla, porque la usurpación de un bien inmueble inscrito, no mediando competente inscripción, no lleva a que se pierda por una parte la posesión ni se adquiera por la otra (arts. 729 inc. 2º, 730 inc. 2º cc). Por consiguiente la querrela de restitución no será nunca apropiada para recuperar la posesión de un bien inmueble inscrito: si ha mediado inscripción (aun de saneamiento, si procediera), será necesario el ejercicio de la acción reivindicatoria; si no ha habido nueva inscripción, se tratará a lo sumo de que la posesión ha sido turbada en el sentido de que se ha impedido al poseedor actuar respecto de la cosa como poseedor, y podrá ser apropiada la querrela de amparo, pero no la de restitución.

Ahora estamos en condiciones de volver provechosamente al comentario de *ENDESA con Colbún Machicura*. El predio estaba inscrito a nombre de la querellada desde agosto de 1998, cuando había obtenido del registro conservador de bienes raíces una inscripción cancelatoria de la previa a nombre de ENDESA (de junio de 1998) y había inscrito a su nombre. Esa inscripción se practicó en virtud de un acta de la junta extraordinaria de accionistas de la querellada, celebrada en 1986, que había sido posteriormente

reducida a escritura pública. En esa sesión se acordó la división de ENDESA en una sociedad continuadora de la misma (la querellante) y una sociedad anónima que se denominaría Colbún Machicura SA. En esa acta se acordó también una nómina de los bienes de la sociedad existente que se asignaban a la que se creaba. En esa nómina aparecía el predio en cuestión.

ENDESA, por su parte, había adquirido este bien por compraventa en mayo de 1981, pero la inscripción no se había practicado. Por esa razón en la nómina aludida se le asignaron a Colbún Machicura SA sólo los derechos personales de ENDESA en contra de los vendedores. La inscripción a favor de ENDESA la obtuvo ésta sólo en 1998, y dos meses después Colbún Machicura SA requirió al conservador, con el mérito del acta reducida a escritura pública y la nómina protocolizada, la inscripción que éste practicó y que motivó el juicio cuya sentencia comentamos.

La querellante sostenía que la inscripción fue ilegalmente practicada, porque la cesión hecha en 1986 de derechos inmuebles (es decir, de los derechos personales de ENDESA en contra del vendedor del predio) debía haber sido hecha por escritura pública. El juez de primera instancia acogió la querella, basando su decisión en los defectos formales del título que la querellada invocó ante el conservador para obtener la inscripción, que a juicio del juez eran “en la especie más bien sustanciales y en consideración a los cuales tal antecedente justificativo no podía constituir un título traslativo” (c.9 sent. prim. inst.). En consecuencia, ordenó cancelar la inscripción a nombre de la querellada.

Pero como esta decisión y su fundamento lo muestran, de lo que se discutió aquí fue de la validez de la inscripción practicada por el conservador y del título invocado para ello, lo que no pareciera ser materia de un juicio posesorio sino de lato conocimiento. Así lo entendió la corte de apelaciones, que revocando la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda, atendida precisamente la improcedencia de la querella de restitución en este caso:

En la solución del asunto debatido la regla guía es la contenida en el artículo 926 del código Civil, puesto que obliga a considerar que la acción posesoria de restitución tiene por objeto recuperar el hecho posesorio mientras se discute el dominio, como un medio de evitar que cada cual se haga justicia a sí mismo y supone, por lo tanto el hecho material de haber sido privado el actor de la posesión de la cosa [... .] En el presente caso, no se puede desatender como hecho de la causa que por la presente vía se intenta recuperar la posesión material de un inmueble que por voluntad propia había cedido la querellante el año 1986 a la querellada (cc. 11s, sent. prim. inst).

Como correctamente sostuvo la corte, la querella de restitución era improcedente. El fundamento del fallo de segunda instancia muestra que una querella de restitución nunca será procedente cuando se trata de un

bien inmueble inscrito: en ese caso el haber sido privado de la posesión nunca puede ser un hecho material. Esto no es sino una de las manifestaciones de las finalidades del sistema registral, que por su propia organización impide a las partes hacerse justicia por su cuenta. En efecto, para obtener por sus propios medios una inscripción, una persona necesita contar con un antecedente suficiente para justificar su derecho, de modo que el juicio posterior no puede sencillamente discutir el problema en términos de si hubo o no despojo (querrela de restitución), sino en términos (que son los que corresponden en *ENDESA con Colbún Machicura*) de si el fundamento alegado por ella para cancelar la inscripción de la otra, que fue suficiente para obtener la inscripción del conservador, es en definitiva válido.

#### DENUNCIA DE OBRA NUEVA

En *Verdugo con Antiquera* se intentó una querrela de obra nueva en contra de quien había construido, en la propiedad colindante con la del querrellado, un “galpón para venta de vehículos” en condiciones tales que causaba perjuicio al inmueble del querellante. Este perjuicio se decía consistir en que el agua utilizada por el querrellado para lavar automóviles desaguaba hacia el predio del querellante, inundándolo. Además, el querellante alegaba que, sin tener el derecho de servidumbre necesario, el querrellado había apoyado su construcción sobre la suya, dañándola y haciéndolo soportar una fuerza que no estaba en condiciones estructurales de resistir.

Los hechos alegados por la querellante fueron dados por probados por el juez de primera instancia, que acogió la querrela en una sentencia que fue confirmada en segunda instancia. La Corte Suprema casó de oficio la sentencia, sosteniendo que ella incorrectamente acogió la querrela a pesar de que no se trataba de una obra nueva sino una ya construida.

En términos substantivos, la decisión de la Corte Suprema es correcta<sup>20</sup>. Es precisamente el hecho de que el querrellado está construyendo algo que afecta ilícitamente el uso que el querellante hace de la cosa en su posesión lo que justifica la especialidad de la acción de obra nueva. Si la situación ya está consolidada, el afectado deberá, en ausencia de un interdicto especial, intentar una acción ordinaria de perjuicios.

#### DENUNCIA DE OBRA RUINOSA

En *Inversiones San Carlos con Constructora Sierra Nevada* se intentó una denuncia de obra ruinosa en contra del fisco y de la empresa ejecutora encargada por el Ministerio de Obras Públicas de construir un camino. De

20 Aunque no en términos procesales: si el argumento mediante el cual la Corte Suprema se arrogó competencia para decidir este caso es correcto, la distinción entre la casación en el fondo y en la forma tiende a desaparecer. Véase la discusión de este caso y otros afines en el comentario de Proceso Civil.

acuerdo a lo alegado por el querellante, en la construcción de ese camino se realizaron excavaciones y otras obras que amenazaban la estabilidad del suelo de su predio. El juez de primera instancia dio lugar a la querella, condenando al fisco y a la empresa constructora a realizar un conjunto de obras destinadas a asegurar la estabilidad del terreno del querellante.

La corte de apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia y en contra de ella los querellados interpusieron recursos de casación en el fondo. El argumento de los recurrentes fue que el juez de primera instancia había incurrido en el error, hecho suyo por la corte de apelaciones, de entender que la construcción de un talud es susceptible de ser atacada mediante una querella de obra ruinoso. De acuerdo al argumento del recurrente, un talud es la “inclinación del paramento de un muro o de un terreno”, y la querella de obra ruinoso sólo procede, conforme al artículo 832 del Código Civil, cuando se trata de edificios, lo que el artículo 935 hace extensivo a “cualesquiera construcciones”. El argumento es notoriamente débil. De hecho, él se basa en las definiciones del diccionario de la Real Academia para sostener que lo denunciado no es una “construcción”, pese a que ese diccionario define “construcción” como “acción y efecto de construir”, y construir como “fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública”.

La Corte Suprema rechazó los recursos de casación en el fondo y en la forma interpuestos en contra de la sentencia de segunda instancia.

#### INTERDICTO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 948

En *Somerville con Troncoso* la acción intentada fue el interdicto especial del artículo 948 del Código Civil. El querellante alegaba que el predio del querellado estaba separado del suyo por un camino público del que aquél se había apropiado, erigiendo sobre él un parrón que obstaculizaba al querellante el acceso a su propiedad. La acción fue acogida en primera instancia, y la decisión confirmada en segunda instancia. Recurrida ésta de casación (en un recurso en que el querellado invocaba una interpretación del término “construcción” utilizado por el artículo 948 conforme a la cual un parrón no era una construcción), el recurso fue correctamente rechazado.

#### *Acción reivindicatoria*

En *Hernández con Acevedo* y en *Santa Elena del Almendro Ltda con Cabrera* se intentaron sendas acciones de demarcación y cerramiento y en ambos casos fueron desechadas con el argumento de que lo que correspondía en las circunstancias era intentar la acción reivindicatoria. En ambos casos el demandante alegaba la necesidad de fijar los deslindes de su predio con los del demandado, y en ambos respondía el demandado afirmando que esos deslindes existían y los cercos estaban debidamente emplazados. En *Santa*

*Elena del Almendro Ltda con Cabrera* la acción fue acogida en primera instancia, pero rechazada en segunda. En *Hernández con Acevedo* fue rechazada en ambas instancias. En ambos casos los recursos de casación en el fondo interpuestos fueron rechazados.

El argumento para desechar estas acciones fue distinguir la situación del dueño de un predio que no está físicamente demarcado con el del o los vecinos, a la que se referirían los artículos 842 y 844 del Código Civil, de la situación en la que se encuentra el dueño de un predio que está aparentemente demarcado, aunque los cercos o mojones hayan sido emplazados unilateralmente por el vecino, cuando considera que esos deslindes están fijados incorrectamente en su perjuicio. En estos casos no correspondería la acción de demarcación y cerramiento, que

Supone que no existen en el terreno linderos o mojones que determinen la línea de separación de los predios y que éstos no han sido demarcados (*Santa Elena del Almendro Ltda con Cabrera*, c.4 sent. cas. citando a Claro, *Explicaciones de Derecho Civil*, t.9 §1415).

Como en ambos casos no era controvertido el hecho de que existían cierres que pretendían demarcar los límites de los predios en cuestión, en ambos se decidió que lo que corresponde en esas circunstancias es ejercer la acción reivindicatoria. Pero esta cuestión no es la decisiva. Como lo sostuvo la Corte de Apelaciones de Rancagua en *Santa Elena del Almendro Ltda con Cabrera*,

Hay acción reivindicatoria y no acciones de demarcación y cerramiento, si el actor pide que se proceda a dicha operación de tal forma que se deje al demandado una cabida de terreno *menor a la que se encuentra en posesión y a la que tiene derecho según la cabida indicada en sus títulos* que acompaña a los autos (c.6 sent. seg. inst.).

Este considerando es correcto: si el demandante pretende ser dueño de una porción del predio del vecino que aparece inscrita a nombre de éste, entonces debe ejercer la acción reivindicatoria. Pero si lo que pretende es que se deje al demandado lo que indican los títulos de éste, que es menos de lo que materialmente detenta, es decir, si alega que el demandado ha dispuesto un cerramiento unilateralmente sin respetar la cabida de sus propios títulos, lo que procede es una acción de demarcación.

Curiosamente, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la corte de apelaciones aunque argumentó precisamente lo contrario de lo afirmado aquí por la sentencia de segunda instancia:

Si mediante la interposición de la acción de demarcación lo que se quiere es privar al demandado de la posesión de parte del inmueble y entregarla al actor, debe recurrirse necesariamente a la acción reivindicatoria (c.7 sent. cas.).

Esto es evidentemente correcto: sólo la acción reivindicatoria permite al dueño impugnar la posesión del poseedor. Pero aquí la cuestión no es ésta,

sino otra diferente: la de si el que dispone los cierres de su predio de modo tal que la cabida material que su predio ocupa es superior a la que indican sus títulos es *poseedor* de la franja respectiva.

Pero la Corte vuela sobre esto sin notarlo:

Aun cuando en la acción de demarcación de autos no se precise la extensión del terreno que se reclama, implícitamente, con la acción intentada se exige *el exceso de la cabida que señalan los títulos* y que posee, *a lo menos materialmente*, el demandado y será menester, por ende, deducir la correspondiente acción de dominio (*ibid*)<sup>21</sup>.

La doctrina seguida por la Corte Suprema en estos dos casos supone una defectuosa comprensión del régimen de posesión inscrita. En efecto, ella supone que el que se apodera materialmente de una fracción de un predio inscrito, sin tener título ni inscripción sobre esa fracción, puede adquirir posesión sobre ella, de modo que para recuperarla es necesario el ejercicio de la acción reivindicatoria. Tomando en cuenta el hecho de que en ambos casos ambas partes invocaban títulos inscritos, la Corte entiende que el reclamo del demandante es que el demandado es un *usurpador* de (parte de) su predio. Pero si éste es el caso, entonces el demandado no podrá alegar, respecto de la porción controvertida del predio, más que apoderamiento, y entonces regiría lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 728 del Código Civil, de acuerdo al cual “mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente”.

La doctrina de la Corte Suprema se basa en la negación de esta regla: si el dueño de un predio se apodera de una franja del predio vecino, construyendo el cerco medianero más allá de los deslindes de su predio, el afectado pierde la posesión, aunque tenga esa franja inscrita a su nombre, y para recuperarla debe recurrir a la acción reivindicatoria. Esta doctrina

21 La Corte hace referencia a una sentencia suya de 1946, *Rojas con Vicuña*, 43 RDJ (1946), 2-I, 535-45. Pero si bien en ese caso efectivamente se rechazó una acción de demarcación y cerramiento entendiendo que lo que procedía era la acción reivindicatoria, la situación era significativamente distinta. Por un lado, el demandado alegó, como en los dos casos ahora comentados, que los predios habían sido delimitados, y que existía un cerco que los separaba. La Corte entendió que una demarcación y cerramiento hechos unilateralmente por uno de los dueños no era suficiente, porque fundó su decisión precisamente en el hecho de que debía entenderse que en este caso la demarcación hecha y el cerco construido por el demandado habían contado con el consentimiento tácito del entonces demandante. Adicionalmente, en el caso el demandante había adquirido el dominio del predio por compraventa con el ahora demandado. Esta circunstancia es relevante porque ese contrato indicaba la cabida del predio vendido y también la extensión de las líneas divisorias. El problema es que las dos indicaciones no podían coincidir, y los cierres existentes estaban hechos de acuerdo a la segunda (el demandante invocaba la primera). En otras palabras: aquí acoger la acción de demarcación implicaba rectificar las inscripciones de dominio. Estas circunstancias son relevantemente diversas en los dos casos aquí comentados: en ambos el demandante alegó que no había habido demarcación, sino una acción unilateral, no consentida ni expresa ni tácitamente, de construcción de una cerca. Adicionalmente, no se dio por probado, en ninguno de los dos casos, que el reclamo del demandado de que el cierre existente era el correcto correspondía con los títulos invocados.

es incompatible con el régimen de posesión inscrita, que pone a salvo la posesión, cuando ella descansa en una inscripción, de actos puramente materiales de apoderamiento.

La debilidad de la doctrina de la Corte Suprema se hace evidente también en otro punto. En *Santa Elena del Almendro Ltda con Cabrera* ella entendió que lo disputado era la posesión de la franja de terreno de la que, según el demandante, el demandado se había apoderado materialmente. Para eso la Corte tenía que entender que el demandado era *poseedor* de esa franja. Pero la disposición del cierre prueba sólo el apoderamiento, que no es suficiente para la posesión (art. 700 CC). Para reconocer ánimo de señor y dueño al demandado la Corte hace referencia a su *alegación* de que el deslinde corresponde con sus títulos:

Que el demandado, al contestar la demanda de fojas 24 ha sostenido que la extensión de tierra que posee es la que corresponde según sus títulos, con lo cual está señalando que ocupa el inmueble con ánimo de señor y dueño, incluyendo la porción que según el actor le corresponde por ser incorrecto el amojonamiento de los bienes raíces practicado unilateralmente con el demandado, ejerciendo actos propios de quien dice ser dueño y señor y, por consiguiente, siguiendo aquí a Daniel Peñailillo en su obra "Los Bienes" (Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 349), si la zona conflictiva es poseída efectivamente (mediante actos posesorios materiales, ostensibles,) por el demandado y el actor pretende la restitución, lo procedente es la acción reivindicatoria (c.8, sent cas).

Pero esto significa aplicar a la posesión de bienes inmuebles inscrito el régimen general de posesión, es decir, el que en el Código Civil se aplica a los muebles. Nótese que en el considerando transcrito la Corte no hace referencia al *hecho probado* de que el demandado detenta esa franja de terreno conforme a sus títulos, sino a que él alega que ésa es la extensión de tierra que corresponde conforme a sus títulos. De acuerdo con el argumento de la Corte, entonces, basta detentar un inmueble, aunque sea inscrito, y creerse dueño, aunque sea sin tener antecedente jurídico que lo justifique, para que el poseedor inscrito pierda la posesión. Con esta doctrina, el régimen de posesión inscrita desaparece y se hace irrelevante.

Más adelante veremos que el régimen de posesión inscrita es efectivamente problemático en muchos sentidos. Si es o no razonable aceptar los problemas que el régimen crea, es una cuestión de ponderación legislativa (veremos que el legislador ha dado parcialmente un respuesta negativa a esta pregunta). Pero el mérito de ese régimen es que casos como el de los casos comentados son relativamente simples de solucionar. Si ambas partes alegan tener derechos fundados en títulos inscritos, la ocupación material de uno u otro será irrelevante para afectar la posesión, y lo que será necesario será demarcar debidamente los predios. Si el demandado rechaza la acción alegando que hay superposición de inscripciones, la cuestión será determinar si efectivamente hay superposición, lo que ha de lograrse

mediante el ejercicio de una acción de demarcación. Si de las labores de demarcación aparece que efectivamente hay superposición, entonces será necesario determinar cuál de las dos inscripciones, si no ambas, deben ser rectificadas. Esta determinación sólo puede lograrse mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria, porque esta acción es la única que permite discutir el dominio con prescindencia de la posesión, y en el caso que estamos considerando las inscripciones, que sólo prueban posesión, habrán demostrado ser insuficientes. Aplicando este criterio a los casos que se comentan, habría que concluir que en ambos la acción de demarcación estuvo correctamente interpuesta.

Una cuestión adicional es si el hecho de que una de las partes haya levantado unilateralmente una cerca es suficiente demarcación. Aquí es importante recordar que la finalidad de la “servidumbre” de demarcación y cerramiento es obtener que los dueños de los predios colindantes soporten a prorrata el costo de ambas operaciones. Así, estrictamente no es una servidumbre, porque no hay distinción clara entre predio sirviente y predio dominante y la obligación de los dueños de los predios colindantes es de hacer, características ambas impropias del derecho real de servidumbre<sup>22</sup>. En realidad es una obligación legal<sup>23</sup>, y por tanto está sujeta, en cuanto a su cumplimiento e incumplimiento, al régimen general de las obligaciones para la aplicación del cual su fuente es indiferente. Se trata de una obligación de hacer, y nuestro problema, reformulado desde este punto de vista, es determinar si el deudor puede unilateralmente decidir si su acción ha sido suficiente para pagar su obligación. Vistas así las cosas, la conclusión parece caer por su propio peso: un acto unilateral del deudor no puede contar como pago, que es una convención. Es por supuesto posible que el deudor entienda que ha cumplido su obligación y que el acreedor controvierta eso, pero ello deberá entonces ser decidido por el juez<sup>24</sup>. De lo que se sigue que la regla enunciada por la sentencia de 1945 a la que la Corte Suprema se remite en *Santa Elena del Almendro Ltda con Cabrera* (pero que, como está dicho, no sigue) es la regla correcta:

ejecutado [el cerro] por una de las partes con la implícita aquiescencia de la otra, no es procedente la nueva demarcación y cerramiento solicitado por el demandante<sup>25</sup> (*Rojas con Vicuña*, 43 RDJ 1946, 2-1, 535-45, c.5 sent. reemp.).

22 Que la de demarcación y cerramiento no es estrictamente una servidumbre es un punto dogmáticamente pacífico. Véase, por ejemplo, Peñailillo, D.: *Los Bienes* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 347. Alessandri, A, M. Somarriva y A. Vodanovic: *Tratado de los Derechos Reales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), t.ii, 194.

23 Visto desde el lado pasivo. Eso no se opone a entenderla, desde el lado activo, como “una facultad derivada del dominio, por la cual el dueño puede desplegar actividades tendientes a precisar el objeto de su derecho” (*ibid*).

24 Así, aun cuando el pago es hecho contra la voluntad del acreedor, por consignación (art. 1598 cc), la ley exige que, ante el desacuerdo entre deudor y acreedor sobre la suficiencia del pago, sea el juez el que decida (art. 1603 inc. 2° cc).

25 *Rojas con Vicuña*, 43 RDJ (1946), 2-1, 535-545, c.5.

*Recurso de protección*

Desde el punto de vista de la protección de la propiedad como derecho real, la situación en sede de protección constitucional no presente variaciones significativas respecto de lo comentado en el número anterior<sup>26</sup>. La Corte sigue utilizando una apelación más bien irreflexiva e intuitiva al problema, descasando en una noción que no puede dar lo que se espera de ella: la de *status quo*. Como se explicó en el comentario del año pasado, la *sola* apelación al *status quo* no permite solucionar problema alguno sin ignorar el problema controvertido, porque ante el derecho privado los individuos tienen desde luego derecho a protegerse ejerciendo lícitamente sus derechos<sup>27</sup>. Por consiguiente, la sola constatación de que una de las partes, habitualmente el recurrido de protección, ha actuado en (auto-) protección de sus derechos no es suficiente para concluir que él ha quebrantado el imperio del derecho, porque será necesario determinar previamente si tenía o no derecho a ejercer su derecho de esa forma. La Corte no aprecia esta cuestión, y por eso su jurisprudencia de protección en esta materia es de escaso valor: cada sentencia pareciera que debe entenderse en sus propios términos, sin referencia ni a lo que se ha decidido antes ni a lo que se decidirá después. La cuestión decisiva será usualmente si el recurrente logra o no conmovier a la Corte.

Así, en *Bravo con Agrícola Las Colinas* se trataba de un derecho de paso que, sin constituir servidumbre, la recurrente alegaba tener sobre el predio del recurrido, el que había sido obstaculizado por la instalación de un dispositivo de riego. La substancia del reclamo, según la recurrente, era que el recurrido había alterado “arbitraria e ilegalmente la situación de hecho existente, constituyendo un acto de auto-tutela reñido con el derecho” (c.I sent. prim. inst.). Pero debe ser evidente que es parte del derecho de dominio el que el dueño puede unilateralmente modificar la forma en que tiene dispuesto su bien o hacer las inversiones necesarias para explotarlo. La tesis de que para el dueño modificar la situación de hecho existente dentro de su predio es “reñido con el derecho” es a todas luces insostenible.

Pero por supuesto, la recurrente no alegaba sólo que el recurrido había alterado una situación de hecho, sino que lo había hecho en violación de su derecho constitucional de propiedad sobre los derechos personales que emanaban de un acta de avenimiento en que el recurrido se había obligado a permitir su paso por el predio. Esto fue decisivo para que la corte de apelaciones acogiera el recurso, a pesar de que el recurrido alegaba, y la propia corte lo constató mediante una inspección, que antes de disponer el nuevo sistema de regadío que obstaculizaba el tránsito por el antiguo camino el recurrido había reparado uno alternativo. La corte

26 Véase I Com. 48ss.

27 *ibid*, 49-54.

entendió que la obligación que había asumido la recurrida era permitir el paso por ese camino, pese a que también declaró

Que la interpretación de un cierto acuerdo de voluntades excede de lo que es propio del recurso de protección, cuyo único objetivo es el de, en relación con ciertos y determinados derechos constitucionalmente garantizados, preservar o restablecer el statu quo existente, impidiendo la auto-tutela (c.5, sent. prim. inst.)<sup>28</sup>.

La Corte Suprema entendió que la obligación del recurrido no era permitir el tránsito por ese camino, sino simplemente permitirlo, por lo que la consideró suficientemente cumplida por la habilitación del camino alternativo. En consecuencia, rechazó el recurso en segunda instancia.

En *Yunes con Aguilante* el recurrido había construido un cerco en lo que él entendía que era su propiedad, cuestión que era disputada por la recurrente, que recurrió de protección porque entendió que la acción del recurrido afectaba su derecho de dominio. La corte de apelaciones rechazó el recurso, porque entendió que ambas parte reclamaban derechos sobre el predio, por lo que o se trataba de predios distintos o había superposición de inscripciones. En cualquiera de estos dos casos la cuestión debía discutirse en el procedimiento adecuado, que en todo caso no era el de protección.

La Corte Suprema revocó la decisión de primera instancia, con el argumento de

Que si bien es cierto, a este tribunal por esta vía no le compete pronunciarse sobre los posibles problemas de deslindes de los predios de las partes o respecto de dominio de los mismos, no lo es menos que, de los antecedentes reunidos en autos, aparece que la recurrida, pretendiendo derechos sobre parte del predio que el recurrente estima como de su dominio, no accionó por las vías correspondientes, apartándose de la legalidad vigente, y autotutelándose en los derechos que eventualmente decía asistirle, alteró ilegal y arbitrariamente una situación de hecho preexistente, vulnerando con ella la garantía establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la constitución política de la república, y eventualmente el derecho de propiedad consagrado en el N°24 del mismo artículo respecto de la recurrente (c.2, sent. seg. inst.).

De acuerdo a lo explicado más arriba, este considerado es ininteligible. Aunque no es objeto de este comentario, la tesis de que quien ejerce un derecho que otro controvierte por eso mismo se convierte en una comisión especial en términos del inciso 4° del N° 3 del artículo 19 de la

<sup>28</sup> Esta es, por supuesto, una incorrecta caracterización del imperio del derecho, cuya incorrección oculta el mismo problema que la apelación al status quo: el recurso de protección tiene por finalidad restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado. Una acción de auto-tutela que es solamente ejercicio de un derecho no quebranta el imperio del derecho aunque altere el status quo. Por eso, no basta la apelación a la situación de hecho existen, hay que decidir si corresponde o no al imperio del derecho. En este caso, la cuestión sólo podía decidirse interpretando ese acuerdo de voluntades. Si esa interpretación se excluye, la decisión deberá ser necesariamente arbitraria, en el sentido de carente de razones.

constitución es insostenible: ¿cómo puede la Corte pretender que el que ejerce un derecho controvertido por otro está juzgando al otro en calidad de una comisión especial? Esto es una afirmación vergonzosa. En lo que sí concierne a este comentario, no puede aceptarse la idea de que el dueño que ejerce actos de aquellos a los que sólo da derecho el dominio se aparta de la legalidad vigente por el sólo hecho de que hay otro que pretende tener sobre su cosa un derecho.

En *Jaramillo con Peña* la Corte entendió que usar la cosa, aun contra las exigencias de otro que se dice o es dueño, es parte del dominio. Se trataba de un caso en el que una persona recurría de protección en contra de su ex-cónyuge que se había aprovechado de su temporal ausencia del inmueble que utilizaba para ingresar en él e instalarse con lo hijos comunes. La recurrida alegó ser dueña en comunidad de la cosa, en la medida en que ésta pertenecía a la sociedad conyugal que no había sido disuelta. Aplicando el criterio de la Corte en *Yunes con Aguilante* el caso era uno en que debería haberse acogido el recurso: no había duda alguna de que la mujer había efectivamente alterado el *status quo*, en el sentido de que antes de que ella ingresara al predio del recurrente éste lo utilizaba exclusivamente y al momento de conocerse el recurso ella estaba usándolo con exclusión del otro. Pero en este caso las simpatías de la Corte estuvieron con la recurrida y no con el recurrente, y entonces, revocando la decisión de la corte de apelaciones que había acogido el recurso, decidió

Que consecuentemente y apreciando, además los antecedentes tenidos a la vista de conformidad con las reglas de la sana crítica, se colige que no existen las vías de hecho que denuncia el recurrente, desde que [la recurrente] ingresó por la vía destinada al efecto y sin derribar puertas o forzar cerraduras a un inmueble cuyo dominio le pertenece en comunidad con su cónyuge. Es decir, la recurrida entró a un bien perteneciente a una comunidad integrada por ella y su marido [...], de suerte que no es extraña al dominio de la cosa, procediendo a darle el uso correspondiente a su naturaleza, esto es, servir de habitación tanto a ella como a sus hijos y nietos (c.3, sent. seg. inst.).

En este considerando aparece la contradicción en la jurisprudencia de la Corte: no se puede sostener que el que ejerce un derecho que cree asistirle está por ese sólo hecho alterando ilícitamente el *status quo* y quebrantando el imperio del derecho, porque para afirmar eso será necesario determinar si su pretensión de ser titular de ese derecho es correcta. Si en *Jaramillo con Peña* la recurrida era efectivamente comunera, entonces es perfectamente indiferente que entre con las llaves o destruyendo la puerta, que lo haga por ésta o por la ventana o levantando las planchas de la techumbre. Todas estas cosas las puede hacer un dueño con su cosa. Del mismo modo es irrelevante que dé a la cosa el uso que corresponde a su naturaleza, porque, de nuevo, un dueño puede usar la cosa para lo que quiera, *arbitrariamente*,

al menos mientras no sea contra ley o contra *derecho* ajeno (art. 582 CC). Estas consideraciones serían relevantes para determinar si ha habido vías de hecho, pero la propia Corte aquí, sin darse cuenta de ello, concede que usar o no vías de hecho no es una cuestión cuya determinación sea independiente de los derechos alegados por las partes. En breve: si la recurrida es dueña, puede usar cualquier vía de hecho para acceder a su predio, mientras no actúe contra ley o contra derecho ajeno; si no es dueña, es ilegal que entre al predio aun por la puerta usando la llave y que lo use, aun conforme a su uso natural.

Aquí no hay, de nuevo, nada más que justicia irracional que reacciona ante el caso emocionalmente<sup>29</sup>.

En materia de protección, hay dos casos que plantean cuestiones ligeramente distintas, y que por eso deben ser distinguidos de los anteriores. Ellos son *Sepúlveda con Municipalidad de Quillón* y *Weil con Rencoret*. Ambos fueron recursos en contra de órganos públicos. El recurrido en el primer caso fue una municipalidad que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 26 del DFL 850 de 1998 procedió a abrir un camino público que el recurrente había cerrado en su beneficio. El recurrente, por supuesto, alegaba que el terreno en cuestión no era parte de camino público alguno, y que por eso la municipalidad había actuado ilegalmente al remover los cierres por él instalados. En el segundo, se trataba de un recurso de protección en contra de un juez y del respectivo conservador por haber el primero ordenado y el segundo cumplido la orden de inscribir un inmueble cancelando la inscripción del recurrente.

En el primero, la corte de apelaciones rechazó el recurso, porque el departamento de vialidad respectivo informó que las obras municipales se realizaron para permitir el tránsito por una vía pública. La Corte Suprema, sin embargo, revocó la sentencia de primera instancia y acogió el recurso, porque a su juicio no se trataba de un camino público.

La decisión de la corte de apelaciones es correcta, y la de la Corte Suprema no lo es. Las municipalidades tienen la obligación legal de mantener abiertos al uso público los bienes nacionales de uso público, y para eso tienen la facultad de realizar las labores que sean necesarias. Lo que había en *Sepúlveda con Municipalidad de Quillón* era una disputa sobre la calidad del sector relevante del predio, si era o no un bien nacional de uso público. Pero no es razonable pensar que el recurso de protección es el medio adecuado para resolver esa disputa. Y en el intertanto, es la ley la

29 Nótese que el hecho de que sea reacción irracional y emocional al caso no implica necesariamente que sea substantivamente incorrecta. La obligación de los jueces no es sólo decidir correctamente, sino también fundamentar legalmente sus decisiones. Las decisiones de protección que hemos visto, incluso cuando satisfacen la primera obligación, tienen un serio déficit respecto de la segunda.

que faculta a las municipalidades para demoler las obras que particulares hayan instalado en bienes de uso público, sin perjuicio del derecho del particular a reclamar posteriormente<sup>30</sup>.

*Weil con Rencoret* es un buen caso para cerrar esta sub-sección sobre recurso de protección, y con ella la sección sobre acciones de protección del dominio y la posesión. Aquí se discutió sobre la arbitrariedad e ilegalidad de la decisión de un juez de letras de Puerto Montt que ordenó al conservador de bienes raíces inscribir una transferencia de propiedad que éste se había negado a realizar<sup>31</sup>. La corte de apelaciones desechó por mayoría el recurso por entender que había sido interpuesto extemporáneamente, contando el plazo desde el momento en que la inscripción ordenada por el tribunal recurrido había sido practicada. La Corte Suprema ignoró este argumento, y sin referirse a él conoció del fondo del caso y revocó la sentencia de primera instancia, acogiendo el recurso. El argumento decisivo ofrecido por la Corte para acoger el recurso fue que los afectados por la orden del juez no habían sido emplazados:

Que la juez recurrida al dictar la resolución que motiva este recurso ha actuado en forma arbitraria, toda vez que dio curso a la solicitud de inscripción afectando derechos de terceros quienes no tomaron oportuno conocimiento de la misma, lo que impidió hacer valer sus derechos, vulnerándose la garantía consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, esto es el derecho de propiedad (c.4 sent. seg. inst).

Todo lo dicho en las secciones anteriores sobre el sistema de acciones de protección del dominio queda en entredicho con esta decisión de la Corte Suprema y otras similares: carece de sentido entender que el legislador ha regulado las formas en que un afectado puede defender su posesión, dominio o en su caso tenencia de una cosa si todas esas regulaciones pueden ser ignoradas mediante el ejercicio de un recurso de protección.

## LA POSESIÓN

Las decisiones en *González con Vidal*, *Frutícola de Antofagasta con Escalante* y en *Inmobiliaria Lo Curro con Callejas* tienen el denominador común que se refieren a la posesión y en especial al valor que debe reconocerse a la inscripción conservatoria. Pero tienen un denominador común adicional: los problemas planteados en ellas fueron suscitados por legislación de saneamiento del dominio, que permite a quien no tiene la posesión inscrita legalmente acceder a ella. El problema con la legislación de saneamiento es que ella no ha sido incorporada al sistema posesorio por la dogmática

30 *Tagle con Fisco*, comentado más arriba, fue un caso análogo, aunque ahí se intentó una querrela de amparo. Casos de la misma especie fueron comentados en 1 *Com.* 578ss.

31 Véase el comentario a *Henríquez con Conservador*, en 1 *Com.* 35ss.

chilena, y entonces subsiste como un régimen excepcional cuyas relaciones con el régimen del Código permanecen inexploradas<sup>32</sup>. Con la limitaciones propias de un comentario de jurisprudencia, será necesario abordar este asunto antes de referirse a las decisiones relevantes.

### *La protección de la posesión*

Como es sabido, la cuestión de los fundamentos de la protección posesoria no es particularmente pacífica. Hay dos explicaciones que en particular resultan de interés para entender el problema del sistema registral chileno y de las leyes de saneamiento. Una es la de Savigny, que entiende a la posesión como una posición jurídicamente relevante cuya protección se justifica de modo independiente a la propiedad, por referencia a la paz social y a la necesidad de prevenir actos de auto-tutela y despojo<sup>33</sup>. La otra es la de Ihering, que entiende que la protección de la posesión es la protección de la propiedad<sup>34</sup>. Ya hemos visto, al tratar de los interdictos posesorios y en especial del de restitución, que esa figura no puede expresarse como reflejo de la protección de la propiedad. Éste siempre ha sido el punto más fuerte de la explicación de Savigny. La de Ihering, por su parte, encuentra su rango preferencial de aplicación en el régimen de posesión inscrita, y por eso tendremos que comenzar refiriéndonos a ella.

Ihering enfatizaba que la posesión no se protegía por el valor de ella misma, sino como un modo de proteger la propiedad. La protección posesoria, decía Ihering,

ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de la propiedad, que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (*reivindicatio*), le bastará la prueba de la posesión, frente a aquél que se la ha arrebatado inmediatamente<sup>35</sup>.

La razón por la cual la protección posesoria es necesaria para proteger la propiedad es que la posesión y la propiedad habitualmente van juntas, de modo que quien protege la posesión, normalmente protege la propiedad. Adicionalmente, probar la posesión es relativamente fácil, mientras probar el dominio es normalmente difícil. Si el dueño sólo pudiera ver protegido su

32 Así, el procedimiento de regularización de la posesión de ciertos bienes inmuebles no es parte de la exposición del régimen de posesión de bienes inmuebles ni (para citar algunos textos canónicos) en Alessandri, Somarriva y Vodanovic: *op. cit.* en n. 22, vol. i, pp. 404-25, ni en Peñailillo, *op. cit.* en n. 22 (véase pp. 266-75), ni en Rozas, F: *Los Bienes* (Santiago: Conosur, 1998), pp. 233-9, ni en Vial del Río, V.: *La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003), pp. 128-62.

33 Savigny, F K: *Tratado de la Posesión, Según los principios de Derecho Romano* (Madrid, 1845).

34 Ihering, R: "La posesión. Teoría simplificada", en *Estudios Jurídicos* (Buenos Aires: Heliasta, 1974; edn orig 1869), pp 161-222; Ihering, R.: *La Voluntad en la Posesión* (Madrid: Reus, 2003; edn orig 1889); y Ihering, R: *La Teoría de la Posesión* (Madrid: Reus, 2004; edn orig 1869).

35 Ihering, R: "La posesión. Teoría simplificada", *cit.* en n. 34, pp 161-222.

dominio después de haber probado judicialmente su condición de dueño, la protección a la que podría acceder sería extraordinariamente limitada y costosa. Al protegerse jurídicamente la posesión, el dueño (habitualmente poseedor) no necesitará probar su condición de dueño para acceder a la protección del derecho, le bastará probar su condición de poseedor. La única excepción a esto es el caso en que el dueño pretende recuperar la cosa de manos del poseedor, en que deberá usar la acción reivindicatoria y probar su dominio. Pero que el dueño sea “habitualmente” poseedor no significa que lo sea en todos los casos, y aquí encontramos la paradoja: “la protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido”<sup>36</sup>. El derecho de este modo protege a quien no debería poseer, y llega al extremo de volverse en contra de aquél a quien buscaba proteger: “es posible que el no propietario triunfe en el [juicio] posesorio contra el propietario. La institución hecha para éste se resuelve en su contra”<sup>37</sup>. En derecho es común encontrar situaciones en las que (como la lluvia que riega lo mismo a los que la necesitan que a los que no la necesitan, dice Ihering<sup>38</sup>) la protección de *x* que opera a través de la protección de *y* (cuando *y* es más pública que *x*, o más fácil de probar, etc) se vuelve en contra de *x*: “la concesión de la protección posesoria al que no tiene derecho, cuando el *fin* legislativo no atiende más que al derechohabiente, aparece como una *consecuencia* no querida, pero inevitable”<sup>39</sup>.

El sistema registral del Código Civil ofrece, como ya ha sido dicho, una constatación particularmente conspicua de la observación de Ihering. La prueba del dominio, de acuerdo al derecho chileno, puede en muchos casos ser difícil o incluso fácticamente imposible. La prueba de la posesión, en particular de un bien inmueble inscrito, es particularmente fácil, porque para ella basta la inscripción. Pero al mismo tiempo quien puede probar la posesión de un bien (inscrita o no) puede fácilmente probar la propiedad, porque la posesión hace presumir la propiedad (art. 700 inc. 2º CC). Por supuesto, esa presunción es simplemente legal, y puede ser atacada, pero el que la ataque no será exitoso a menos que pueda probar su propiedad, lo que adicionalmente deberá hacer sin poder recurrir a la presunción de que dispondrá la contraparte. Para (casi) todos los efectos prácticos, la presunción del inciso segundo del artículo 700 será suficiente.

Pero la cuestión tiene un matiz adicional. La ley exige ciertos requisitos formales para la transferencia de la propiedad sobre los bienes inmuebles, al menos en los casos más importantes (tradicción: artículo 686 CC). Y esto plantea el problema que en el origen es responsable del surgimiento de la protección posesoria: es posible que los requisitos formales no se hayan cumplido, y por eso que la propiedad no se haya transferido, aun cuando

36 *ibid.* 183.37 *ibid.*38 *ibid.*39 *ibid.* 185.

ambas partes de la convención hayan creído que la propiedad fue transferida. Y nótese que en ausencia de *usucapión* (a la que volveremos) este problema se comunicará a todos los sucesores tanto de la parte que creyó deshacerse de la propiedad, que retendrán entonces el dominio, como de la que creyó adquirirla, que carecerán de derechos sobre la cosa. Esto tiene una consecuencia altamente inconveniente para un régimen de propiedad: la detentación material y explotación económica de la cosa, que es después de todo el aspecto sustantivamente más relevante de la propiedad, empiezan a separarse, más o menos lentamente, del derecho de propiedad. En efecto, el que creía ser dueño tendrá la cosa y la usará como dueño, pero no será dueño. El dueño será el que hizo la tradición defectuosa, que no fue apta para transferir el dominio. Pero la verdad es que tampoco podremos asegurar que ese tradente es dueño, porque la situación en que quedó el tradido como resultado de la tradición viciada podría ser, después de todo, la situación en la que el ahora tradente, pero en su momento tradido, se encuentra (ya la de él o la de alguno de sus supuestos antecesores en el dominio). Así llegará el día en que nadie pueda tener certeza del hecho de ser dueño de algo, ni pueda asegurar que quien aparece como dueño es efectivamente tal.

La protección de la posesión soluciona este problema. El que tiene la detentación de la cosa, y al mismo tiempo una razón jurídicamente justificada, aunque sea errónea, para creerse dueño de algo es declarado poseedor. Quien es poseedor puede adquirir la propiedad por usucapión, en un plazo que, en el caso de los inmuebles, es de 4 o 10 años. De este modo se logran varias finalidades, solucionando los problemas mencionados: en primer lugar, la posesión, caracterizada *in extremis* de modo exclusivamente fáctico, resulta tender hacia la propiedad, por lo que la tendencia a la divergencia entre control sobre la cosa y propiedad es reemplazada por una tendencia a la convergencia. En efecto, si ambas condiciones se separan, porque ha habido, como en el caso imaginado más arriba, un defecto formal en la tradición, el tradido quedará normalmente en situación de poseer, lo que quiere decir que quedará en camino de hacerse dueño. Toda divergencia entre control sobre la cosa y propiedad tiene ahora una tendencia hacia la consolidación de ambas posiciones. Lo interesante de esta forma de reintroducir una tendencia a la consolidación de norma (propiedad) y hecho (detentación) es que ella se produce alterando la titularidad del derecho para asignarla al que detenta contra derecho. A diferencia de lo que caracteriza a las expectativas normativas por contraposición a las cognitivas, que cuando son decepcionadas *insisten* y no *aprenden*, aquí el derecho aprende, no insiste.

En segundo lugar, la protección de la posesión y la posibilidad de usucapión dan a la propiedad un fundamento independiente, lo que hace in-

necesario remontarse hasta el acto original de ocupación para probar de modo definitivo el dominio<sup>40</sup>. Si quien alega ser dueño muestra además que ha poseído la cosa por un plazo superior al plazo máximo de prescripción, entonces su dominio es jurídicamente inatacable, porque ahora es indiferente si alguno de sus antecesores en el dominio sólo parecía ser dueño sin serlo. Como su dominio ahora tiene el fundamento independiente de la posesión, la pregunta por la corrección de todas las transferencias o transmisiones que median entre él y el que ocupó originalmente la cosa deviene irrelevante.

De la segunda consecuencia se desprende una tercera: la prueba de la propiedad se simplifica. Ahora para probar la propiedad bastará probar posesión por un lapso de 10 años. Quien ha probado en juicio que ha poseído por 10 años ha probado en juicio que es dueño.

Ilustradoras a este respecto son las dos reglas contenidas en el inciso primero del artículo 717 del Código Civil. Conforme a la primera, en todo caso la posesión del poseedor principia en él. Esto quiere decir que el poseedor no recibe el status de poseedor de aquél de quien recibe (o cree recibir) el dominio, porque si fuera así entonces su condición de poseedor sería dependiente de la condición de poseedor o de dueño de quien hizo la transferencia. En este caso, la posesión no podría constituir un fundamento independiente de la propiedad<sup>41</sup>, porque la determinación de si quien pretende ser poseedor lo es sería tan dificultosa como la determinación de si quien pretende ser dueño lo es, y por consiguiente sería enteramente innecesaria.

La segunda regla contenida en el inciso primero del artículo 717 permite agregar posesiones contiguas. Ella asegura la tendencia a la consolidación en un titular del control material sobre la cosa y su dominio, porque en su ausencia sería posible que la divergencia se mantuviera si la aparente propiedad es transferida antes del cumplimiento del plazo de prescripción. Si bien la posesión del sucesor no depende de la posesión del antecesor, la razón que jurídicamente justifica la posición del poseedor es la misma que justifica la del antecesor (esto quiere decir que las posesiones sean jurídicamente *contiguas*: que el sucesor se cree dueño *porque* el antecesor se creía dueño, y que las posesiones sean contiguas es una exigencia del inc. 2º del art. 717 CC para que puedan agregarse).

La misma consideración que justifica la agregación de posesiones justifica entender que la posesión es una situación *de hecho*. El poseedor es

40 En estricto rigor en ausencia de usucapión no es posible la prueba del acto original de ocupación, porque ello requiere prueba de que la cosa era *res nullius*, es decir, prueba negativa del dominio. El otro modo de adquirir originario, la accesión, supone que el adquirente es dueño de la cosa principal, por lo que es incapaz de dar fundamento independiente a la propiedad.

41 Véase I Com. 44s, para las consecuencias que se siguen de entender a la posesión como un *derecho*, es decir, como una posición que se detenta en la medida en que se ha recibido debidamente de otro.

quien detenta la cosa como dueño, aunque carezca de todo título a ello. Esto, por supuesto, parece estar en contradicción con la exigencia legal de lo que se denomina *animus possessionis*, entendida, como se ha sostenido más arriba, como una creencia *jurídicamente justificada, aunque sea falsa*, de ser el pretendido poseedor dueño. Un arrendatario o comodatario, por ejemplo, no es poseedor porque no tiene ánimo. Y esta carencia de ánimo significa: detenta la cosa a nombre de otro. Pero esto, que parece ser un enunciado de hecho, sobre los estados mentales del sujeto en cuestión, en realidad no lo es, porque seguiría detentando la cosa a nombre de otro aunque él se convenciera a sí mismo que es dueño, así como puede tener ánimo quien sabe que no es dueño. El arrendatario y el comodatario carecen de ánimo no porque no crean ser dueños (eso es contingente), sino porque el arrendamiento y el comodato no son títulos aptos para justificar jurídicamente su creencia de ser dueño. Nótese la diferencia con el que ha comprado la cosa y la ha recibido en una tradición que no satisface los requisitos legales: aquí él cree que es dueño de la cosa, y su creencia tiene una justificación jurídica – la compraventa seguida de tradición. Por eso el art. 704 permite definir al título (antes de decidir si es justo o no, o traslativo o constitutivo de dominio) como el antecedente jurídico que “por su naturaleza” es apto para adscribir el dominio, es decir, el que en abstracto, y con prescindencia de que lo sea en concreto, es apto para justificar la creencia de ser dueño que la ley le imputa al que lo puede invocar.

El lector atento notará que el párrafo anterior comienza hablando del ánimo y termina hablando del título. Esto no es un deslizamiento inconsciente. Al contrario, puede decirse que en la posesión regular *el ánimo se confunde con el título* seguido (cuando el título es traslativo de dominio) de *tradición*, en el sentido de que quien invoca un título (y, en su caso, tradición) tiene ánimo: no es posible que se pruebe que hay justo título (y tradición) pero que no hay posesión porque no hay ánimo. Si la ley reconociera sólo la posesión regular, entonces tendríamos que decir que el que no tiene título (y tradición) no puede tener posesión, y esto reintroduciría la inestabilidad del dominio que la posesión pretende corregir.

Esto es así porque el derecho no imputa a quien no sea dueño una creencia jurídicamente justificada de ser dueño si no ocupa una posición de *apariencia de dueño*. En la posesión regular, esa apariencia es *mediata*: no basta que el que se pretende dueño parezca dueño en el sentido fáctico de que actúe como dueño, es necesario que adicionalmente la diferencia entre el hecho (actúa como si fuera dueño) y su calificación jurídica (no es dueño) se deba a un error excusable. Ese error sólo puede ser un “justo” error de hecho (art. 706).

La posesión regular es, por eso, una especie de estación intermedia entre norma y hecho, porque media entre el dominio, jurídicamente consti-

tuido, y la posesión irregular, que es *puramente fáctica*, como lo muestra la regla de clausura del sistema posesorio del Código Civil, el artículo 2510:

El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse: 1<sup>a</sup> Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno. 2<sup>a</sup> Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio. 3<sup>a</sup> Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; 2. Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Aquí la relevancia legal de la apariencia cuando es distinta de su calificación jurídica no es mediada por un justo error de hecho. La ley hace ahora relevante la apariencia en sus propios términos, es decir, *inmediatamente*: apariencia significa apariencia. Han desaparecido todos los requisitos de la posesión regular que tendían a identificarla como una situación caracterizada por una facticidad cuyo déficit normativo se compensaba por el justo error de hecho: ni título ni tradición, y la buena fe se presume de derecho, lo que es lo mismo que decir que ella es irrelevante. No se opone al reconocimiento legal de posesión irregular ni siquiera detentar con un título de mera tenencia, cuando esa detentación ha sido *en los hechos* como dueño, lo que significa que debe cumplir con dos exigencias adicionales puramente fácticas: que el que alega la posesión haya detentado pública y pacíficamente, y que no haya realizados actos que importen el reconocimiento del derecho de otro. Pero por supuesto, la satisfacción de estos dos requisitos sólo cumple la función de individualizar a quien efectivamente ha actuado, y en público, como dueño. Nadie que haya detentado como dueño una cosa queda excluido por la regla tercera, porque detentar como dueño y satisfacer esas exigencias son nociones co-extensivas. Por eso puede decirse que ésta es la regla es la regla de clausura del sistema posesorio: aquí son abandonados todos los requisitos que pretenden condicionar el estatus de poseedor a la satisfacción de requisitos normativamente orientados (justo título o simplemente título, buena fe, etc). Si el que se pretende dueño ha *actuado como dueño* por 10 años, es dueño.

### *La posesión inscrita y sus problemas*

Pero por supuesto, el derecho pretende sujetar la facticidad del mundo a cierto estándares normativos, por lo que esta solución (mantener la correspondencia entre norma y hecho ajustando la norma a los hechos) parece, como hemos visto, paradójica. El genio de Ihering lo llevó a notar

que la paradoja es más profunda, porque se reproduce en un nivel más alto: el derecho pretende proteger al que tiene la cosa bajo su control porque (cuando) ese control es legítimo (de acuerdo a los estándares del propio derecho) y ese control legítimo se denomina “propiedad”. Pero la protección que el derecho puede dar al detentador legítimo (dueño) depende de que “mero” control y control legítimo (posesión y derecho a poseer, es decir, dominio) tiendan a coincidir, de modo que los casos de mero control (posesión del no dueño) pueden ser tratados como patológicos. La regla del 2510 N° 3 asegura esa coincidencia concediendo al “mero” control status de control “legítimo”. Por estas razones, la regla comentada no es un *límite* a la protección de la propiedad, sino que es *constitutiva* de ella: no hay protección de la propiedad sin una regla de clausura como la comentada.

Toda la argumentación anterior era necesaria para explicar la necesidad de una regla de clausura como la del artículo 2510 N° 3. Esta conclusión era a su vez necesaria porque muestra el problema central del régimen de posesión inscrita: carece de una regla de clausura como ésta.

Como se sabe, a la dogmática civil chilena le tomó algún tiempo construir, a partir principalmente de las disposiciones contenidas en el título VII del libro II y del párrafo 2 del título XLII del libro cuarto del Código Civil, el régimen de posesión de bienes inmuebles. Aunque estas afirmaciones nunca son en todo sentido correctas, puede reconocerse el crédito a Humberto Trucco quien, en su artículo “Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil Chileno”<sup>42</sup> fijó, en 1910, la “teoría” de la posesión inscrita.

Lo característico de la doctrina de la posesión inscrita es que ella elimina de la posesión su facticidad. Para ser poseedor no es necesario ni suficiente *detentar* la cosa como dueño o *actuar* respecto de ella como sólo lo hace un dueño: es suficiente y necesario ser titular de la inscripción conservatoria respectiva. La vinculación interna que, en el régimen general, hay entre posesión y control sobre la cosa se rompe. Como lo dijo Andrés Bello en el *Mensaje* del Código Civil,

La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor.

Puede apreciarse que la posesión inscrita (regular o irregular) es el equivalente de la posesión regular de muebles e inmuebles no inscritos. Como en la posesión regular de muebles, la apariencia (detentación material) en sus propios términos es inútil. Si en la posesión regular de muebles la diferencia entre la apariencia (actúa como dueño) y la

42 Trucco, H: “Teoría de la posesión inscrita dentro del código civil chileno”, en 7 RDJ (1910) 1, pp. 131-155.

calificación jurídica (no es dueño) era mediada por un justo error en materia de hecho, en la posesión de bienes inmuebles inscritos ella es mediada por la inscripción. La diferencia, por supuesto, es que en la posesión de muebles la no concurrencia de los requisitos para la posesión regular no impedía la posesión irregular. En la posesión de inmuebles inscritos, tanto la posesión regular como la irregular está mediada por la inscripción. No hay, tratándose de bienes inmuebles inscritos, de acuerdo al régimen del solo Código Civil, protección inmediata de la apariencia posesoria. Esto es lo que tradicionalmente se ha expresado diciendo que la inscripción es una *ficción legal* de posesión.

Esto no es casual, desde luego. Sólo porque no hay protección inmediata de la apariencia podía Andrés Bello abrigar la “gloriosa ilusión”<sup>43</sup> de que propiedad, posesión y detentación material convergerían:

Son patentes lo beneficios que se deberían a este orden de cosas; la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos.

Por esto puede decirse que Bello toma la tesis de Ihering de que la posesión existe sólo para proteger a la propiedad y la extrema. La posesión protege injustificada, pero inevitablemente al no dueño, y ése es el precio que debe pagarse para poder dar fundamentos sólidos al régimen de la propiedad. La protección del no dueño es una especie de rebalse a ser lamentado. Bello entendió esto, y el régimen de posesión inscrita es su solución: si bien debe protegerse al no dueño, esa protección debe ser tan limitada como sea posible. Y conforme al derecho chileno, el que no tiene inscripción no puede tener ni dominio ni posesión. La posesión de bienes inmuebles es un concepto puramente jurídico, no fáctico: el ánimo es el de la posesión regular (es decir, es ánimo mediado por el derecho) y el *corpus* es indiferente, porque es enteramente reemplazado por la inscripción.

Una primera forma de indicar el problema que esto genera es mencionando la cuestión de las llamadas “inscripciones de papel”, nombre que dio Leopoldo Urrutia a

Inscripciones de cosas que nunca se han poseído, inscripciones que son frecuentes, según lo manifiesta, entre otros que conozco, el siguiente ejemplo. Se trató de una gran hacienda inscrita con estos límites arcifinios: al norte, una laguna; al sur, un río; al oriente, la Cordillera de la Costa; y al poniente, el mar pacífico. Dentro de este gran predio existían seis u ocho cuadras que, desde tiempos inmemoriales, poseían unas familias de pescadores con deslindes de cercas perfectamente notorias. El predio se había transmitido de padres a hijos sin título inscrito, sin haberse producido entre ellos ninguna dificultad. El propietario inscrito pretendió desposeer a estos ocupantes sin inscripción. Fue rechazada la acción a pesar

43 Pescio, V: *Manual de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978), vol. iv, 148.

de no tener título inscrito los poseedores demandados, rechazo que se fundó en el antecedente de que la inscripción de deslindes arcifinios del fundo no podía comprender las cuadras de las familias de los pescadores, desde que ni a la fecha de la inscripción ni después habían sido ocupadas alguna vez por los propietarios del gran predio, dentro del cual se hallaban ubicadas: posesión de hecho que siempre había correspondido a aquellas familias<sup>44</sup>.

Nótese que, a pesar de que Urrutia le da gran importancia a este hecho, que menciona dos veces, el problema no surge por el hecho de que los deslindes del predio sean arcifinios, ni porque ellos sean vagos. No cambia nada en el ejemplo de Urrutia si “una laguna” y “un río” se entiende que en el caso al que se refiere son una laguna y un río determinadamente individualizados. Tampoco cambia nada importante si el predio no es una “gran hacienda” o si la detentación del que alega posesión material no es “inmemorial” sino sólo por un par de décadas. En otras palabras, el problema no se encuentra en la negligencia del funcionario a cargo del registro conservador o en una peculiaridad de la propiedad que es inscrita, sino la propia filosofía del sistema. O la posesión es un concepto fáctico, por lo que para decidir quién es poseedor habrá que mirar, en definitiva, a quien tiene la cosa dentro de su esfera real de control, o es posesión inscrita, caso en el cual la facticidad de la historia, la pregunta por quién había de hecho ocupado el predio de que se trataba, es derechamente irrelevante. La decisión a la que alude Urrutia, en esta comprensión, no sólo no es correcta en derecho, sino que niega la filosofía básica del sistema de posesión registral, en el cual posesión e inscripción se asimilan. Sólo de esta manera puede pretenderse que posesión, propiedad e inscripción convergerán.

La razón por la cual Urrutia creyó que podía justificar la corrección de la solución a la que alude es que entendió que la posesión no era reducible a la inscripción, sino que era sólo “solemnidad de un hecho, asegura la posesión; de suerte que, faltando el hecho de la posesión, nada solemniza ni asegura”<sup>45</sup>. Pero si esto es así, entonces o el hecho por sí solo basta y la solemnidad sólo facilita su prueba o la solemnidad es constitutiva del hecho. En el primer caso la inscripción deja de jugar el rol central que le asignaba Bello en el mensaje, porque es perfectamente posible poseer sin inscripción y usurpar al inscrito; en el segundo el problema de las familias que preocupaba a Urrutia se mantiene, porque no podrán alegar ser dueños ni poseedores mientras no inscriban<sup>46</sup>.

44 Urrutia, L.: “Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno”, en 31 RDJ (1928), pp, 5-12, p. 10.

45 *ibid.* 11.

46 De hecho, el uso que Urrutia hace de los términos parece traicionarlo. Usualmente se denomina “solemnidad” a una formalidad que tiene una función constitutiva, de modo que su omisión no puede ser suplida por otras pruebas. Nuestros manuales suelen distinguir formalidades *ad solemnitatem* de formalidades de prueba.

Habitualmente en este punto debe recordarse que en la doctrina hay dos maneras de comprender la función de la inscripción en la posesión de bienes inmuebles, que suelen denominarse “inscripción-ficción” e “inscripción-garantía”<sup>47</sup>. Estas dos escuelas entienden la función de la inscripción de una de las dos maneras indicadas en el párrafo anterior, es decir, como *constitutiva* de la posesión (la inscripción como una ficción legal que hace irrelevante la concurrencia de hecho de *corpus y animus*) o como *prueba* de ella (la inscripción hace presumir la concurrencia de los requisitos materiales de la posesión, pero no los hace irrelevantes). Sin embargo, como hemos visto, la disputa es hasta cierto punto sólo aparente. Quienes defienden la doctrina de la llamada “inscripción-garantía” aceptan también que ella es una ficción, aunque pretenden limitar su alcance.

El caso más evidente es el del propio Urrutia, que inventó como hemos visto la expresión “inscripción de papel” y que es usualmente clasificado entre los partidarios de la “inscripción-garantía”. Esa clasificación toma sus dichos de la sección VII del artículo citado (sobre inscripciones de papel), pero ignora sus dichos anteriores:

La inscripción es en el fondo solemnidad de un hecho, asegura la posesión; de suerte que, faltando el hecho de la posesión, *nada* solemniza ni asegura<sup>48</sup>.

Pero la verdad es que aquí borra Urrutia con el codo lo que ha escrito en las secciones anteriores de su artículo, donde enfatizaba que

La posesión natural se adquiere por el apoderamiento de la cosa que se toma con ánimo de hacerla propia. Este apoderamiento físico pone fin a la posesión anterior, aunque el acto de asir la cosa sea violento, clandestino o le preceda una base de usurpación<sup>49</sup>.

La inscripción, sostiene Urrutia, pone la posesión de un inmueble a salvo de estos actos materiales de apoderamiento:

Mientras subsista la inscripción, *nada* valen los ataques físicos contra la posesión inscrita<sup>50</sup>.

Ésta es la marca de la escuela de la “inscripción-garantía”: una inscripción de papel no da posesión (porque sería prueba de un hecho falso), y por lo tanto la inscripción no es ficción. Pero la inscripción garantiza la posesión, poniéndola a salvo del apoderamiento<sup>51</sup>.

47 Véase, para la controversia y sus fuentes, Pescio, *op. cit.*, en n. 43, t. iv, pp. 349ss.

48 Urrutia, *op. cit.* en n. 44, p. 12 (destacado agregado).

49 *ibid.* 9.

50 *ibid.* 11 (destacado agregado).

51 Otro de los miembros de la escuela de la “inscripción-garantía”, Tomás Ramírez, sostiene que “será inútil que otro trate de prescribir, ni por goce secular, una cosa que está actualmente inscrita a nombre ajeno, porque no es poseedor ante la ley, siendo indispensable para ello que la inscripción se haga a su nombre” (Ramírez, carta a H. Trucco, reproducida en Trucco, *op. cit.* en n. 42, aquí p. 147).

Esta posición, sin embargo, no difiere sino accesoriamente de la sostenida por la “inscripción-ficción”. La manera en que la ley protege al poseedor que ha perdido el *corpus* y con él el control sobre la cosa, que de haberse tratado de una cosa mueble le habría hecho perder la posesión, es reconociéndole posesión pese a no reunir los requisitos del artículo 700, es decir, fingiéndolos. Los partidarios de la inscripción-garantía reconocen en la inscripción una ficción, aunque no lo digan, porque de otro modo la inscripción no puede garantizar posesión alguna<sup>52</sup>.

La diferencia se reduce casi exclusivamente a dos puntos: el de las inscripciones de papel y el de las dobles inscripciones. A las dobles inscripciones nos referiremos más adelante, al comentar un caso en que se planteó un problema de ese tipo. Respecto de las inscripciones de papel recuérdese la estrategia seguida por Urrutia: las caracteriza de modo tan rigurosamente exigente que él podía esperar que se mantendrían en todo caso excepcionales y que en esos casos excepcionales podría apelar al sentido de justicia de todos, que reconocerían, en una especie de “consenso por superposición”, la arbitrariedad de reconocer posesión al que posee de papel. Por eso debía tratarse de predios cuyos límites fueran arcifinios, de enorme extensión, en los cuales los poseedores materiales hayan detentado “desde tiempos inmemoriales”. Pero la razón misma que Urrutia da para negar posesión al inscrito en este caso impide sostener que el artículo 729 proteja al que por apoderamiento ha perdido el *corpus*: si la inscripción hace presumir *corpus* y *animus*, pero en una presunción simplemente legal, ¿qué es entonces lo que se garantiza en el caso del artículo 729, si como consecuencia del apoderamiento el poseedor inscrito ha perdido el *corpus*?

Si las inscripciones de papel constituyen un problema relevante, ello es porque son (caracterizadas como lo hizo Urrutia) sólo el caso más extremo de un problema mucho más común: el del que posee (*i.e.* tiene *corpus* y *animus*) sin inscripción (por ejemplo, como veremos, porque recibió de buena fe la cosa en tradición *longa manu*).

Si, pese a no ser un problema interno del régimen de posesión inscrita, el problema de las inscripciones de papel es reconocido como un problema,

52 La contradicción continua apareciendo en los autores que afirman que la inscripción no es una ficción. Es apreciable, por ejemplo, en Rozas, *op. cit.* en n. 32. Cuando el autor comenta el art. 730 CC, sostiene que “si el artículo 724 exige la inscripción para la posesión de ciertos bienes, ello no significa que baste esa sola inscripción para que haya posesión. Para que exista es indispensable el *corpus* y el *animus*. En resumen, las inscripciones de papel no dan posesión” (*ibid*, 238). Pero si la posesión de inmuebles exige no sólo inscripción, sino adicionalmente *corpus* y *animus*, entonces no puede decirse que ella “se pierde sólo por la cancelación de la inscripción” (*ibid*, 238, destacado agregado), ni menos que “el apoderamiento de un inmueble inscrito no hace adquirir ni aun posesión irregular” (*ibid*, 235). Las afirmaciones de la página 235 son correctas porque en el sistema del Código la inscripción es necesaria y suficiente para adquirir y mantener la posesión, pero esto eso supone que basta la sola inscripción para adquirir posesión o conservarla, lo que es directamente negado en la afirmación de la p. 238.

y no simplemente ignorado, eso mostraría que, contra lo que creía Ihering, el fundamento de la posesión no es reducible a la propiedad<sup>53</sup>. Si lo fuera, el sistema de Bello, como ha sido construido por la dogmática chilena, sería suficiente. Pero la posesión también debe protección a quien ha descansado en la apariencia de las cosas, en el hecho de que una persona se ha comportado como dueño sin que nadie le dispute tal título. Aquí se ha producido la misma divergencia que antes observábamos, pero ahora se produce entre propiedad y posesión, por un lado, y detentación material por el otro. La posesión, nacida para servir de puente entre la propiedad y su contenido económico, “se hace sinónimo” de la propiedad, como quería Bello, al precio de perder su conexión con la detentación material. Por eso hay algún sentido en que la manera correcta de entender el sistema de posesión inscrita de bienes inmuebles en el Código Civil chileno es sostener que en Chile la posesión de inmuebles no está protegida por el derecho.

¿Qué significa esto? Aquí es importante introducir una consideración que suele no estar presente en nuestros textos jurídicos. El régimen de posesión inscrita original del Código Civil era un régimen que tenía presente los intereses de los grandes terratenientes, de quienes podía efectivamente suponerse que conocerían la ley y que tomarían las debidas precauciones para que sus haciendas recibieran la protección de la ley cuando fuere necesario. La situación de los campesinos en el campo o de los trabajadores en las ciudades no preocupaba al legislador en 1855: ellos, que no tienen fácil acceso a la asesoría jurídica y por consiguiente al conocimiento legal, verán dificultado su acceso a la propiedad inmobiliaria. Pero el código Civil no era para ellos, que estaban excluidos *de facto* (no, desde luego, *de iure*) de la propiedad. Por eso no es extraño que, a medida que la relevancia política de estos grupos empieza a aumentar (que es la constante del siglo xx, culminando en lo que a la tenencia de la propiedad inmobiliaria se refiere con la reforma agraria en la década de los 60) el régimen estricto del Código Civil se hace cada vez menos sostenible, y comienza a ser modificado. La doctrina nacional, sin embargo, se ha resistido a reconocer en estas modificaciones algo más que regulaciones excepcionales que dejan incólume al régimen posesorio general. Eso explica la situación insostenible en la que habitualmente se encuentran nuestros jueces. A estas cuestiones deberemos atender ahora, comenzando por el principio.

*El retorno a un concepto fáctico de posesión:  
la legislación de saneamiento del dominio*

La afirmación de que el Código Civil no protege la posesión de bienes inmuebles es una exageración, pero no porque no sea una correcta

<sup>53</sup> Hernández Gil, A.: *La Función Social de la Posesión* (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1967), 15-31.

descripción del régimen del Código como ha sido construido por la dogmática. La exageración radica en que esa afirmación ignora la legislación adicional a la del Código, la que se ha dictado precisamente para vincular nuevamente propiedad (y ahora posesión) y detentación material.

Lo que esta legislación significa es precisamente que la posesión registral de bienes inmuebles no cumple el objetivo que corresponde a la posesión. Las reglas sobre saneamiento de la posesión contienen el verdadero régimen de la posesión de bienes inmuebles en el derecho chileno<sup>54</sup>. En ellas lo determinante vuelve a ser el hecho del control material de la cosa, de actuar como dueño de algo aun cuando no haya, en el sentido del régimen general, posesión.

Para verificar este aserto basta considerar los requisitos para poder solicitar una inscripción regularizadora. Los fija el artículo 2 del decreto ley 2695: posesión, actualmente no litigiosa, del inmueble, que sea continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, por cinco años. Desde luego, el uso de la expresión "posesión" en el artículo 2 merece cierto comentario, porque la referencia no debe ser entendida al régimen de posesión de bienes inmuebles del Código Civil (si el inmueble se posee en términos del Código Civil no hay necesidad de sanearlo), sino a la posesión en términos del artículo 700: la cosa debe estar bajo el control del solicitante quien debe públicamente detentarla como dueño. Es decir, el decreto ley 2695 abandona la "gloriosa ilusión" de Bello y vuelve al concepto tradicional, fáctico, de posesión en que la apariencia es inmediatamente relevante. Esto es particularmente evidente al tenor de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 2:

No será obstáculo para el ejercicio de este derecho la circunstancia de que existan inscripciones del dominio anteriores sobre el mismo inmueble.

Posee un inmueble, entonces, aun uno inscrito, el que lo detenta incluso contra el poseedor inscrito. Esto es perfectamente análogo a la regla del N° 3 del artículo 2510, que reconoce posesión incluso al que detenta con título de mera tenencia. En efecto, la situación del que detenta sin inscripción un inmueble inscrito es análoga a la del que detenta una cosa mueble con un título de mera tenencia. El Código soluciona el segundo caso *in extremis*, pero no el primero. La legislación sobre saneamiento de posesión de inmuebles, entonces, es el equivalente funcional del art. 2510: es la verdadera regla de clausura del sistema de posesión de inmuebles.

54 Desde luego, el régimen se aplica a los predios urbanos cuyo avalúo fiscal para los efectos del pago del impuesto territorial sea inferior a ochocientas unidades tributarias, y a los urbanos de avalúo inferior a trescientas ochenta unidades tributarias (art. 1 DL 2695). Para los de avalúo superior no hay saneamiento posible. Esto es razonable atendido el hecho de que mientras más valioso el predio menos probable es que quien lo detenta carezca de acceso a la asistencia letrada.

La regularización de posesión ha sido regulada por sucesivas disposiciones jurídicas<sup>55</sup>. La primera fue la ley 6382, de 1939, sobre cooperativas de pequeños agricultores, cuyo título 4º establecía normas para el saneamiento del dominio de la pequeña propiedad agrícola. En 1960 esta ley fue derogada, salvo su título IV, que es el que nos interesa, y pasó a denominarse “ley de saneamiento del dominio de la pequeña propiedad agrícola”, manteniendo su número (art. 133 DFL 326 de 1960). En 1963 se dictó el DFL RRA 7, que creaba un procedimiento especial de saneamiento para la pequeña propiedad agrícola a la que se refería el artículo 80 de la ley 15020<sup>56</sup>. Este decreto no se refirió al régimen establecido por la ley 6382, que continuó vigente. El DFL 6 de agricultura, de 1968, unificó todas las reglas sobre saneamiento de títulos de dominio de pequeños predios rústicos o urbanos, derogando lo que quedaba aun vigente de la ley 6282. El DFL RRA 7 no fue derogado, pero el DFL 6 fijó su texto refundido (véase su art. 35), por lo que en todo caso podría concluirse que está orgánicamente derogado (en realidad, el DFL 6 hizo más que fijar el texto refundido el texto del DFL RRA 7 de 1963, como veremos). El DFL 6 estuvo en vigor hasta la dictación del decreto ley 2695, que lo derogó, aun cuando su contenido prácticamente lo reproduce (las modificaciones introducidas por el DL 2695 al DFL 6 fueron fundamentalmente procesales). El decreto ley 2695, con algunas modificaciones, se encuentra actualmente vigente.

El régimen contenido en la ley 6382 era significativamente distinto al de la legislación posterior, en que no pretendía afectar el régimen general del Código Civil. En efecto, para solicitar el saneamiento de la posesión era necesario “haber poseído materialmente sin violencia, clandestinidad ni interrupción” por el lapso de 10 años (art. 2 L 6382). Sin embargo, era condición negativa de la solicitud que el predio no “forme parte de otro predio inscrito a favor de un tercero” (*ibid*).

Adicionalmente, el que pretendía regularizar no podía invocar su ocupación material contra la inscripción del oponente si había oposición fundada en posesión inscrita. La ley 6382 no lo decía expresamente, pero esa conclusión parece desprenderse tanto del mencionado requisito negativo del artículo 2 como de su regulación del caso en que hay oposición:

55 A continuación nos referiremos a las normas de saneamiento de general aplicación, excluyendo referencia a disposiciones legales como la ley 16471 sobre poblaciones en situación irregular. Al respecto, véase Peñailillo, D.: “Saneamiento de títulos de dominio”, en 160 *Revista de Derecho, Universidad de Concepción* (1973), pp 61-83, 75ss. Tampoco es relevante para nuestros fines el comentario de las reglas de saneamiento de pleno derecho por expropiación contenidas en la ley 16640, de reforma agraria (sobre la que véase *ibid*, 79ss).

56 El DFL RRA 7 de 1963 entregaba a la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales del Ministerio la representación del solicitante bajo ciertas circunstancias, y en ese caso se aplicaba el procedimiento allí establecido. Véase *infra*, texto que sigue a la n. 57.

Si, a la inversa, se dedujere oposición por cualquiera persona que alegare tener igual o mejor derecho, se procederá de conformidad a lo prevenido en los artículos 704 a 715, inclusive, del Código de Procedimiento Civil (art. 5 L 6382).

A la fecha, esas disposiciones regulaban el procedimiento aplicable a la querrela de amparo. La referencia de la ley 6382 es solamente al procedimiento, por lo que no debe entenderse hecha inmediatamente a la regulación substantiva de la querrela de amparo contenida en el título XIII del libro II del Código Civil. Pero tanto esa referencia como el hecho de que no haya una regla especial para el caso de que la posesión material que satisface los requisitos del artículo 2 de la ley 6832 parece implicar que en ese procedimiento ha de aplicarse el artículo 924 del Código Civil, que deja al tenedor material indefenso ante la posesión inscrita del otro si ésta tiene al menos un año.

Sin embargo, la inscripción de saneamiento obtenida conforme a las disposiciones de esta ley tenían un efecto radical: daba inmediatamente el dominio del bien inmueble al solicitante. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4, no habiendo oposición a la solicitud de saneamiento, “el tribunal declarará que el poseedor es dueño del predio y ordenará que éste sea inscrito a nombre del interesado”. El artículo 8, por su parte, disponía que

Las inscripciones que se ordene hacer en estos juicios se reputaran como título de dominio saneado de 15 años.

De acuerdo a lo anterior, el que obtenía la inscripción de saneamiento era, conforme a la ley, dueño, y no sólo poseedor, de la cosa de la que se trataba.

Pese a lo anterior, como el régimen de la ley 6382 no entraba en conflicto con el contenido en el Código Civil, no podía ser la regla de clausura que faltaba al Código Civil, y por eso no solucionaba el caso de los bienes inmuebles en los que la detentación material se había separado de la posesión inscrita por las mismas viejas razones que llevaron en su origen al surgimiento de la protección posesoria: por ejemplo, porque se había celebrado una compraventa de inmuebles que había sido cumplida de buena fe por las partes, haciendo tradición *longa manu* del inmueble. En estas circunstancias el adquirente jurídicamente no sólo no adquiere la propiedad, sino que tampoco será poseedor y no podrá adquirir aunque detente por décadas. Esto además lo deja expuesto a la acción reivindicatoria (o, en la práctica, a la acción de precario) del vendedor o de sus sucesores en el dominio. Sería el legislador del DFL RRA 7, de 1963, el que introduciría esa regla de clausura.

El régimen creado por el DFL RRA 7 fue un régimen especial aplicable a la pequeña propiedad agrícola definida en el artículo 80 de la ley 15020<sup>57</sup>.

57 Según el art. 80 L 15020, “Para los efectos de la presente ley se entenderá [...] b. Por pequeña propiedad agrícola, las parcelas y huertos familiares formados por la Caja de Colonización

Dicho cuerpo legal encomendó a la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales del Ministerio de Tierras y Colonización intervenir en los procedimientos de saneamiento pertinentes a solicitud del interesado, para lo cual la habilitó para actuar en su representación ante tribunales.

Conforme al artículo 6 de ese decreto con fuerza de ley,

Si requerida la intervención de la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales para el saneamiento de los títulos de una pequeña propiedad agrícola llegaré a la conclusión de que es difícil o muy oneroso hacerlo por los procedimientos establecidos en otras leyes, podrá someter el caso al procedimiento especial contemplado en los artículos siguientes.

El procedimiento de saneamiento del DFL RRA 7 entonces era doblemente excepcional: sólo se aplicaba al saneamiento de los predios identificados por el artículo 80 de la ley 15020 y sólo cuando su saneamiento de acuerdo a la legislación aplicable era demasiado difícil u oneroso.

Conforme al artículo 7 del decreto,

Si el interesado se encontrare en posesión material exclusiva y continua del inmueble por un período no inferior a cinco años, acreditare que no existe juicio pendiente en su contra que afecte al dominio o posesión y que está al día en el pago del impuesto territorial del predio, podrá la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales [...] solicitar del juez de letras en lo civil de mayor cuantía del departamento en que estuviere situado el inmueble, que ordene su inscripción a nombre de aquél en el registro de propiedades.

Nótese cómo los requisitos para obtener el saneamiento empiezan a asemejarse a los contenidos en el decreto ley 2695. La regla del artículo 2 N° 2 de la ley 6382 (que establecía como condición negativa para el saneamiento que el predio no estuviera incluido en otro mayor, inscrito) ha desaparecido, y al oponente eventual no le basta probar posesión inscrita: debe probar *dominio*<sup>58</sup>. Adicionalmente, y a pesar de que, a diferencia de lo dispuesto por los artículos 4 y 8 de la ley 6382, el DFL RRA 7 no contiene norma que expresamente declare dueño de la cosa al beneficiario de una inscripción de saneamiento, conforme a su artículo 17 una vez obtenida esa inscripción “no podrán deducirse por terceros acciones de dominio fundadas en causas anteriores a la inscripción”, sin perjuicio de que quienes por esta vía perdieran derechos sobre el inmueble podían demandar, dentro del plazo de cinco años, la indemnización pertinente. Como el dominio (salvo el caso de las *rei derelictae*) no se pierde sino

Agrícola y por la Corporación de la Reforma Agraria, que la sucede, los sitios en villorrios agrícolas, la “propiedad familiar agrícola” y todo predio rústico cuyo avalúo fiscal, para los efectos de la contribución territorial, no sea superior a cinco sueldos vitales anuales para empleado particular de la industria y el comercio del departamento de Santiago”:

58 De acuerdo al art. 9, la oposición sólo podía fundarse en ser el oponente dueño exclusivo del inmueble, o cumplir él con los requisitos del art. 7, o no cumplir el solicitante con esos mismos requisitos.

cuando otro se hace de él, es razonable entender aquí que la ley, pese a no declararlo expresamente, constituía al beneficiario de una inscripción de saneamiento en dueño de la cosa de que se trata.

El DFL 6 de agricultura, de 1968, convirtió el régimen doblemente excepcional del DFL RRA 7 de 1963 en el régimen general de saneamiento. Ahora los requisitos establecidos en el artículo 7 de éste serían los requisitos generalmente exigidos para el saneamiento de la posesión de la pequeña propiedad, urbana o rural (véase art. 6 DFL 6, para bienes rústicos y rurales y 43 para predios urbanos). Cumplidos estos requisitos, y no habiendo oposición, el solicitante tenía derecho a que se dictara una resolución ordenando la inscripción, reinscripción o adjudicación del bien. Las reglas del DFL RRA 7 sobre derechos de terceros por causas anteriores a la inscripción de saneamiento pasaron al DFL 6 (el que, siguiendo al DFL RRA 7, no declaraba expresamente dueño al beneficiario de la inscripción de saneamiento<sup>59</sup>, aunque lo trataba como tal<sup>60</sup>).

En cuanto a la oposición al saneamiento, el DFL 6 sigue la regulación contenida en el DFL RRA 7, aunque califica la primera causal de oposición (“que el oponente es dueño exclusivo del inmueble”) con una regla que declara de modo particularmente evidente que la finalidad legislativa ahora es efectivamente derogar (parte de) el régimen de posesión inscrita, introduciendo la regla de clausura que le faltaba<sup>61</sup>:

Sin embargo, no se considerará dueño exclusivo del inmueble al que por sí o sus antecesores haya vendido o prometido vender al peticionario o a aquéllos de quien o quienes éste derive sus derechos, aunque fuere por instrumento privado, el todo o parte del predio y recibido dinero a cuenta de ello, o al que hubiere obtenido inscripción especial de herencia sobre el predio, cuando en la respectiva posesión efectiva se hubiere omitido a otros herederos. En los casos expuestos precedentemente, el oponente sólo tendrá derecho a solicitar se le compensen sus derechos en dinero, en la proporción que corresponda (art. 8 N° 1 DFL 6).

Esta disposición recoge las situaciones más evidentes en que la detentación material y la posesión inscrita pueden divergir: la celebración de un contrato inválido (compraventa por instrumento privado) o no apto para

59 Aunque el art. 8 N° 1, refiriéndose a la primera de las causales de oposición (ser el oponente dueño exclusivo del inmueble) contiene una declaración que parece ser aplicable más allá de ese caso preciso: “para los efectos de este decreto con fuerza de ley, se entenderá como dueño exclusivo del inmueble a aquél que tenga título inscrito y saneado a su favor”. Sin embargo, la limitación contenida en esta norma (“para los efectos de este decreto”) parece indicar que, para los efectos de la legislación general, el que tiene título inscrito y saneado a su favor no necesariamente es dueño.

60 Art. 14 DFL 6: “Inscrito el inmueble en conformidad a los artículos anteriores, no podrán deducirse por terceros acciones de dominio fundadas en causas anteriores a la inscripción”.

61 Véase adicionalmente, Peñailillo, *op. cit.* en n. 55, p. 73, que, refiriéndose al DFL 6, sostiene que “es un instrumento legal que faltaba si se quería avanzar en un intento por incorporar predios en cantidad apreciable al sistema registral”.

transferir el dominio pero que tiende hacia esa transferencia (promesa) seguido de tradición *longa manu*, o preterición de heredero. En estos casos la ley prefería al poseedor material, a diferencia de lo que hemos observado respecto de la ley 6382<sup>62</sup>.

En efecto, tanto la ley 6382 como el DFL RRA 7 de 1963 podían afectar al poseedor debidamente inscrito, pero tomaban precauciones procesales y substantivas para evitarlo. Si el poseedor inscrito era perjudicado, era porque, pese a tener derecho a oponerse, no lo había hecho. El N° 1 del artículo 8 del DFL 6, al contrario, niega al poseedor inscrito, cuando se encuentra en la situación descrita más arriba, derecho a oponerse, por lo que expresa la valoración legislativa de que en ese caso es al detentador material al que corresponde la posesión y el dominio.

El decreto ley 2695 no innovó en lo substantivo. Los requisitos para solicitar la regularización de la posesión son prácticamente los mismos que los contenidos en el DFL 6 (que el art. 38 de ese decreto ley derogó), con la diferencia que donde el DFL 6 exigía posesión “material, exclusiva y continua”, el decreto 2695 exigió posesión “continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad”, en ambos casos por al menos cinco años. El decreto ley declara que el hecho de estar el inmueble inscrito a nombre de otro no es obstáculo para el saneamiento, pero justifica oposición a la regularización (art. 19). El oponente no necesita probar dominio exclusivo del inmueble, porque le basta ser “poseedor inscrito” con un título que le otorgue posesión exclusiva. El inciso segundo del N° 1 del artículo 19, sin embargo, mantiene la regla del artículo 8 N° 1 del DFL 6: no puede oponerse aquél

Que sólo tenga la calidad de comunero; el que por sí o sus antecesores, haya vendido a prometido vender al peticionario o a aquellos de quien o quienes éste derive sus derechos, aunque sea por instrumento privado, el todo o parte del predio y recibido dinero a cuenta del precio, ni tampoco el que invoque una inscripción especial de herencia cuando en la posesión efectiva se haya omitido a otros herederos con derecho a ella (art. 19 N° 1 inc. 2° DL 2695).

En lo que el decreto ley 2695 se apartó de toda la legislación anterior fue en negar al beneficiario de una inscripción de regularización *dominio* sobre el inmueble. Conforme al artículo 15,

La resolución que acoja la solicitud se considerará como justo título. Una vez practicada su inscripción en el registro del conservador de bienes raíces el in-

62 No es problemático que aquí la ley se contente con mencionar el contrato y no exija prueba de la tradición. En primer lugar, porque si la posesión necesita ser saneada es porque no habrá habido tradición en términos del art. 686. Pero por otro lado, la ley entiende que si el que vendió o prometió vender aparece cinco o más años después reclamando la posesión, es porque en el lapso intermedio el solicitante la ha detentado públicamente, por lo que la tradición *longa manu* puede presumirse (art. 702 inc. final cc, con la excepción que la legislación de saneamiento pretende salvar).

teresado adquirirá la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales, aunque existieren a favor de otras personas inscripciones que no hubieren sido canceladas. Transcurrido un año completo de posesión inscrita no interrumpida, contado desde la fecha de la inscripción, el interesado se hará dueño del inmueble por prescripción (art. 15 DL 2695).

En armonía con lo anterior, el artículo 26 permite a terceros intentar las acciones de dominio que crean asistirles, durante el mismo plazo de un año. La acción que resulta pertinente aquí sólo puede ser la reivindicatoria, pues sólo el dueño, probando su dominio mediante la acción reivindicatoria, puede vencer al poseedor regular.

El DFL 6, entonces, abandonó la “gloriosa ilusión” de Bello, y el decreto ley 2695 no volvió a ella. Ahora podemos entender por qué esa ilusión nunca fue más que eso: una ilusión. En particular, una ilusión que, siguiendo la lógica propia del liberalismo del siglo XIX, muestra desprecio, o al menos indiferencia, hacia los intereses de quienes adquieren control sobre inmuebles a través de mecanismos irregulares, normalmente quienes carecen de acceso a la asistencia jurídica. Esos son precisamente los grupos cuya participación política fue en aumento durante el siglo XX, en un proceso que culmina con la reforma agraria y, en lo que nos interesa ahora, el DFL 6 de 1968. La legislación dictada en 1979 muestra que, a pesar de que esos grupos habían perdido toda relevancia política, a esas alturas el proceso era irreversible<sup>63</sup>.

Ahora bien, el hecho de que el procedimiento de saneamiento, tanto en el DFL 6 como en el decreto ley 2695, estén en leyes especiales que co-existen junto al régimen general es particularmente problemático. En efecto, la combinación del régimen de posesión inscrita y el régimen de regularización del decreto 2695 parece configurar el peor de los mundos posible: la inscripción por sí sola no es suficiente ni para adquirir la posesión ni para mantenerla, pero para obtener la regularización es necesario recurrir a “multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración”<sup>64</sup>, prescindir de los cuales era uno de los méritos, según Bello, del sistema registral. La necesidad del procedimiento lleva a que quien siguiendo el procedimiento adecuado habría podido acceder a la posesión regular y, en sólo un año, al dominio pleno (art. 15 DL 2965), no tiene, faltando tal procedimiento,

63 Nótese que las filosofías que inspiraban la labor legislativa de la junta militar en 1979 no eran precisamente cercanas a las que inspiraron la del presidente Frei Montalva. Uno puede especular que detrás de la dictación del DFL 6 estaban los mismos principios de justicia que inspiraban la reforma agraria (“la tierra para el que la trabaja”), mientras que para la junta militar estaban razones de eficiencia económica (lograr que esos predios se incorporaran “efectivamente”, como dice el preámbulo del decreto ley, “al proceso productivo nacional”). El hecho de que la necesidad de la regularización de la posesión sea evidente aun desde ideologías tan distantes muestra la importancia de la posesión posesoria.

64 Véase el *Mensaje* CC, §21.

*nada* que oponer a la demanda de precario de quien no podría haberse opuesto a la solicitud de regularización<sup>65</sup>.

Esta fue precisamente la situación que hemos observado en *Santiago con Salazar*. Recuérdese que en este caso el poseedor inscrito demandó a quien ocupaba la cosa con el mérito de un contrato de promesa de compraventa celebrado con la antecesora en el dominio del demandante. Aquí aparentemente se trataba, como lo declaró la corte de apelaciones, de una persona que había recibido un inmueble en pago “anticipado” de un contrato de compraventa prometido. Si en vez de un juicio de precario hubiera sido un procedimiento de regularización, el poseedor inscrito no habría podido oponerse. Como no había regularizado la posesión, el demandado de precario no tenía nada que oponer al demandante. Esta situación es tal que parece razonable el esfuerzo de la corte de apelaciones por evitarla, buscando alguna (aunque muy mala, como hemos visto) razón para rechazar la demanda.

#### *Jurisprudencia de regularización de la posesión*

En *Santiago con Salazar* un poseedor material que según el decreto ley 2695 tenía mejor derecho que el inscrito debió enfrentar a un poseedor inscrito en un procedimiento de precario, y por eso perdió ante la Corte Suprema. Ahora debemos comentar los casos que se plantearon durante el procedimiento de regularización. Las decisiones aquí pertinentes son las recaídas en *González con Vidal* y en *Frutícola de Antofagasta con Escalante*. En ambos casos la oposición se fundaba en la causal del n° 1 del artículo 19 del decreto ley 2695, esto es, en ser el oponente poseedor inscrito del inmueble de cuya regularización se trataba. En el primero la cuestión se suscitó por la “inexactitud y falta de precisión de los títulos”, mientras que en el segundo la demandante logró efectivamente acreditar que detentaba la posesión inscrita del predio de cuya regularización se trataba.

En *González con Vidal* la solicitante fundaba su solicitud en una promesa de compraventa celebrada con quien tenía a su favor una inscripción sobre el predio, inscripción que de acuerdo a los demandantes se superponía con la suya. El juez de primera instancia dio por probada la superposición, y con este mérito desechó la alegación fundada en el n° 1 del artículo 19, que él entendió que consiste en “ser poseedores inscritos exclusivos” del inmueble.

Pero el artículo 19 no se exige al oponente ser “poseedor inscrito exclusivo” sino invocar una inscripción que “le otorgue posesión exclusiva”. La diferencia parece ser relevante, precisamente para casos como el que nos ocupa. En la formulación del juez, el artículo 19 excluye a los posee-

<sup>65</sup> Como correctamente nota Humberto Trucco, estrictamente hablando el demandando no sería ni siquiera mero tenedor, “porque [éste] es el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro” (Trucco, *op. cit.* en n. 42, p. 135n).

dores inscritos cuando hay doble inscripción. El artículo 19 parece precisamente no prejuzgar respecto del poseedor inscrito en ese caso. Si en *González con Vidal* había superposición, entonces se trataba de un caso de doble inscripción.

Ahora bien, como veremos, las dobles inscripciones son necesariamente un problema para los sistemas registrales, y aquí podrían presentar situaciones en las que una solución correcta sería altamente improbable. En efecto, en un caso como *González con Vidal* el favorecido con la otra inscripción habrá usualmente perdido todo interés en la posesión del bien, que habrá traido al solicitante hace al menos cinco años. Adicionalmente, el solicitante no tiene acción alguna para exigirle que comparezca a defender su derecho, porque cualquier derecho que tuviera (lo que no es necesario, porque la regla del inc. 2º del art. 19 hace posible que se trate de un contrato civilmente nulo) estaría prescrito. ¿Cómo puede, entonces, el solicitante defenderse de la oposición del oponente?

Nótese que la situación de indefensión en la que queda el solicitante no es muestra de que no tiene derecho que oponer al oponente. Si el caso es de doble inscripción, es perfectamente posible (y *probable*, dada la detentación material del solicitante por cinco años y la pasividad del ahora oponente) que la inscripción que deba ser preferida, conforme a la que corresponda ser la solución al problema de doble inscripción, sea la del tradente del solicitante, y no la de su oponente. En este caso el solicitante quedaría sin posibilidad de defensa pese a que tendría mejor derecho.

Por estas razones pareciera que la decisión del juez es correcta, a pesar de que fuerza el tenor literal del artículo 19: el que es titular de una de al menos dos inscripciones superpuestas carece de derecho a oponerse al saneamiento. Aquí su pasividad anterior es indicio de que su posesión es de papel.

En todo caso, la corte de apelaciones prefirió no entender el caso como uno de doble inscripción, eludiendo pronunciarse sobre el problema anterior. La corte entendió que la superposición de las inscripciones no podía darse por probada porque, dado el mérito del proceso, el oponente no había logrado probar que su inscripción se refería al predio al que se refería la solicitud del demandado. Así, modificando el fundamento de la sentencia de primera instancia, la corte de apelaciones la confirmó.

La Corte Suprema se negó a casar la sentencia de segunda instancia, porque entendió que los recurrentes objetaban la decisión de la corte de apelaciones en la parte en que ésta había determinado que no estaba probada la superposición. Siendo ésta una cuestión de hecho, la Corte correctamente entendió que era incompetente para conocer de ella.

En *Frutícola de Antofagasta con Escalante* se pretendía sanear la posesión de un predio invocando para ello una compraventa verbal realizada con el administrador de la sociedad demandante, que a su vez había afir-

mado, según su comprador y ahora solicitante, haber recibido el predio en cuestión como pago por diversas deudas de la demandante con él. En primera instancia el juez acogió la oposición, fundado en que el oponente tenía no sólo la posesión inscrita sino también la posesión material. Para acreditar la posesión material la jueza descansó principalmente en el hecho de que las contribuciones territoriales habían sido pagadas por la demandante, desechando un informe de la secretaría regional ministerial del Ministerio de Bienes Nacionales que concluía que la posesión material la tenía el demandado.

La corte de apelaciones dio más peso a ese informe y decidió que la posesión material del predio la había tenido, por más tiempo del necesario para solicitar la regularización, el solicitante. Por eso rechazó la oposición, ordenando que se inscribiera el predio a nombre del solicitante.

Para decidir así la corte entendió que en el contexto de un procedimiento de regularización el poseedor material, si reúne las condiciones del artículo 2 del decreto ley 2695, tiene mejor derecho que el poseedor inscrito, aun cuando éste no se encuentre en las circunstancias del inciso 2º del artículo 19 N° 1. Ello porque, según la sentencia de segunda instancia, Esta normativa excepcional obliga a invertir el orden de los valores tradicionales del derecho común, puesto que requiere del juzgador del conflicto aplicar, primero, la posesión material calificada, después, la inscripción registral de otro (c.8, sent. seg. inst).

Luego, aplicando esta doctrina a los hechos del caso, la corte encontró que

La demandante posee un título inscrito de añeja data, año 1928, pero no ha sido capaz de desvirtuar lo aseverado por el poseedor, quien sí ha acreditado actos de posesión real e integral de los predios desde 1982 a la fecha, por actos a los que sólo da derecho el dominio (c.14).

La tesis de la corte de apelaciones llega quizás demasiado lejos. En efecto, de acuerdo a ella, el decreto ley 2695 permite regularizar a cualquier poseedor material aun contra un poseedor inscrito en todo caso, probando para ello sólo su tenencia material durante cinco años. De aceptarse esta tesis, el régimen de posesión registral del Código Civil se hace enteramente irrelevante, al menos para bienes cuyo avalúo fiscal sea el indicado en el artículo 1 de ese texto. El problema no es que la detentación no debe ser el criterio determinante para asignar la posesión de bienes inmuebles. El problema es que eso significaría aplicar a los inmuebles, aun inscritos, el régimen general de la posesión de bienes muebles en el Código, con lo cual se plantean serios problemas de coherencia entre la legislación contenida en el Código Civil sobre posesión de bienes inmuebles y las reglas de regularización. La inestabilidad que esto crea no se debe al hecho de que la posesión material sea la dominante, sino al hecho de que esa

sea la interpretación de las reglas aplicables al proceso de regularización pero no a la detentación normal de inmuebles. Mantener el régimen de regularización en la situación actual, en que se encuentra completamente disociado de la reglamentación general de la posesión en el Código Civil, es derechamente insostenible. En primer lugar, enfrenta a los tribunales a casos (normalmente de precario) en que la ley (el Código Civil) les exige fallar en contra de quienes, de acuerdo a la ley (el DL 2695) tienen mejor derecho; por otro lado, introduce en el régimen posesorio una considerable inestabilidad, con lo cual niega el principal beneficio contemplado por el legislador para crear el régimen de posesión inscrita. La tarea de integrar ambos regímenes en uno es una que debe ser con urgencia abordada por el legislador y en su defecto, por la doctrina.

En el caso comentado, la cuestión no recibió pronunciamiento definitivo, porque la Corte Suprema casó en la forma de oficio, en una decisión objetable<sup>66</sup>, y, sin pronunciarse sobre el fondo, ordenó retrotraer los autos al estado en que la corte de apelaciones solicite a la Dirección Nacional de Fronteras y Límites la autorización a la que se refiere el artículo 7 inciso 2º del decreto 2695. La cuestión probablemente aparecerá en un comentario futuro.

#### *El problema de las dobles inscripciones*

Hemos explicado el sentido en el que la inscripción es, conforme al régimen chileno, una ficción legal de posesión. Hemos mostrado que esta caracterización de la inscripción no es controvertida, a pesar de que la doctrina suele distinguir entre los partidarios de la “inscripción-ficción” y la “inscripción-garantía”. En este comentario hemos intentado mostrar que la posesión inscrita introduce una seria distorsión en la regulación de la posesión, impidiendo que ésta cumpla la función estabilizadora del dominio que le corresponde. La distorsión ha sido parcialmente corregida por intervención legislativa, a través de reglas sobre regularización de la posesión de ciertos bienes inmuebles. La solución ha sido parcial porque la doctrina ha reaccionado con temor reverencial: se ha negado a incorporar esas reglas especiales de saneamiento al régimen general de posesión de bienes, el que se sigue estudiando y explicando por referencia al Código Civil solamente, entendiendo que las reglas ahora contenidas en el decreto ley 2695 son excepcionales y no justifican su inclusión en el canon general. El régimen de posesión inscrita, hemos visto, es uno que implica una opción legislativa por los intereses de los dueños de grandes extensiones de tierras, y el surgimiento, cada vez más decidido, de la legislación sobre saneamiento o regularización de cierta propiedad es una consecuencia del aumento de relevancia política de campesinos y trabajadores. Por

<sup>66</sup> Véase el comentario de Proceso Civil.

último, hemos visto también que lo que se denomina “inscripciones de papel” no son un defecto interno del sistema, sino una situación en la cual razones externas de justicia hacen objetable la conclusión que el sistema ofrece. Pero para terminar este comentario es necesario referirnos a un problema distinto, un problema que, ahora sí, es interno al régimen de posesión inscrita y que entonces no dice relación con el hecho de que las consecuencias de éste se adecuen o no a criterios de justicia externos a las reglas. El problema es el de las dobles inscripciones.

Para comenzar es útil decir dos palabras acerca de las ficciones. Las ficciones son formas jurídicas en que algo es considerado formalmente el caso cuando concurren ciertas condiciones, condiciones que no *aseguran* que aquello que se finge ser el caso sea substantivamente el caso. Así, no es una ficción la contenida en el artículo 700 del Código Civil, que dispone que el que tiene *corpus* y *animus* es poseedor. No es una ficción porque la concurrencia de las condiciones de las cuales depende el hecho de que formalmente sea el caso que x es poseedor son las mismas condiciones cuya concurrencia es necesaria para concluir que substantivamente es el caso que x es poseedor. Pero la inscripción es precisamente distinta. Aquí la concurrencia de la condición formal: que exista inscripción, no garantiza, sino hace más o menos probable, que el titular de esa inscripción sea poseedor en el sentido del artículo 700. A veces la ley salva la brecha que queda entre forma y substancia mediante presunciones legales, que sólo invierte el peso de la prueba: si las condiciones formales se cumplen, entonces lo que la forma indica será jurídicamente el caso a menos que se pruebe que las condiciones substanciales no concurren. Así, si se prueba posesión se presume la buena fe (se presume que el poseedor cree haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio), por lo que la mala fe debe ser probada. La buena fe es presumida, no fingida. La ficción es en este sentido más radical: se finge que algo es el caso cuando ante la concurrencia de las condiciones formales la referencia a la concurrencia de las condiciones substantivas deviene derechamente irrelevante: si x tiene inscrito el bien a su nombre, se entiende que él tiene *corpus* y *animus*, aunque de hecho no lo tenga. La cuestión de si efectivamente tiene *corpus* y *animus* se hace jurídicamente irrelevante.

Un ficción, entonces, es un caso especial de lo que se ha denominado una razón excluyente: es una razón que justifica excluir razones que si no fuera por la ficción serían relevantes. Para decidir si x es poseedor es necesario (art. 700) atender a si tiene *corpus* y *animus*. Cuando concurre la ficción de la inscripción, las razones que llevan a mostrar que el poseedor inscrito carece de *corpus* o de *animus* son excluidas por la ficción. El Código Civil llama “presunciones de derecho” a las ficciones (art. 47 inc.

final), y un casoparadigmático es la del artículo 76 inciso 2° (época de la concepción).

Aquí puede entenderse la disputa sobre las inscripciones de papel, y el sentido en que quienes creen que las inscripciones de papel no dan posesión creen que la inscripción no es una ficción. Ellos creen que la inscripción no finge la posesión del inscrito porque ésta es susceptible de ser atacada mediante razones que, si la inscripción fuera una ficción, deberían estar excluidas. Aceptar que las inscripciones de papel no dan posesión implica aceptar que la sola inscripción no es suficiente para conceder posesión, que ella sólo, por ejemplo, permite presumir la concurrencia de los requisitos materiales (*corpus* y *animus*) a favor del inscrito. Por eso hemos visto que lo problemático de las inscripciones de papel no es identificar un caso en el cual ellas no confieren posesión, como el caso descrito por Urrutia, sino ofrecer una explicación sistemática de qué es aquello en virtud de lo cual la inscripción de papel no concede posesión. Hemos visto que al hacer esto, quienes son aparentemente partidarios de la “inscripción-garantía” terminan volviendo a la concepción de la “inscripción-ficción”, porque la manera en que entienden la “garnatía” que los artículos 728 y 730 inciso 2° dan al inscrito en contra del que se apodera materialmente de la cosa inscrita o o la usurpa supone que la materialidad del *corpus* y del *animus* es, en esos casos, jurídicamente indiferente.

Explicando esto en los términos indicados más arriba: una razón excluyente puede ser derrotada, pero no puede serlo por la concurrencia de las razones excluidas (si la concurrencia o falta de ésta de las razones excluidas pudiera derrotar a la razón excluyente, eso sería demostración que la razón excluyente no las logra excluir). Como en el caso de las inscripciones de papel las razones para derrotar la razón excluyente son las razones excluidas, la noción misma de inscripción de papel es altamente problemática.

La situación de las dobles inscripciones no es asimilable a la de las inscripciones de papel, porque en este caso lo que derrota la ficción no es la referencia a las razones excluidas, sino la concurrencia de otra razón excluyente. Una razón excluyente no está en conflicto con una razón excluida, como lo está con otra razón excluyente cuando ambas justifican conclusiones incompatibles.

Por eso debemos distinguir los dos problemas, y aislar el de las dobles inscripciones. El primero es externo al régimen, pero el segundo es interno a él: es en realidad la pesadilla de todo sistema registral. En efecto, el régimen asigna una significación exclusiva y excluyente a cada una de dos inscripciones, por lo que algo será necesario decir sobre cuál de las dos inscripciones es la que vale. En el otro caso, la cuestión es si, en aras de mantener la integridad del sistema registral, debe entenderse a la inscrip-

ción como una ficción, si el problema de las “familias” de Urrutia es o no simplemente el costo que debe pagarse para gozer de los beneficios de un sistema posesorio como el registral.

Cualquier solución al problema de doble inscripción va a ser contraria al sistema. Pero mantener ambas inscripciones como simultáneamente vigentes es imposible por contradictorio. En este sentido, cuando aparecen dos inscripciones, alguien que debería ser favorecido por el sistema necesariamente ha de perder. Esto tiene una importancia decisiva: cuando aparecen dos inscripciones, la apelación a la integridad del sistema registral como principio para decidir cuál de ellas es válida será siempre irrelevante, porque esa integridad ya ha sido afectada por el solo hecho de que la cuestión se haya planteado.

La razón por la que la solución al problema de las dobles inscripciones necesariamente va a ser problemática es que tratándose de la inscripción vencida deberá negarse la regla del artículo 717, y entender que la posesión del falsamente inscrito no principia con él. Aquí la posesión se comportará como un derecho. Como consecuencia de esto, una declaración de nulidad de una inscripción practicada hace décadas puede implicar como consecuencia que el poseedor actual, cuya inscripción es sucesora de esa que ahora se anula, se encuentre no sólo con que esa inscripción es nula, sino con que en realidad nunca tuvo posesión porque la nulidad de esa inscripción produce la nulidad en cadena de las inscripciones sucesivas. Pero aceptar esta solución, como hemos visto, es incompatible con la finalidad de la posesión de dar, a través de la usucapión, un fundamento autónomo a la propiedad que haga innecesario remontarse al primer acto de apropiación.

Nótese que éste es un problema del régimen inscrito, no de la posesión. Si la compraventa por la cual una persona adquirió el dominio de una cosa es declarada nula décadas después, la nulidad no afecta el *hecho* de que esa persona ha sido poseedora de la cosa. Esto es así porque la posesión no depende del hecho de la validez del título, y ante la nulidad de éste el derecho puede descansar en que el poseedor tenía (si tenía) *corpus* y *animus*. La misma solución puede ser seguida cuando se anula una inscripción por razones distintas a la existencia de otra inscripción: la nulidad de la primera sólo implica que la inscripción anterior resucita, pero durante el tiempo intermedio el beneficiario de la inscripción anulada ha sido poseedor y si ha poseído por el tiempo suficiente será dueño<sup>67</sup>. Pero cuando la inscripción se anula porque existe otra inscripción con mejor derecho, la solución es necesariamente problemática: una de las dos deberá ser declarada nula, y con ella todas las que se derivan de ella, con la consecuencia de que quienes detentaron esa inscripción en el tiempo intermedio se encontrarán con que, pese a la inscripción, nunca tuvieron posesión.

67 Véase el comentario a *Estrada con Transportadora* en I Com. 43ss.

*Inmobiliaria Lo Curro con Callejas* fue precisamente un caso como éste. El demandante había adquirido por cesión los derechos hereditarios que a dos hermanas Urrutia Soto correspondían en la sucesión de sus padres, Luis Urrutia y Laura Soto. Entre los derechos cedidos estaban incluidos los derechos sobre un bien inmueble, que fueron debidamente inscritos a su nombre. La inscripción de las hermanas Urrutia derivaba, mediatamente, de la practicada en 1957 por Abercio Bustos y Luis Urrutia, éste el antecesor de éstas en el dominio, conforme a los artículos 30 y siguientes de la ley 6382 de saneamiento del dominio de la pequeña propiedad agrícola.

La propiedad, sin embargo, estaba inscrita también “en términos muy similares” a nombre de los demandados, inscripción que a su vez derivaba de una inscripción practicada en 1955 por Pedro Callejas, quien la había adquirido por compraventa ese año.

(Aunque no será relevante para lo que sigue, es útil tener presente que al momento de seguirse este proceso había otro pendiente de nulidad de la cesión de derechos hereditarios entre el demandante de *Inmobiliaria Lo Curro con Callejas* y las hermanas Urrutia, que en cumplimiento incidental mereció un pronunciamiento de la Corte Suprema en *Vásquez con Inmobiliaria Lo Curro*, comentado más abajo. Las demandantes de nulidad en este juicio concurrieron al que ahora comentamos, alegando también que la sucesión de Luis Urrutia había prometido vender la propiedad a Brain Chacof, en un contrato que había sido debidamente inscrito en el registro de prohibiciones y gravámenes y que no habían podido cumplir por estar el predio en cuestión inscrito a nombre de la cesionaria – aquí demandante – y con una prohibición de enajenar vigente (dictada en un juicio iniciado en 1959 cuyo expediente se había extraviado, que será mencionado más adelante). Lo que solicitaron fue que se les tuviera como parte, y que se suspendiera el juicio a la espera del resultado del juicio de nulidad de la cesión de derechos hereditarios, ya que los derechos de la demandante dependían de él. Al momento de dictarse sentencia definitiva en esta causa, se había declarado nula la cesión de derechos hereditarios por sentencia de primera instancia confirmada por la corte de apelaciones en segunda, aunque estaba pendiente un recurso de casación en el fondo. Éste sería fallado por la Corte Suprema en septiembre de 1999, es decir, entre la dictación de la sentencia de primera instancia y la de segunda en este juicio. La Corte Suprema casó la sentencia de segunda instancia, rechazando la demanda de nulidad).

En 1959 Pedro Callejas siguió un juicio de comodato precario en contra de Urrutia y Bustos y otro ordinario de nulidad de la inscripción de saneamiento. En el primero se dictó una medida precautoria de prohibición de celebración de actos y contratos, la que fue debidamente inscrita y estaba

todavía vigente al momento de dictarse la sentencia comentada. En ese juicio, la demanda de precario fue rechazada en primera instancia, pero acogida en segunda. No se sabe si se interpusieron recursos contra la sentencia de segunda instancia y en ese caso, cómo fueron ellos decididos, porque el expediente de este juicio de precario no fue habido. La inscripción de saneamiento, sin embargo, no fue cancelada (ni la prohibición levantada). La otra causa fue archivada, aparentemente porque el demandante, habiendo obtenido en el juicio de comodato precario, consideró innecesario continuarla.

La sentencia se pronunció sobre la demanda intentada por los sucesores en el título de Luis Urrutia, en contra de los sucesores en el título de Pedro Callejas.

Los problemas que este caso plantean son dos. Uno se refiere al problema posesorio controvertido, al valor relativo de una inscripción de saneamiento y otra que por ahora podemos llamar “regular” cuando la segunda antecede a la primera. La segunda cuestión tiene que ver con el valor que tienen, en el procedimiento actual, las declaraciones hechas por la corte de apelaciones que falló en segunda instancia el juicio de comodato precario que se siguió en 1959 (suponiendo, como lo hizo la corte de apelaciones, que la sentencia quedó firme). Esta cuestión es relevante porque si, por ejemplo, su declaración de que la inscripción de saneamiento es inválida produce cosa juzgada respecto de la pretensión de los demandantes, entonces la demanda debe ser desechada aun cuando la respuesta a nuestro primer problema sea que la inscripción de saneamiento prefiera a la regular cuando la segunda antecede a la primera. En ese caso habría que concluir que la sentencia de 1959 fue errada, pero desde luego una sentencia ejecutoriada vale aunque sea incorrecta.

Para el juez de primera instancia, la cuestión decisiva fue la segunda. El hecho de que la demanda de 1958 había sido acogida implica “haber reconocido la calidad de dueña de la actora de dicho juicio”. Además, esa sentencia dio por establecido que la inscripción de saneamiento fue pedida y ordenada al margen de la ley. Por consiguiente, Urrutia y Bustos no tenían derecho alguno sobre el inmueble, cuya posesión inscrita por Callejas había permanecido imperturbada (c.35).

Aplicando la regla del inciso segundo del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, el juez aceptó (c.36) como verdaderas estas declaraciones de la sentencia de 1958 (es decir, que el demandante de entonces, Pedro Callejas, era dueño de la propiedad, que la inscripción de saneamiento era inválida, y que la posesión del demandante no había sido en ningún momento afectada por lo hecho por los demandados). En consecuencia, Urrutia y Bustos no tenían derecho alguno sobre el inmueble, y por consiguiente todos los que les sucedieron, hasta los actuales demandantes, se encontraban en la misma situación.

En cuanto a la demanda reconvenional, el juez omitió pronunciamiento sobre ella porque se refería a la inscripción de 1957 a favor de Urrutia y Bustos, en circunstancias que este último no había sido emplazado<sup>68</sup>.

Apelada la sentencia, la corte de apelaciones la confirmó, aceptando la argumentación del juez de primera instancia. La parte demandante recurrió de casación en el fondo, alegando que la sentencia de segunda instancia había infringido las normas de la ley 6382, en cuanto ésta disponía que “las inscripciones que se ordene hacer en estos juicios, se reputarán como títulos de dominio saneados de quince años”, el que a la dictación de esa ley era el plazo de prescripción extraordinaria. La Corte rechazó el recurso, alegando carecer de competencia para decidir este punto:

Constituye un presupuesto fáctico que la demandante no es dueña del inmueble antes referido y que, por el contrario, los demandados son los propietarios del mismo, de suerte que la primera, con su recurso, pretende desvirtuar tal hecho, lo que no es posible en un recurso como el que nos ocupa, en que la Corte Suprema, como tribunal de derecho, debe aceptar como definitivos e inamovibles los hechos sentados por los jueces del mérito, salvo que se invoque violación de leyes reguladoras de la prueba (c.3, sent. cas).

Este argumento es sorprendente, porque la cuestión de si el dominio del predio correspondía a los demandantes o a los demandados era la cuestión jurídica crucial. Si la alegación de la recurrente es que al decidir que la parte demandada es propietaria del predio se han infringido las reglas sobre posesión contenidas en la ley 6382, la respuesta no puede ser que la decisión de que la demandada es propietaria es un hecho para conocer el cual la Corte carece de competencia.

Ahora respecto de esta cuestión, la de fondo, ¿cuál es la solución correcta para el caso? La primera cuestión que debe considerarse es si el hecho de haber sido la inscripción obtenida conforme a lo dispuesto en la ley 6382 es en algún sentido relevante. Hemos visto que la regulación contenida en esa ley daba, al menos hasta el momento en que se ordenaba la inscripción a nombre del solicitante, preferencia al poseedor inscrito en todo caso. En otras palabras, no cabe duda de que el antecesor del ahora demandado podría haberse opuesto válidamente al saneamiento, si hubiera hecho la alegación a tiempo. Pero también es relativamente evidente que no habiendo formulado oposición, conforme al artículo 8 de la ley de saneamiento no tenía derecho a formularla más tarde.

Adicionalmente, si el antecesor de la demandante había obtenido una inscripción de saneamiento es claro que la vía adecuada no era en ningún caso la acción de precario, que no afecta la validez de inscripción alguna.

68 No es claro que un juez tenga potestad para negarse a pronunciarse sobre algo como lo hizo en este caso, dado lo dispuesto en el art. 10 inc. 2º (principio de inexcusabilidad).

Aplicando las reglas de la ley 6382, parecía evidente que la inscripción válida era la de las demandantes.

Pero desde luego, la cuestión no es tan simple. Después de todo, los demandados habían detentado materialmente el predio por los últimos cuarenta o más años, amparados en algo que parece ser una inscripción de dominio. Quizás fue el hecho de encontrarse en esta incómoda posición lo que llevó a la Corte Suprema a decidir el caso con un argumento tan deficitario como declarar cuestión de hecho la cuestión jurídica controvertida. De nuevo, la Corte aparece reaccionando ante el caso de acuerdo a su sentido de justicia sin preocuparse de relacionar lo decidido con las reglas aplicables.

Pero el problema, debe reconocerse, es que no hay solución limpia. Ya hemos explicado por qué en todos los casos de doble inscripción, en la medida en que ésta finge la posesión, serán mal resueltos, en el sentido de que alguien que tiene o puede tener derechos legítimos desde el punto de vista jurídico ha de perder. Quizás la solución más adecuada es reconocer la posesión del que tiene posesión material. El argumento para esto es que evidentemente no se trata de posesión material contra posesión inscrita, lo que es inadmisibles en el contexto del régimen posesorio del Código Civil, porque no pueden las razones excluidas derrotar a la razón excluyente. Se trata de atender a las razones excluidas cuando las razones excluyentes han demostrado ser incapaces de dar una solución adecuada al caso.

Para apreciar esto podemos recordar la disputa entre Tomás Ramírez y Humberto Trucco, a algunos aspectos de la cual ya hemos hecho referencia. Ramírez creía que el artículo 925 del Código Civil se aplicaba, entre otros, a los casos en los que hay doble inscripción<sup>69</sup>. Trucco afirmaba que en este caso debía decidirse sobre la posesión sin atender a la posesión material, con estos argumentos:

No nos parece ni siquiera cuestionable que sea lícito extender la aplicación de este artículo [el 925] hasta hacerlo decidir en el caso de aparecer un inmueble inscrito á la vez á nombre de dos ó más personas. Ello importaría desconocer en lo absoluto la eficacia de la inscripción como requisito, garantía y prueba de la posesión y tendería a minar por su base todo el sistema tan ingeniosamente calculado por el legislador para obtener que la inscripción sirva como garantía cierta de una posesión *pública y manifiesta* que permita llegar un día al *desideratum* en que posesión, prescripción e inscripción sean términos idénticos. No hay que olvidar, por otra parte, que dentro de la organización de nuestro Registro Conservatorio así como dentro de las prescripciones legales del C. Civil, no pueden concebirse dos inscripciones simultáneas, a favor de distintas personas, que se neutralicen mutuamente: ello significaría socabar en su esencia y fundamento la fe del Registro Conservatorio. Es principio dominante sobre esta materia el de que no puede *cesar* una posesión inscrita sin que haya *cancelación* de la inscripción

69 Ramírez, carta a H. Trucco, reproducida en Trucco, *op. cit.* en n. 42, pp. 145-150, aquí p. 148.

anterior (art. 728 del CC); y si en el hecho, pues, el Conservador inscribe una misma propiedad a favor de dos distintas personas por ignorancia, descuido o connivencia, no se ve por qué la inscripción posterior habría de primar sobre la anterior, que, a juicio de la ley, radica en el primer inscrito un derecho *inestinguible* mientras no haya una debida cancelación de su inscripción. Menos se ve por qué habría de recurrirse á la prueba del goce material, que consagra el artículo 925, para decidir en el conflicto de dos inscripciones, cuando es fácil, prescindiendo de este artículo, discernir cuál de estas inscripciones debe tenerse por nula y sin valor, á la luz de todas las prescripciones de la ley relativas a la inscripción. Así, si alguien vende separadamente un mismo inmueble a dos personas y á las dos les hace entrega (única forma de hacerla es la inscripción) debe ser preferido aquél que primero inscribió (art. 1817 del CC)<sup>70</sup>.

La “fe del registro conservatorio” que Trucco quería defender se basa en el hecho de que, siendo la inscripción una ficción legal de posesión, nada más que la inscripción es necesario para determinar si existe posesión. La inscripción, como un título-valor, debería ser autosuficiente. En la medida en que en algunos casos la fuerza excluyente de la ficción es vencida por apelación a las cuestiones excluidas (art. 925 CC), la inscripción deja de ser un documento autosuficiente para conceder posesión. Por eso Trucco también se niega a aceptar la prueba de la posesión de inmuebles inscritos conforme al artículo 925 en otro caso propuesto por Ramírez: “que alguien tiene en su poder materialmente un inmueble que está inscrito a nombre de otro, á fin de que se condene á aquél á restituirlo”<sup>71</sup>. En este segundo caso, si probando posesión de acuerdo al artículo 925 pudiera atacarse la posesión inscrita, como quería Ramírez, entonces la inscripción no sería una prueba concluyente de posesión, no sería una ficción. El mismo criterio sigue Trucco para negar la relevancia del 925 en casos de doble inscripción.

Aquí, sin embargo, Trucco llegó demasiado lejos. En el segundo caso de Ramírez lo que hay es la expectativa de ser poseedor de quien depositó su fe en el registro contra la del que ignoró el registro. Es evidente que preferir en ese caso al poseedor material afecta la fe del registro. Pero en el caso de dobles inscripciones lo que hay son dos expectativas de dos personas que pusieron debidamente su fe en el registro, por lo que una de ellas necesariamente quedará decepcionada pese a tener una inscripción aparentemente válida. El problema de cuál inscripción debe ser preferida no puede ser solucionado preguntándose cuál de las dos debe ser preferida para salvaguardar la fe en el registro, porque la fe en el registro está afectada por el solo hecho de que la pregunta deba ser planteada. Cualquiera de las dos opciones dañará la confianza en el registro. En la solución propuesta por Trucco, el poseedor inscrito que posee con el mérito de la segunda inscripción será decepcionado. Pero es evidente que esta

<sup>70</sup> Trucco, *op. cit.* en n. 42, 137n.

<sup>71</sup> Ramírez, *loc. cit.* en n. 51.

solución debe intranquilizar también al titular de la primera inscripción, porque él no tiene manera de estar seguro que no hay una inscripción anterior a la suya, del mismo modo que el titular de la segunda inscripción fue sorprendido por la existencia de la primera. Desde luego, la solución es organizar el registro de modo que esta situación no se plantee, y cuánta confianza merezca el registro dependerá de cuán probable es que esta situación ocurra. Pero si ocurre, nada hay que argumentar desde el punto de vista de la integridad del sistema registral, porque si hay dos inscripciones vigentes la integridad del sistema registral ya ha sido perjudicada<sup>72</sup>.

Como hay dos ficciones incompatibles, una deberá de ceder. La solución de Trucco, conforme a la cual ha de ceder la segunda, es arbitraria, en el sentido de que las razones que ofrece para ella no la justifican. Cualquier decisión afectará la fe en el registro. En este contexto, atender a la posesión material probada conforme al artículo 925 parece lo más adecuado.

En el entendido que en *Inmobiliaria Lo Curro con Callejas* los demandados estaban en posesión material, el argumento anterior justificaría rechazar la demanda. La misma conclusión es la que corresponde si se reconoce a la sentencia de precario de 1958 cosa juzgada respecto de la posesión, lo que en todo caso sería cuestionable porque una sentencia de precario no se pronuncia sobre nada adicional a la justificación de la detentación.

(En todo caso, la historia de este litigio continua en *Vásquez con Inmobiliaria Lo Curro*, que se pronuncia sobre una resolución de segunda instancia en el juicio aludido más arriba, sobre nulidad de la cesión de derechos hereditarios de las hermanas Urrutia a la inmobiliaria. En el lapso que media entre la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la de primera que declaró la nulidad de la cesión, y la de casación, que la

72 Nótese que la integridad del sistema registral es un argumento contrario a lo argumentado por Trucco en otro famoso *casus belli*, el de la correcta interpretación de la expresión “competente inscripción” del inc. 2º del art. 730 cc. Si lo importante es la integridad del registro, una inscripción será competente cuando, substantivamente válida o no, ella sea *aparentemente* válida. Si el mero tenedor se da por dueño y enajena la cosa, y “por ignorancia, descuido o connivencia” el conservador inscribe la enajenación, cancelando la inscripción a nombre del poseedor anterior (a cuyo nombre el usurpador detentaba), entonces la posesión del poseedor inscrito termina. Si no terminara, el titular de lo que parece ser una inscripción perfectamente válida podría encontrarse con que su inscripción no fue suficiente siquiera para transformarlo en poseedor, es decir, él y sus sucesores en el título no son dueños, ni poseedores ni meros tenedores! Ahora bien, ¿cómo puede saber la persona a nombre de quien el usurpador detentaba que su inscripción (o la de algunos de sus antecesores, por lejanos que sean) no es inválida por razones de este tipo? Aunque Trucco no discute con detalle el problema de la interpretación del inc. 2º del art. 730, lo que sostiene en el párrafo transcrito (en virtud de la inscripción “radica en el primer inscrito un derecho *inextinguible* mientras no haya una debida cancelación de su inscripción” – sus cursivas) atenta contra la fe del registro: sólo entender que “competente inscripción” es una inscripción *aparentemente* válida respeta la integridad del registro que exige, como está argumentado en el texto principal, que la inscripción sea *autosuficiente*.

casó y rechazó la demanda de nulidad, el juez ordenó la cancelación de la inscripción a nombre de la inmobiliaria y el alzamiento de la prohibición de enajenar que se había decretado en el juicio de precario de 1959. Levantada la medida, las hermanas Urrutia enajenaron, en cumplimiento del contrato de promesa aludido, a Brain Chacof, quien hipotecó la propiedad a favor de su hermano. En la etapa de cumplimiento de la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema la inmobiliaria solicitó que se dejara sin efecto la inscripción a nombre de Brain Chacof y la hipoteca a favor de su hermano, lo que fue concedido por el tribunal de primera instancia. Apelada esta resolución, la corte de apelaciones revocó, sosteniendo que la petición de la demandada excedía la competencia del tribunal en la etapa de cumplimiento. Fue contra esta resolución que se recurrió de casación en el fondo.

El recurso fue declarado inadmisibile por no ser la resolución recurrible, en una decisión que es comentada en el comentario de Proceso Civil. Lo relevante para los efectos de este comentario es la cuestión de qué es lo que corresponde disponer con esas inscripciones. En el caso particular, ahora puede decirse que la cuestión no es importante, porque toda la línea de inscripciones que derivó de Luis Urrutia fue anulada en *Inmobiliaria Lo Curro con Callejas*. Pero la cuestión es en sí misma importante. La solución es relativamente sencilla de establecer: los actos jurídicos realizados con ocasión del cumplimiento de una sentencia que después es anulada son por eso nulos, y esa nulidad opera retroactivamente. Por supuesto, el titular del derecho de hipoteca constituido por Brain Chacof es poseedor de ese derecho, y tendrá posesión regular o irregular conforme a las reglas generales. La declaración de nulidad de la inscripción del antecesor en el dominio de su enajenante no afecta el hecho de que *posee* la hipoteca. Ahora bien, si es demandada a tiempo la cancelación de la inscripción hipotecaria, es decir, si es demandado el acreedor hipotecario antes de que pueda oponer la prescripción, entonces la demanda debe ser acogida, y el titular de la hipoteca sólo tendrá su acción personal en contra de quien la constituyó).