

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

*Jaime Alcalde Silva*

Profesor asistente Derecho Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

LA ACCIÓN CONTRA EL INJUSTO DETENTADOR DEL ART. 915 DEL CC. EL POSEEDOR A NOMBRE AJENO ES EL SUPUESTO GENERAL DE MERA TENENCIA. LA OCUPACIÓN DE UN BIEN RAÍZ FISCAL SIN AUTORIZACIÓN O CONCESIÓN DE LA AUTORIDAD RESPECTIVA NO CONFIERE AL OCUPANTE MÁS QUE UNA TENENCIA PRECARIA. LAS CONSECUENCIAS QUE TRAE CONSIGO LA AMPLIACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE ACCIONES REALES. CORTE SUPREMA, SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2017 (ROL N° 12.210-2017). WESTLAW: CL/JUR/7873/2017\*.

### I. LA CUESTIÓN DEBATIDA

Ante el 3<sup>er</sup> Juzgado Civil de San Miguel, el Consejo de Defensa del Estado presentó una demanda de restitución en juicio ordinario contra Marcelo Sepúlveda Silva, para que este fuese condenado a restituir la propiedad ubicada en Santa Corina 68, comuna de La Cisterna, la cual ocupaba de manera ilegal y sin ningún título que lo amparase. Dicha demanda se fundaba en el art. 915 del CC, que permite solicitar la restitución respecto del injusto detentador, vale decir, de todo tenedor que a la época de la demanda no puede justificar aceptablemente su insistencia en mantener la cosa en su poder, siendo aplicable a esa pretensión las reglas de la reivindicación.

El inmueble en cuestión era un terreno de 679 m<sup>2</sup>, con 90 m<sup>2</sup> de superficie construida y estado de urbanización completo, que había sido adquirido por el fisco en 1962 merced a la herencia intestada dejada por María Espinoza Pineda. De esa adquisición daba cuenta la inscripción practicada a fojas 1548, N° 1996 del Registro de Propiedad correspondiente al año 1977 del Conservador de Bienes Raíces de San Miguel. Pese a esta inscripción, el fisco no había dado ningún destino concreto al inmueble, el cual estuvo ocupado de manera ilegal por Guillermo Quezada Medel hasta su muerte ocurrida en 2009.

221

---

\* Este comentario hace parte del proyecto FONDECYT de iniciación N° 11160615, del cual el autor es investigador responsable.

Durante una fiscalización habitual para constatar el estado de los inmuebles de propiedad fiscal, el Ministerio de Bienes Nacionales se percató de que el bien sobre el que incidía la demanda se encontraba ocupado por Marcelo Sepúlveda Silva, sin que existiera título que justificase dicha ocupación. De este hecho quedó constancia en la respectiva ficha de fiscalización datada el 8 de octubre de 2014. Con su mérito, y por oficio N° 2157, de 16 de octubre de 2014, el referido Ministerio solicitó al ocupante la entrega del inmueble dentro del plazo de treinta días, la cual no se produjo.

A comienzos de 2015, el Ministerio de Bienes Nacionales había otorgado una concesión de uso gratuito del inmueble de Santa Corina 68, comuna de La Cisterna, a favor de la Fundación Nacional para la Accesibilidad, el Diseño Universal y la Inclusión Social, lo que hacía imperiosa la necesidad de su recuperación para permitir que dicha fundación pudiese recibirlo. Para ese fin, y mediante un oficio de 19 de febrero de 2015, la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales pidió al abogado procurador fiscal de Santiago que iniciase las acciones legales que fuesen pertinentes.

Por consiguiente, la demanda se basaba en el dominio que tenía el fisco sobre el inmueble en cuestión y en la calidad de injusto detentador del demandado. Para ese efecto, se hacía presente que el art. 19 II DL 1939/1977 señala que los bienes raíces fiscales no pueden ser ocupados si no media una autorización, concesión o contrato originado en conformidad a las normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado o de otras disposiciones legales especiales. Marcelo Sepúlveda Silva no tenía título alguno que permitiese la ocupación del inmueble de Santa Corina 68, comuna de La Cisterna, por lo que ostentaba la calidad de injusto detentador y ella hacía pertinente la acción del art. 915 del *CC*.

Por resolución de 10 de julio de 2015, el tribunal tuvo por interpuesta la demanda y ordenó su notificación al demandado. Por escrito de 9 de octubre de 2015, este opuso la excepción dilatoria de ineptitud del libelo (art. 303 N° 4° del *CPC*), por cuanto el texto completo de la demanda dejaba dudas respecto del procedimiento bajo el cual el fisco pedía se tramitase la acción ejercida en su contra. La razón era que, pese a la indicación de tratarse de un juicio que debía seguirse conforme al procedimiento ordinario en la presuma, al final de los fundamentos de Derecho y en el petitorio se decía que la acción había de ser conocida en juicio sumario. La excepción dilatoria fue acogida por el tribunal mediante la resolución de 29 de octubre de 2015, subsanando el demandante el defecto denunciado mediante la indicación de que la acción debía ser tramitada según las reglas del juicio ordinario, dado que se aplicaban las normas sobre reivindicación. Por su parte, la contestación de la demanda y la dúplica fueron evacuadas en rebeldía del demandado.

Por sentencia de 16 de agosto de 2016, el 3<sup>er</sup> Juzgado Civil de San Miguel acogió la demanda en todas sus partes y ordenó la restitución del inmueble dentro del plazo de tres días desde que el fallo quedase ejecutoriado, sin costas

por no haberse solicitado. Como presupuesto de su fallo, el tribunal de primera instancia estimó que “las reglas establecidas para la acción reivindicatoria son aplicables en contra del mero tenedor que no pueda justificar la ocupación del inmueble”, calidad que ostenta aquel que recibe la denominación de “injusto detentador” (cons. 7°). Después de establecer cuáles son los requisitos que se exigen para que esta acción prospere (cons. 8°), la sentencia da por establecido que el fisco era dueño del inmueble que reclamaba, por tener una inscripción conservatoria a su nombre que databa de 1977 y haber transcurrido con creces el tiempo que la ley estima adecuado para la adquisición por prescripción (cons. 10°), y también que el demandado no logró acreditar ninguna autorización que lo habilitase para la ocupación del inmueble, ni menos podía estimarse que tenía posesión inscrita sobre el mismo (cons. 12°), siendo dicha autorización expresa indispensable de acuerdo con lo prevenido por el citado art. 19 II DL 1939/1977 (cons. 11°). Por el contrario, de la prueba agregada en autos era un hecho irrefutable la ocupación ilegal del inmueble de Santa Corina 68, comuna de La Cisterna, por parte del demandado (cons. 13°).

Contra esta sentencia, el demandado interpuso recursos de casación en la forma y de apelación para ante la Corte de Apelaciones de San Miguel.

El recurso de nulidad se fundaba en el vicio de *ultra petita* (art. 768 N° 4° del *CPC*), pues el tribunal de primer grado se había apartado de la acción deducida y de las peticiones efectuadas por el demandante, resolviendo una pretensión completamente distinta. En rigor, el fisco dedujo la acción contemplada en el art. 915 del *CC*, la cual no comporta un supuesto de acción reivindicatoria. El único propósito de la remisión que hace esa norma es permitir que sean aplicables las reglas de las prestaciones mutuas cuando se condena a un mero tenedor a restituir un bien mueble o raíz. Sin embargo, el 3° Juzgado Civil de San Miguel tuvo por establecido que la acción ejercida era de tipo reivindicatorio, pudiendo haber interpretado al mismo tiempo que se trataba de una acción de precario o cualquier otra tendiente a la recuperación del inmueble. Asimismo, el recurso señalaba que el fisco era poseedor inscrito del inmueble cuya restitución demandaba, de manera que no cabía atribuirle al demandado la calidad de poseedor, ni aplicar a su respecto la reivindicación, por ser ella improcedente. De esto se seguía que la acción intentada no existía en el ordenamiento chileno y que, en cualquier caso, ella no estaba suficientemente fundamentada por parte del demandante.

Por su parte, y además de reiterar la falta de legitimación pasiva y la poca claridad en torno a la acción deducida, la apelación sostenía que la demanda no había individualizado de forma clara y precisa el bien que se reclamaba, el cual debía estar determinado por su situación, cabida y deslindes.

Por sentencia de 15 de marzo de 2018, la Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó el recurso de casación en la forma y confirmó el fallo de primer grado.

En lo que atañe al primero de los recursos interpuestos, la Corte sostuvo que, según aparece claramente de la lectura de la demanda, la acción ejercida

era una de carácter reivindicatorio, siendo aquella que el art. 915 del *CC* acuerda al dueño contra el injusto detentador, lo cual es coincidente con lo argüido por el propio al oponer la excepción dilatoria de ineptitud del libelo y por el 3<sup>er</sup> Juzgado Civil de San Miguel al fijar los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los que debía recaer la prueba (cons. 2°). Siendo esto así, durante todo el juicio tanto las partes como el tribunal entendieron que la acción deducida era reivindicatoria, por lo que no se observaba la ocurrencia del vicio que denunciaba el demandado (cons. 3°).

Respecto de la apelación, el tribunal de alzada sostuvo que el *Código Civil* permite ejercer la acción reivindicatoria tanto contra el actual poseedor como contra aquel que ostenta la tenencia del bien y lo retiene indebidamente, que es precisamente la situación que se daba en la especie, siendo esta circunstancia refrendada por el demandado (cons. 6°).

Contra la sentencia de segunda instancia, el demandado interpuso recurso de casación en el fondo para ante la Corte Suprema, denunciando que se habían infringido los arts. 160 del *CPC* y 889 y 915 del *CC*, además de las reglas sobre posesión inscrita (arts. 716, 724, 728 y 924 del *CC*). El recurrente sostenía que la primera de esas normas fue infringida por la Corte de Apelaciones dado que todo fallo debe fundarse en el mérito del proceso, siendo que en el juicio el fisco no había invocado una acción reivindicatoria y tampoco justificado su procedencia. Por eso, la sentencia dictada se apartaba de lo pedido por el demandante, acogiendo una pretensión de corte reivindicatorio en contra de un mero tenedor, pese a que aquel no había argüido, de manera formal y explícita, haber ejercido una acción de esa clase. Por el contrario, el fisco hacía girar su demanda sobre el art. 915 del *CC*, sin ninguna referencia a las reglas sobre reivindicación. De esto se seguía que, merced al principio dispositivo, el tribunal solo podía conceder aquello que se le había pedido, y no aclarar, complementar o interpretar la demanda con un estatuto no invocado. Resultaba errado, por consiguiente, dar por establecido el conflicto jurídico con que el art. 889 del *CC* caracteriza la reivindicación, por cuanto este implica que el demandante sea el dueño no poseedor de la cosa singular que reclama y el demandado el poseedor de la misma, calidad esta última que Marcelo Sepúlveda Silva no tenía. Por el contrario, este solo ostentaba el carácter de un mero tenedor respecto del inmueble de Santa Corina 68, comuna de La Cisterna. Esta equivocada delimitación del asunto hizo que la Corte de Apelaciones de San Miguel dejase sin aplicar las normas sobre posesión inscrita, las cuales necesariamente debían llevar a concluir que la demanda del fisco no podía prosperar y debió ser rechazada por los jueces de la instancia.

Por sentencia de 12 de diciembre de 2017, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por el demandado y confirmó la decisión de los jueces del fondo. El argumento fue que la Corte de Apelaciones, igual que había ocurrido antes con el 3<sup>er</sup> Juzgado Civil de San Miguel, no solo no incurrió en los errores de Derecho que se denunciaban sino que había dado

cabal y estricto cumplimiento a la normativa aplicable, la cual permite que la acción reivindicatoria se dirija igualmente en contra del mero tenedor merced al art. 915 del *CC* (cons. 9°).

## II. COMENTARIO

El caso planteado gira sobre aquella acción contenida en el art. 915 del *CC* y que permite aplicar las reglas de la reivindicación contra aquel que posee a nombre ajeno y retiene indebidamente un bien raíz, aunque lo haga sin ánimo de señor y dueño (1). Sin embargo, y habida cuenta de la reciente jurisprudencia que amplía el campo de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria, conviene preguntarse por la utilidad que presenta esta acción diferenciada para el dueño que desea recuperar un bien raíz, y todavía por la eventual procedencia, cada vez más incierta, de la acción de precario del art. 2195 II del *CC* (2). Por último, y a partir de las premisas que se formulan en el curso de esas explicaciones, cabe ofrecer un ensayo de síntesis sobre los supuestos de las acciones reales que contempla el *Código Civil* (3).

### 1. La acción contra el injusto detentador

El art. 915 tiene una aparición tardía dentro del proceso de elaboración del *Código Civil*, pues solo figura en el Proyecto inédito (art. 1066)<sup>1</sup>. Esto significa que su origen se encuentra en la discusión suscitada con ocasión del primer examen al que fue sometido el Proyecto de 1853 por parte de la Comisión Revisora conformada por el gobierno, sin que la regla haya sufrido alteraciones durante la segunda revisión que acometió dicha comisión<sup>2</sup>. Así lo demuestra el hecho de que la redacción del Proyecto Inédito se repite en el Proyecto de 1855 y en el *Código* finalmente aprobado por el Congreso, cambiando solo su numeración<sup>3</sup>. Lamentablemente, no existe ninguna nota de Andrés Bello que

225

<sup>1</sup> BELLO (1955), p. 587.

<sup>2</sup> No existe demasiada información sobre el trabajo de la Comisión Revisora del *Código Civil*, pues no se llevaron actas oficiales de sus más de trescientas sesiones [SALINAS (1977)]. Sí hay constancia de algunas notas privadas tomadas por el propio Andrés Bello, que actuaba como secretario. Sin embargo, de ellas no queda más que un testimonio indirecto y referido solo a cuatro artículos del Título preliminar. Constituida por decreto presidencial de 26 de octubre de 1852, dicha comisión comenzó su labor el 24 de junio de 1853 y debió de terminar poco antes de octubre de 1855, dado que ese mes se imprimieron los ejemplares del *Proyecto de Código Civil* que fueron remitidos el 22 de noviembre al Congreso Nacional para su estudio (“Proyecto de 1855”). Se sabe que ella acometió dos exámenes profundos y completos al proyecto elaborado por Andrés Bello, pero se desconoce la fecha en que concluyó el primero (que dio origen al “Proyecto inédito” merced a la posterior edición de Miguel Luis Amunátegui Reyes) y comenzó el segundo, que versó tanto sobre la versión revisada como sobre el proyecto original de 1853. Véase AMUNÁTEGUI (1890), pp. xl-xliii, y GUZMÁN (1982), pp. 369-378.

<sup>3</sup> El título dedicado a la reivindicación se cerraba con algunas reglas relativas a la ejecución de la sentencia de restitución, las cuales explicaban la manera en que se había de restituir

pueda servir para interpretar esta norma a partir de las fuentes empleadas en su redacción. Como antecedente general, cabe tener en consideración que la regla de cierre del título XII del libro II fue introducida en el *Código Civil* junto con aquel grueso error merced al cual el acto posesorio y real de la tradición de inmuebles (dado que la entrega que menciona el art. 670 del *CC* implica que el transferente haga que el adquirente pase a tener materialmente la cosa de que se trata) quedó convertido en una solemnidad cumplida ante el Conservador de Bienes Raíces (art. 686 del *CC*), el cual se creaba para ese efecto (art. 695 del *CC*)<sup>4</sup>.

El oscuro origen de la norma recién referida explica que ella no podía dejar de provocar controversias tanto teóricas como prácticas<sup>5</sup>. En el último tiempo, la doctrina se ha ocupado con bastante detención del supuesto que hay detrás del art. 915 del *CC*<sup>6</sup>. De todas formas, vale la pena el esfuerzo de preguntarse, mediante una lectura sistemática de las normas del *Código Civil* relativas a la posesión y la mera tenencia de inmuebles, quién es aquel poseedor a nombre ajeno que retiene indebidamente (a) y al que se aplican las reglas del título sobre reivindicación (b). Ello servirá para comprobar cuán acertada era la demanda del fisco en el presente caso y cuán correcto fue el fallo reiterado por los jueces del fondo y por la Corte Suprema.

a) El poseedor a nombre ajeno que retiene indebidamente

226

El art. 915 del *CC* tiene un supuesto de hecho muy concreto: versa sobre “el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor”. Cumple elucidar, entonces, quién es la persona que ostenta esa calidad.

El art. 700 del *CC* define la posesión y lo hace acudiendo a un elemento material (la tenencia de una cosa determinada) y otro espiritual (el ánimo de señor y dueño), precisando que ella puede corresponder tanto al dueño como al que se da por tal, sea que uno y otro tengan la cosa por sí mismos o por otra

---

materialmente el bien reclamado, y que desaparecieron desde el Proyecto Inédito. Cfr. BELLO (1955), p. 587.

<sup>4</sup> Todas las reglas sobre las que se sustenta la teoría de la posesión inscrita fueron introducidas en el Proyecto Inédito, vale decir, durante el primer examen al que fue sometido el Proyecto de 1853 por parte de la Comisión Revisora. Así ocurrió con los actuales arts. 696 (art. 826 i), 724 (art. 867 a), 728 (art. 873 a) y 2505 (art. 2687 b) del *CC*. Por su parte, el art. 686 del *CC* provenía del Proyecto de 1853, pero con una redacción diversa: su art. 826 establecía un modo opcional de tradición simbólica para los inmuebles, el cual consistía en registrar “la escritura pública de enajenación en la competente oficina del Conservador de Bienes Raíces y firmando el Conservador la partida, junto con ambas partes o sus apoderados”. La inspiración inmediata parece haber estado en el Proyecto de *Código Civil* español de 1851 (véase la n. 33).

<sup>5</sup> DOMÍNGUEZ (2005), p. 347.

<sup>6</sup> Fuera de los manuales y tratados al uso, véase PÉREZ (2014); SELMAN (2011); TAPIA (2015) y VERGARA (1989), además del análisis jurisprudencial de FIGUEROA (1996), pp. 372-374, y BARRIENTOS (2016), pp. 1058-1062.

persona que la detente en lugar y a nombre de aquel. En otras palabras, el *Código Civil* admite una posesión dominical y otra no dominical, la que puede ser tanto inmediata como mediata, pues ella no se pierde cuando la tenencia de la cosa pasa a un tercero por un título no traslativo de dominio (art. 725 del *CC*)<sup>7</sup>. El elemento determinante es la posibilidad de seguir conduciéndose respecto de la cosa como dueño frente a otros (aunque eso no significa que realmente lo sea), y que tal calidad le sea reconocida a quien la ostenta, puesto que la posesión exterioriza la detentación exclusiva y excluyente que caracteriza la propiedad<sup>8</sup>.

De esto se sigue que la posesión mediata supone la existencia de un título de mera tenencia, dado que ella implica la detentación de una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre de quien ostenta esa titularidad (art. 714 del *CC*). Esto entraña que el demandado contra el cual se dirige la acción del art. 915 del *CC* es un mero tenedor, vale decir, alguien a quien el poseedor (sea o no dueño) ha confiado la cosa para que la detente, lo cual hace en lugar o a nombre de aquel. Dicha detentación queda conmensurada por el título del que proviene la mera tenencia, por el cual el poseedor se ha desprendido de ciertas facultades que importa el dominio, incluso la de enajenación bajo ciertos supuestos (como ocurre, por ejemplo, con los derechos reales de prenda e hipoteca, cuyo ejercicio implica la realización del bien para satisfacer la deuda garantizada).

Para proteger al poseedor frente al mero tenedor, el *Código Civil* establece que, si se comienza a poseer a nombre ajeno, se presume la continuación del mismo orden de cosas (art. 719), sobre todo dado que la mera tenencia no puede mutar en posesión por el simple transcurso del tiempo (art. 716). Ese cambio solo se produce si cambia el título que justifica la detentación<sup>9</sup>. La única excepción es que el pretendido dueño no pueda demostrar que en los últimos diez años se la ha reconocido expresa o tácitamente su dominio, y que el que intenta prescribir demuestre que ha poseído sin violencia, clandestinidad y de manera interrumpida durante ese mismo decenio (art. 2510 N° 3° del *CC*). Fuera queda, porque ya no es una mera cuestión temporal, el caso en que el injusto detentador enajena la cosa a su propio nombre, vale decir, arrogándose la calidad de dueño de la misma al menos respecto de terceros, pues en este caso el adquirente se convierte en poseedor si media la competente inscripción (art. 730 II del *CC*)<sup>10</sup>.

Por eso, no se puede compartir aquella lectura que postula que la posesión a nombre ajeno es sinónimo de posesión en lugar y a nombre de otro: se trata de figuras relacionadas, pero diferentes<sup>11</sup>. Esta última es una situación tratada

<sup>7</sup> Esta última categoría no deja de ser problemática. Véase FUENTESSECA (2002).

<sup>8</sup> HONORÉ (1994), p. 371.

<sup>9</sup> Con todo, esto aboca a preguntarse por la necesidad de título en la posesión irregular. Cfr. ALCALDE (2017), p. 346.

<sup>10</sup> Una cuestión discutida es qué significa “competente inscripción” en el art. 730 II del *CC*. Véase PEÑAILILLO (2006), pp. 384-385.

<sup>11</sup> BARRIENTOS (2016), pp. 1058-1059, se inclina por la coincidencia de ambas figuras.

en el art. 721 del *CC*, que remite a las reglas sobre representación del art. 1448 del *CC* (de ahí que se diga: “en lugar o a nombre de otra persona de quien es mandatario o representante legal”), y prevista para resolver el problema del inicio de la posesión por parte del representante, el cual resulta relevante para computar a su respecto el plazo de prescripción adquisitiva (arts. 2498 y 2501 del *CC*) y para concederle amparo a través de las acciones posesorias (arts. 916 y 925 del *CC*). Dado que aquellos actos que una persona ejecuta a nombre de otra teniendo poder para representarla producen a su respecto iguales efectos que si los hubiese realizado ella misma (art. 1448 del *CC*), la posesión del representado comienza en el mismo momento en que el representante toma la cosa en su nombre, aunque cuando ella lo ignore (art. 721 del *CC*). Como ocurre en general con la representación, el elemento relevante es que el representante declare su propia voluntad, y no que el representado sepa lo que ha ocurrido<sup>12</sup>. Por su parte, la posesión a nombre ajeno implica simplemente tener una cosa reconociendo que ella pertenece a otra persona (art. 714 II del *CC*). Se trata de una categoría mucho más general, donde la posesión en lugar y a nombre de otro viene a ser una de sus clases.

En un comentario anterior se sostuvo que el supuesto de hecho del art. 915 del *CC* parte de la existencia de un título por el que una persona detenta materialmente una cosa reconociendo dominio ajeno<sup>13</sup>. Esa detentación se transforma en injusta por un cambio en las circunstancias que la configuran, las cuales pueden ser jurídicas o meramente fácticas. El primer caso se produce cuando el título por el que se había recibido la cosa ha perdido vigencia, imponiendo correlativamente la obligación de restituir, sin que el mero tenedor lo haga. El segundo caso ocurre cuando ha existido un cambio en el ánimo de la detentación. Queda excluido del alcance del art. 915 del *CC*, entonces, aquella persona que se sirve de la cosa sin previo contrato, reconociendo dominio ajeno y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, que es el supuesto de la acción de precario del art. 2195 II del *CC*. Entre una y otra no se verifica ni un concurso de normas (antinomía) ni uno de acciones. La razón es que la última norma citada contiene un criterio que permite efectuar una diferencia específica dentro del género próximo y coincidente que tienen ambas acciones. Los arts. 915 y 2195 II del *CC* convergen en que el demandado es un mero tenedor, calidad que corresponde a “todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno” (art. 714 II del *CC*). La diferencia está en que en el precario esa tenencia se hace sin título alguno oponible al dueño y solo se justifica en su ignorancia o mera tolerancia, mientras que en el caso del injusto detentador ella proviene de la negativa a restituir sin que exista fundamento suficiente (por ejemplo, un derecho legal de retención declarado a su favor), resultando superfluo la pregunta por la intención que hay detrás, que puede ser o no dominical<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> VIAL (2003), pp. 317-318.

<sup>13</sup> ALCALDE (2015), pp. 250-254

<sup>14</sup> Sin embargo, hay jurisprudencia que ha admitido la acción del art. 915 del *CC* contra quien

En suma, esto significa que la acción del art. 915 del *CC* puede ser ejercida contra todo aquel que ha recibido la cosa por un título no traslativo de dominio (art. 725 del *CC*) y que por alguna razón no justificada se niega a restituir<sup>15</sup>. No resulta relevante, por tanto, que la retención se haga porque se quiera disputar el dominio al dueño, ya que basta que, llegado el momento, la cosa no sea entregada a quien corresponde y no exista excusa para dicha retención. No se trata, por ende, de una situación equiparable a aquella que integra el tipo de la apropiación indebida del art. 470 N° 1° del *CP*, donde sí se exige que haya apropiación o distracción de la cosa por parte de quien la ha recibido con un título que involucra la obligación de restituirla.

Como fuere, la contemporaneidad de la agregación del mentado art. 915 del *CC* y del cambio en el sistema posesorio de inmuebles permiten ofrecer una hipótesis sobre el sentido de la regla: dicha acción era necesaria para cerrar la protección del dominio, pues de lo contrario el dueño carecería de un medio jurídico para recuperar la cosa cuando alguien ostentaba solo su posesión material o en aquellas situaciones donde la acción personal ya no pudiese prosperar. En otras palabras, y en especial por la frase final del artículo en referencia (“aunque lo haga sin ánimo de dueño”), dicha acción se endereza a solucionar los conflictos entre la posesión inscrita y la posesión meramente material, teniendo en cuenta que esta última no puede conducir a la prescripción adquisitiva del bien y, por tanto, la acción del dueño permanece inalterada en el tiempo (art 2517 del *CC*).

Siendo así, la acción ejercida por el fisco contra Marcelo Sepúlveda Silva estuvo mal planteada, porque se señalaba en la demanda que este último ocupaba ilegalmente el inmueble de Santa Corina 68, comuna de La Cisterna, sin que concurriese ninguno de las concesiones administrativas a las que alude el art. 19 II del DL 1939/1977, cuyo otorgamiento corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales (art, 1° del DL 3274/1980). La ausencia de título hacía que esa detentación fuese precaria y que, por consiguiente, la acción pertinente fuese aquella del art. 2195 II del *CC*, siendo aplicables las reglas del juicio sumario (art. 680 N° 6° del *CPC*)<sup>16</sup>.

#### b) La aplicación de las reglas sobre reivindicación

Otra cuestión que suscita la regla del art. 915 del *CC* es el sentido que se debe dar a la frase inicial “las reglas de este título se aplicarán [...]”, mención que alude a aquel dedicado a la reivindicación (libro II, título XII). Pues bien, la SCS de 12 de diciembre de 2017 se ocupa de este punto, y lo hace de la siguiente forma en su cons. 9°:

---

detenta una cosa con un título de mera tenencia procedente de un tercero y no del verdadero dueño. Véase, por ejemplo, SCA Pedro Aguirre Cerda de 23 de mayo de 1996, *RDJ*N° 93, sec. 2ª, pp. 57-62).

<sup>15</sup> PEÑAILILLO (2006), p. 534, parece ser de la misma opinión.

<sup>16</sup> De esa acción se ha tratado ya en ALCALDE (2015), pp. 247-250 y ALCALDE (2016), pp. 291-296.

“De este modo, y como se desprende del tenor literal del artículo 915 [CC] transcrito más arriba, el legislador autoriza de manera explícita y categórica la aplicación de las reglas de las prestaciones mutuas respecto de la persona que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz, aunque lo haga sin ánimo de señor. En tal sentido es preciso subrayar que la norma que encabeza dicho párrafo, esto es, el artículo 904 [CC], dispone expresamente que ‘vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo que el juez señalare’, mandato que debe entenderse referido, en consecuencia, al que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, ‘aunque lo haga sin ánimo de señor’, esto es, como resulta evidente, al mero tenedor de la cosa de que se trata”.

La interpretación propuesta por la Corte resulta correcta. El comienzo del art. 915 del CC contiene la consecuencia jurídica prevista para el supuesto de hecho que enseguida se describe, como es la tenencia de una cosa por parte de un injusto detentador. La alusión a las reglas del título que con dicho artículo se cierra comporta una remisión o equiparación formal, valer decir, un recurso de técnica legislativa que asimila a efectos jurídicos un supuesto de hecho a otro distinto<sup>17</sup>, y no puede significar otra cosa que, en el caso ahí descrito, se haya de proceder de la misma manera que se haría cuando el dueño ha ejercido una acción reivindicatoria. Esto significa que la acción del mentado art. 915 del CC es materialmente equiparable (aun cuando formalmente no lo sea) a la reivindicación definida en el art. 889 del CC, pues permite que el dueño pueda recuperar la cosa de manos del injusto detentador, sin que importe un injustificado ánimo dominical, aplicándose las normas sobre prestaciones mutuas cuando el segundo resulte vencido.

*2. La pérdida de utilidad de la acción del art. 915 del CC  
frente a la expansión jurisprudencial de la legitimación pasiva  
de la reivindicación respecto del poseedor material*

En otro lugar se ha hecho referencia a los supuestos fácticos de las tres acciones reales que delimitan los contornos de la protección dominical, las cuales convergen en la cosa pedida (obtener la restitución de una cosa singular)<sup>18</sup>. Ellas son la acción reivindicatoria (arts. 889, 893 y 895 del CC), aquella contemplada en el art. 915 del CC y la de precario del art. 2195 II del CC. En rigor, y pese al carácter genérico de “acción de dominio” con que la mienta el art. 889 del CC, la reivindicación supone una controversia concreta: aquella que se produce entre el dueño de una cosa singular de la que ha perdido su posesión y el poseedor que la tiene como suya sin justificación de su supuesta

<sup>17</sup> HERVADA (2007), p. 110.

<sup>18</sup> Véase ALCALDE (2015), pp. 247-254 y ALCALDE (2017), pp. 314-320.

titularidad dominical. Por eso, ella se concede a favor del dueño, cualquiera que sea su calidad (art. 893 del *CC*), y se dirige contra el actual poseedor (art. 895 del *CC*), siendo la discusión de carácter jurídico<sup>19</sup>.

No es ahora el momento de ocuparse de otros supuestos marginales, donde la acción del dueño ya no se dirige a recuperar materialmente la cosa, sino a reclamar el provecho económico obtenido por el poseedor (art. 898 del *CC*) o el precio con que objetivamente ella puede ser avaluada (art. 900 del *CC*). Tampoco corresponde analizar el caso del art. 897 del *CC*, donde parece que el *Código* está asumiendo que la reivindicación resulta improcedente por no ser el demandado poseedor (por el contrario, se da por tal de mala fe, vale decir, sabiendo que no lo es), de suerte que al dueño se le compensa su frustración indemnizándole de todo perjuicio que se deriva del engaño proveniente del demandado. Como el juicio ha sido en vano, el que se da por poseedor de mala fe habrá de indemnizar todo daño que de ello se haya seguido para el reivindicador. Para los fines de este comentario, basta centrarse en el supuesto paradigmático que figura en la definición de la acción reivindicatoria que da el art. 889 del *CC*<sup>20</sup>.

Pues bien, tratándose de inmuebles, el actual poseedor es aquel que tiene un título inscrito en el Conservador de Bienes Raíces a su nombre. Esa inscripción le permite adquirir la posesión efectiva sobre el bien raíz en cuestión (arts. 696 y 714 del *CC*) y conservarla mientras ella subsista (art. 728 del *CC*). De esta manera, la posesión sobre inmuebles solo se pierde cuando esa inscripción se cancela, sea por voluntad de las partes, por otra inscripción posterior o por sentencia judicial (art. 728 del *CC*). Estas son las bases sobre las que se ha construido la teoría de la posesión inscrita, y son las que se enseñan como parte de los programas de estudios del curso respectivo dentro de la asignatura de Derecho Civil<sup>21</sup>.

Sin embargo, desde hace ya algún tiempo esta teoría ha sido superada por la práctica forense<sup>22</sup>. La razón es que los tribunales han comenzado a entender que el concepto de “actual poseedor” que emplea el art. 895 del *CC* debe entenderse a la luz del art. 700 del *CC* y no según las reglas especiales propias de los inmuebles<sup>23</sup>. En otras palabras, se trata de acudir a la regla general sin considerar el tratamiento particular que la ley hace de una materia para ciertos

<sup>19</sup> Por la misma razón, en ALCALDE (2016), pp. 304-306, se sostenía que el usufructuario carece de la acción de precario para recuperar la tenencia de la cosa fructuaria. La pretensión pertinente para ese fin es la acción de usufructo (art. 577 del *CC*).

<sup>20</sup> Véase ALCALDE (2017), p. 296.

<sup>21</sup> Véase TOPASIO (2017), pp. 59-85. Por cierto, la expresión ‘teoría’ se toma aquí en un sentido propio de la ciencia del Derecho: ella comporta una construcción intelectual apta para justificar el resultado deseado frente a la técnica jurídica. Cfr. JESTAZ (1996), p. 91.

<sup>22</sup> Véase los casos comentados en ALCALDE (2014), pp. 392-395 y ALCALDE (2017), pp. 314-320.

<sup>23</sup> BARRIENTOS (2016), p. 1038, califica esta postura como la opinión mayoritaria sobre la materia. Véase, por ejemplo, SCS de 9 de abril de 2018 (CL/JUR/1616/2018), 19 de marzo de 2018 (CL/JUR/1323/2018), 8 de marzo de 2018 (CL/JUR/1106/2018), 2 de enero de 2018 (CL/JUR/629/2018), y 1 de diciembre de 2017 (CL/JUR/7740/2017).

casos, que es lo que ordena el art. 13 del *CC* para resolver esta clase de antinomias. De esto se sigue que el elemento que resulta relevante para acceder a una demanda de reivindicación es la comprobación del hecho de que el demandado sea poseedor material del bien que se reclama, sin que importe la coherencia entre esa detentación y la titularidad registral. La consecuencia sistemática que esto tiene ya ha sido denunciada en un comentario anterior: dicha interpretación conduce al vulgarismo jurídico y fracciona el sistema posesorio de la propiedad raíz<sup>24</sup>.

Este fenómeno se caracteriza por la pérdida de la calidad técnica en la interpretación y aplicación del Derecho, muchas veces por el propósito de resolver los conflictos impartiendo justicia material<sup>25</sup>. Detrás de la ampliación del concepto del “actual poseedor” del art. 895 del *CC* hay un fin loable, como es el de permitir que la propiedad sea protegida mediante la acción pensada para ese fin, sin que deba recurrirse a construcciones carentes de profundidad dogmática (por ejemplo, la misma acción de precario del art. 2195 II o la configuración de una acción innominada de dominio)<sup>26</sup>. Pero con eso se socava el sistema pensado por el *Código Civil* para la propiedad raíz, el cual ciertamente presenta defectos y peca de una excesiva y candorosa esperanza de éxito<sup>27</sup>. En otras palabras, una cosa es que no se comparta la decisión adoptaba finalmente en el *Código Civil* sobre esta materia, donde todo el sistema posesorio relativo a los inmuebles quedó diseñado desde el Proyecto Inédito bajo pautas registrales y carentes de sustento material, y otra diversa es que eso signifique impartir justicia siguiendo aquellas convicciones personales que se tienen respecto de cuál es la mejor manera de ordenar la posesión inmobiliaria. Eso altera la propia función que el Derecho está llamado a cumplir: este comporta una forma de pensamiento que discurre sobre problemas singulares partiendo de criterios que no son principios lógicos de los cuales deducir una única solución, sino simples lugares comunes (aunque históricamente sopesados y decantados) de valor relativo y acotado, los que el operador jurídico descubre mediante un razonamiento prudencial y merced a los elementos que le revela su experiencia<sup>28</sup>.

Ciertamente se puede compartir que el sistema tiene dificultades estructurales y que es necesario hacer ajustes que vayan más allá de la conformación orgánica de los Conservadores de Bienes Raíces, pues la reivindicación, si

<sup>24</sup> ALCALDE (2017), pp. 320-323.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ (2017), p. 99, califica la posesión material como un tecnicismo acuñado por la jurisprudencia. En verdad, es exactamente lo contrario: un vulgarismo.

<sup>26</sup> DOMÍNGUEZ (2005), pp. 341-346.

<sup>27</sup> Anhelo que el propio Andrés Bello hizo explícito en el mensaje que precede al *Código Civil*: “Son patentes los 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 [...]” (§ 22).

<sup>28</sup> Esta fue la gran aportación que hizo VIEHWEG (1964) para refrescar la comprensión del modo de razonamiento que es propio del derecho.

quiere ser en verdad la acción general con que se tutela la propiedad, debe permitir que la cosa pueda ser recuperada por el dueño de manos de quien la detenta materialmente en ese momento, sea que se conduzca respecto de ella como señor y dueño, o que solo rechace su restitución. Por lo demás, esa es la regla que da el Derecho Comparado a la hora de formular la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria<sup>29</sup>. Pero ese es un deseo de *lege ferendae*, que corresponde a la doctrina levantar y a los demás operadores jurídicos hacer presente para permitir que, tarde o temprano, el cambio legislativo se produzca.

Lo que no resulta posible, porque compromete la seguridad jurídica, es desfigurar los perfiles de una acción que cuenta con una regulación bastante específica en el *Código Civil*, como ocurre con la reivindicación. Con esa manera de proceder se compromete la racionalidad del propio sistema y la teoría sobre la que este descansa. De ahí que la interpretación extensiva que se hace respecto de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria tenga como límite el llamado principio consecuencialista, según el cual un enunciado normativo debe dotarse de sentido prestando atención a las consecuencias que tiene dicho significado<sup>30</sup>. Pues bien, la opinión mayoritaria de la jurisprudencia, antes apuntada, conduce a una consecuencia derogatoria del sistema de posesión inscrita, la que contradice el criterio hermenéutico de conservación de las normas y de continuidad del ordenamiento<sup>31</sup>.

Incluso, cabe preguntarse qué utilidad reporta esta posesión material para quien la detenta. Esta característica comporta que la posesión sirve para ganar el dominio por prescripción adquisitiva. La discusión se ha dado en torno a las llamadas posesiones viciosas (art. 709 del *CC*), vale decir, aquella que es violenta (art. 710 del *CC*) o clandestina (art. 713 del *CC*)<sup>32</sup>. Sin embargo, el problema ahora es otro y tiene relación con la vigencia que tiene, bajo la interpretación jurisprudencial que se viene refiriendo, la regla del art. 2505 del *CC*, según la cual no cabe la prescripción adquisitiva contra un título inscrito<sup>33</sup>. Siguiendo el argumento *a pari*, que predica que donde existe la misma razón debe haber la misma disposición, forzoso es concluir que, si el poseedor ma-

<sup>29</sup> Véase PEÑAILILLO (2013), pp. 47-55.

<sup>30</sup> DE ASÍS (2000), p. 238.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 239.

<sup>32</sup> Véase especialmente RODRÍGUEZ (2006) y VIAL (2009), pp. 141-143.

<sup>33</sup> Este es la única de las reglas sobre posesión inscrita donde Andrés Bello dejó consignada una fuente. Al margen del art. 2687 b del Proyecto Inédito hizo la siguiente anotación: “Goy., Concordancia, 1946”. De hecho, la redacción del art. 1946 II del Proyecto de *Código Civil* español de 1851 era casi exacta a aquella que quedó recogida en el Proyecto Inédito y de donde pasó al *Código Civil* aprobado por el Congreso. Según GARCÍA GOYENA (1852), p. 308, la fuente de dicha regla era el art. 511 del *Código* prusiano de 1792 (el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), y constituía “un homenaje tributado al nuevo sistema hipotecario; una consecuencia rigurosa de los artículos 1826 y 1858”. El primero de ellos se refería a la tradición de bienes inmuebles (equivalente al art. 686 del *CC*), mientras que el segundo disponía que ninguno de los títulos que debía inscribirse producía efectos respecto de terceros hasta que se hubiese practicado la inscripción respectiva. Curiosamente, LIRA (1956), p. 85, señala: “falta por entero en García Goyena la institución de la posesión inscrita”.

terial es considerado como tal para los efectos de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria, de la misma forma debería ser considerado poseedor para poder beneficiarse de la prescripción adquisitiva. Al menos de la línea jurisprudencial aquí comentada no se vislumbra que la conclusión contraria pueda sostenerse de manera tan categórica<sup>34</sup>. Eso traería consigo que, al igual que se dejan sin aplicación las reglas sobre adquisición, conservación y pérdida de la posesión inscrita, lo propio habría que inferir a propósito del corolario que ellas tienen en la prescripción adquisitiva, con todas las consecuencias que eso implica. La duda que deja esta jurisprudencia que amplía el campo de la reivindicación es si, fuera del contexto de la pequeña propiedad raíz, donde el sistema especial de saneamiento da una respuesta coherente al problema (art. 1° del DL 2695/1979), resulta admisible la prescripción adquisitiva por parte del poseedor material contra título inscrito. Pese a que esta consecuencia podría parecer disparatada, no lo es tanto si se estima que la misma incidencia derogatoria tiene la ampliación de la legitimación pasiva de la reivindicación<sup>35</sup>. Todo ello aboca a la reserva legal que existe en materia de adquisición del dominio (art. 19 N° 24 II de la CPR).

Por lo demás, conviene recordar que el DL 2695/1979 refrenda el sistema de posesión inscrita y el hecho de que la calidad de poseedor respecto de un inmueble solo se adquiere merced a la respectiva inscripción conservatoria del título respectivo. Sus reglas se enderezan a regularizar la posesión material (art. 1°), lo que significa que el poseedor pueda constar con un justo título con el que comenzar a poseedor regularmente y de manera efectiva (art. 15). Eso explica que el art. 26 contemple una acción reivindicatoria especial, puesto que ella no sería procedente en supuestos normales: solo es admisible desde que el poseedor material se ha convertido en poseedor regular (art. 702 del CC), pero no antes (art. 895 del CC).

Para lo que aquí interesa, de esto se sigue que hoy se ha reducido mucho el ámbito de aplicación de la acción del art. 915 del CC como un supuesto diferenciado de protección dominical, pues la misma finalidad se puede conseguir merced a la lectura jurisprudencial que se ha venido haciendo desde hace algún tiempo respecto del legitimado pasivo de la acción reivindicatoria. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, ella todavía no se ha transformado en el paradigma del derecho al control físico del bien<sup>36</sup>. Cumple preguntarse, entonces, si la reivindicación era posible en el caso en comento, vale decir, si habría prosperado una demanda esa clase por parte del Consejo de Defensa del Estado contra el ocupante del inmueble reclamado. La respuesta tiene como presupuesto el significado que se le dé a

<sup>34</sup> Sin embargo, la SCS de 31 de enero de 2018 (CL/JUR/521/2018), todavía sostiene el criterio del art. 2505 del CC: contra título inscrito no cabe prescripción ordinaria o extraordinaria.

<sup>35</sup> De hecho, en Colombia la posesión material tiene preponderancia sobre la inscrita en todos los ámbitos, pese a que dicho país tiene las mismas reglas que el *Código Civil* chileno. Cfr. OCHOA (2014), pp. 172-175.

<sup>36</sup> MATTEI (2015), p. 391.

la posesión material, porque hasta el momento la jurisprudencia solo ha dicho que la reivindicación procede contra el poseedor material, sin que importe su correspondencia registral, pero no ha postulado (como acaece en Derecho Comparado) que ella se dirige contra aquel que tiene la posibilidad fáctica de restitución del bien demandado (*facultas restituendi*)<sup>37</sup>. De ahí que la discusión habida en torno al art. 915 del *CC* se haya referido a la naturaleza jurídica de la acción y al sentido de la remisión a las reglas de la reivindicación<sup>38</sup>.

Siendo así, al menos de acuerdo con el estado actual de la relectura amplificadora del art. 895 del *CC*, la demanda del fisco en el caso en comento habría debido ser rechazada, por cuanto el demandado solo era un mero tenedor al nunca haber disputado el dominio sobre el inmueble (art. 714 II del *CC*). Pero, precisamente por la incertidumbre que caracteriza la materia, no se puede asegurar que ese habría sido el desenlace del caso en el supuesto hipotético de que el fisco hubiese solicitado directamente la reivindicación. Algo similar podría haber ocurrido con la acción de precario, si el tribunal consideraba que faltaba alguno de los requisitos del art. 2195 II del *CC*.

### *3. Una propuesta de ordenación de las acciones reales que contempla el Código Civil*

Para acabar, y de acuerdo con lo que se ha expuesto en este comentario, cabe formular un esbozo del sistema de acciones de protección del dominio tal y como ha quedado configurado por la jurisprudencia de los últimos años:

- a) Cuando se persigue la restitución de la cosa, la acción reivindicatoria procede contra el actual poseedor (arts. 889 y 895 del *CC*), calidad que ostenta tanto el poseedor efectivo (art. 696 del *CC*) como el meramente material (art. 925 del *CC*). El factor relevante es, entonces, que concurra en el demandado la tenencia del inmueble y el ánimo de señor y dueño respecto del mismo, sea de manera ficticia (mediante la inscripción registral), sea de manera real (mediante la detentación material con apariencia dominical). Dicho de otra forma, la reivindicación supone un conflicto jurídico que reposa sobre la acreditación de quién es verdaderamente dueño, el que dice serlo o el que se comporta como tal teniendo la cosa en su poder.
- b) Por su parte, la acción del art. 915 del *CC* se dirige contra alguien que poseía a nombre ajeno y se niega a restituir, sin que importe la manera cómo se comporta respecto de la cosa. En este caso, la posesión a nombre ajeno debe ser necesariamente respecto de quien reclama la restitución, vale decir, se trata de aquella persona que tenía la cosa en lugar y nombre del dueño que lo ha demandado (art. 893 del *CC*) o del

<sup>37</sup> GAMBARO (2017), p. 661.

<sup>38</sup> Véase una síntesis de esa discusión en BARRIENTOS (2016), pp. 1059-1062 y TAPIA (2015), pp. 407-415.

poseedor regular que se halla en vías de ganar la cosa por prescripción (art. 894 del *CC*). Su procedencia depende de qué libertad de opción se dé al demandante en relación con aquellas acciones propias que atañen al título del cual ha nacido la tenencia. Si se sigue un criterio excluyente, la acción del art. 915 del *CC* solo será posible una vez que hayan prescrito las acciones provenientes del título de tenencia<sup>39</sup>. Por el contrario, si se acepta el cúmulo, el demandante (sea dueño o no) podrá optar entre esas acciones emanadas del título o aquella de carácter reivindicatorio que le concede el mentado art. 915 del *CC*.

- c) Finalmente, la acción de precario del art. 2195 II del *CC* se dirige contra el mero tenedor que, pese a saber que la cosa no es suya, carece de título que resulte oponible contra el dueño<sup>40</sup>.

### III. CONCLUSIONES

En el caso comentado, la acción ejercida por el fisco fue equivocada porque se trataba de un supuesto de tenencia precaria. El demandante ocupaba el inmueble cuya restitución se le reclamaba de manera ilegal, sin contar con permiso o concesión alguna por parte de la autoridad competente (el Ministerio de Bienes Nacionales por tratarse de un bien fiscal). En consecuencia, no existía título alguno que oponer al demandante para justificar la ocupación del bien, la cual era de carácter ilegal como también la había sido hasta su muerte la del anterior ocupante. Por cierto, esto no significa que la decisión no fuera justa atendido el caso concreto: lo era, pero solo de acuerdo con un criterio de justicia material.

Cualquiera que sea su calidad, y por exigencia constitucional, el dueño merece protección de su titularidad, la cual comprende como contenido preferente la recuperación material de la cosa de manos de quien la ostente. Ahí se manifiesta el carácter exclusivo y excluyente que comporta el dominio. El problema es que para cumplir ese cometido el ordenamiento chileno no tiene una única acción, como ocurre en el Derecho Comparado, donde la reivindicación procede contra cualquier persona que se encuentre en la posibilidad material de restituir la cosa, sin importar si es poseedor o mero tenedor. Por el contrario, el *Código Civil* arbitra tres medios de tutela a favor del dueño, cada uno de los cuales introduce incertidumbres propias en la discusión: la acción reivindicatoria, aquella del art. 915 del *CC* y la del simple precario del art. 2195 II del *CC*.

De *lege ferendae* es ciertamente recomendable una reforma al Derecho de Bienes que racionalice sus normas, sobre todo cuando al anhelo de Andrés Bello de que inscripción, posesión y propiedad algún día fuesen términos idénticos ha demostrado ser una utopía no concretada tras ciento sesenta años de vigencia del *Código Civil*. Pero mientras esas reglas no cambien, hay que aplicar

<sup>39</sup> Esto era lo que se sugería en ALCALDE (2015).

<sup>40</sup> Véase ROSTIÓ (2014), pp. 26-37 y 91-101.

la teoría de la posesión inscrita tal y cual como quedó recogida, sin forzar el sentido de las normas para conceder una tutela que igualmente es posible por otra vía. Esto significa que “actual poseedor” solo es aquel que cuente con una inscripción conservatoria a su nombre, pues la posesión material comporta una categoría que únicamente la ley recoge para los efectos de la regularización de los títulos de la pequeña propiedad raíz, donde las razones que hay detrás van más allá del campo estrictamente jurídico<sup>41</sup>.

Por lo demás, esto aboca al alcance que cabe dar a la cosa juzgada en materia de acciones reales, para saber si es posible volver a plantear la discusión cuando la primera acción ejercida ha sido rechazada. Pero este problema excede los márgenes trazados para este comentario.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE SILVA, Jaime (2014). “Acción reivindicatoria. Su procedencia respecto del poseedor material de un bien raíz inscrito. Prueba de la posesión de un inmueble por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio. Corte Suprema, sentencia de 22 de mayo de 2014, rol núm. 7769-2014”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 23. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2015): “Las diversas acciones de restitución a favor del propietario de un bien raíz. La improcedencia de solicitar el lanzamiento a través de un juicio arbitral cuando han prescrito las acciones emanadas de la sentencia que condenó a la restitución del inmueble arrendado. La denuncia del litigio como medida protectora de los subarrendatarios. La aplicación de los arts. 915 y 2195 II del CC como supuestos diferenciados de restitución. Tribunal arbitral (árbitro arbitrador Claudio Illanes Ríos), sentencia de 18 de junio de 2013, rol CAM núm. 1572-2012, cumplida mediante exhorto ante el 11° Juzgado Civil de Santiago, rol núm. E-42-2014”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 25. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016): “Los supuestos de tenencia reconocidos por el derecho. El concepto de título de mera tenencia o no traslativo de dominio. La sociedad conyugal como título de tenencia suficiente para enervar una acción de precario ejercida por un tercero. La oponibilidad de la sociedad conyugal a terceros por parte de la mujer. El precario entre cónyuges. La legitimación activa de la acción de precario, especialmente cuando es ejercida por un usufructuario. La tutela del usufructuario. Corte Suprema, sentencia de 4 de mayo de 2015 (rol núm. 31.925-2014)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 26. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2017): “La compraventa celebrada por el marido justifica la tenencia de la mujer demandada para enervar una acción de precario, incluso después de que la sociedad conyugal ha sido disuelta. La inexistencia de sociedad conyugal cuando los cónyuges han declarado que no existen bienes que liquidar. La naturaleza del título que controvierte el precario. La

<sup>41</sup> El propio DL 2695/1979 las explica en su exposición de motivos.

- diferencia entre el comodato precario y el simple precario. Corte Suprema, sentencia de 14 de enero de 2013 (rol núm. 11.835-2011)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 28, Santiago.
- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1890). “Introducción”, en Andrés BELLO LÓPEZ. *Obras completas*. Santiago: Pedro G. Ramírez. Tomo XIII.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2016): *Código Civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada, comentada y anotada*, Santiago: ThomsonReuters: Tomo I.
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1955). *Obras completas*. Caracas: Casa de Bello. Tomo XII.
- DE ASÍS, Rafael (2000). “La interpretación y la aplicación del derecho”, en Gregorio PECES-BARBA, Eusebio FERNÁNDEZ, Rafael DE ASÍS. *Curso de teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “Código Civil y jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base en la letra del código”, en María Dora MARTINIC, Mauricio TAPIA (coords.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Presente, pasado y futuro de la codificación*. Santiago: LexisNexis.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo [coord.] (1996). *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.
- FUENTESSECA, Cristina (2002). *La posesión mediata e inmediata*. Madrid: Dykinson.
- GAMBARO, Antonio (2017). *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*. 2ª ed. Milano: Giuffrè.
- GARCÍA GOYENA, Florencio (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil de España*. Madrid: Sociedad Tipográfica-Editorial. Tomo IV.
- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián (2017). *Derecho de propiedad: la acción reivindicatoria y la acción de precario*. Santiago: Metropolitana.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982). *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, Tomo I.
- HERVADA XIBERTA, Javier (2007). *Introducción al estudio del derecho canónico*. Pamplona: EUNSA.
- HONORÉ, Tony (1994). “Ownership”, in Patricia SMITH (ed.). *The Nature and Process of Law: an Introduction to Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press.
- JESTAZ, Philippe (1996). *El Derecho*. (trad.) Ramón Domínguez Águila. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LIRA URQUIETA, Pedro (1956). *El Código Civil chileno y su época*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MATTEI, Ugo (2015). *I diritti reali, 2: La proprietà*. 2ª ed. Turín: UTET.
- OCHOA CARVAJAL, Raúl (2014). *Bienes*. 8ª ed. Bogotá: Temis.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2013). “Expansiones y restricciones de la reivindicación en el derecho contemporáneo”, en Carlos CÉSPEDES MUÑOZ (coord.). *Estudios de derecho patrimonial*. Santiago: ThomsonReuters.

- PÉREZ PENA, María Francisca (2014). “La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial de, l artículo 915 del Código de Bello”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Vol. 21. N° 1. Antofagasta.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2006): *De las posesiones inútiles en la legislación chilena*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROSTIÓ CASAS, Ignacio (2014). *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*. Santiago: LegalPublishing/ThomsonReuters.
- SALINAS ARANEDA, Carlos (1977). “Notas en torno a las actas de los proyectos de Código Civil chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. I. Valparaíso.
- SELMAN NAHUM, Arturo (2011). “Artículo 915 del Código Civil: una solución jurisprudencial a la limitación de las acciones tradicionales”. *Revista Ius et Praxis* Vol. 17. N° /1. Talca.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2015). “Reivindicación contra el injusto detentador. El controvertido y enigmático artículo 915 del Código Civil”, en Manuel BARRÍA PAREDES, *et al.* (eds.). *Estudios de derecho privado. Homenaje al Profesor Ramón Domínguez Águila*. Santiago: ThomsonReuters.
- TOPASIO FERRETI, Aldo (2017). *Sistema registral inmobiliario del Código Civil*, Valparaíso, EDEVAL.
- VERGARA BEZANILLA, Pedro Pablo (1989). “Reivindicación contra el poseedor a nombre ajeno o injusto detentador”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 86. Santiago.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2009). *La tradición y la prescripción adquisitiva como modo de adquirir el dominio*. 3ª ed. Santiago, Ediciones UC.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003). *Teoría general del acto jurídico*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIEHWEG, Theodor (1964). *Tópica y jurisprudencia*. (trad.) de Luis Díez-Picazo. Madrid: Taurus.

### *Jurisprudencia citada*

- SCS de 9 de abril de 2018 (CL/JUR/1616/2018).
- SCS de 19 de marzo de 2018 (CL/JUR/1323/2018).
- SCS de 8 de marzo de 2018 (CL/JUR/1106/2018).
- SCS 31 de enero de 2018 (CL/JUR/521/2018).
- SCS de 2 de enero de 2018 (CL/JUR/629/2018).
- SCS de 1 de diciembre de 2017 (CL/JUR/7740/2017).
- SCA Pedro Aguirre Cerda de 23 de mayo de 1996 (*RDJ*. Tomo 93, Santiago. 1996, sec. 2ª, pp. 57-62).