

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

Rodrigo Barcia Lehmann

Profesor Derecho Civil e investigador
Universidad Finis Terrae

1. EFECTO DE LOS ARTÍCULOS 671.3° Y 1.448° DEL CC, TRADICIÓN CON RELACIÓN A LA REPRESENTACIÓN DEL JUEZ EN PÚBLICA SUBASTA DEL EJECUTADO QUE ES DECLARADA NULA PROCESALMENTE, E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS QUE TIENE COMO FUENTE LA NULIDAD PROCESAL DE LA SUBASTA. CORTE SUPREMA, CASACIÓN EN EL FONDO, TREINTA Y UNO DE ENERO DEL DOS MIL TRECE, ROL N° 6521-2012.

INTRODUCCIÓN

El fallo que se analiza a continuación es relevante por cuanto determina los efectos de la representación judicial del vendedor en una venta forzada en caso que el juicio, que da lugar a la subasta, y posterior venta por parte de la adquirente del bien subastado, sea anulado procesalmente por vicios en el proceso de subasta. La Excelentísima Corte Suprema, desde una perspectiva civil, considera que el juez de la instancia se excedió en dicha representación legal y, en consecuencia, la representación le es inoponible al verdadero dueño, es decir, al ejecutado. A su vez, el fallo es relevante por cuanto desecha en forma tangencial que el adjudicatario y posterior adquirentes sean poseedores de mala fe para el objeto de las prestaciones mutuas.

1. LOS ANTECEDENTES DEL RECURSO QUE SE COMENTA

En los autos rol N° 669-2010, seguidos ante el Juzgado de Letras de Molina, sobre reivindicación, en procedimiento ordinario caratulado Agrícola Santa Eugenia Limitada con Prieto Rioseco, Carola y otro, por sentencia de fecha tres de marzo de dos mil doce, se resolvió, rechazar la demanda deducida en autos.

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de dicho fallo y una Sala de la Corte de Apelaciones de Talca, por resolución de nueve de julio de dos mil doce, confirmó. Este fallo fue objeto de recurso de casación en el fondo por la parte demandante, que se analiza a continuación.

2. LOS ANTECEDENTES DE HECHO DEL RECURSO

La parte recurrente sustenta la casación en la infracción de los arts. 1815, 889, 893, 895, 906 y 907 del CC. En la especie se cita de evicción al Banco de Chile por parte de un adquirente de un bien raíz, Carola Prieto Rioseco, y otro, que fue demandado de reivindicación por parte de Agrícola Santa

Eugenia Limitada. Esta última sociedad fue la ejecutada en un juicio, seguido por el Banco de Chile en su contra. De este modo, la citación de evicción se produce en un juicio de reivindicación entablado contra el adquirente del bien raíz, que habría sido adquirido por el Banco de Chile, en pública subasta, suscrita por el juez e inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces. La recurrente fundó su demanda en que, en el referido juicio ejecutivo, se habría decretado por la Corte de Apelaciones de Talca la nulidad del remate. El problema se generó por cuanto la apelación, que produjo la nulidad del remate, se concedió con el sólo efecto devolutivo, ante lo cual el tribunal *a quo* habría llegado hasta la subasta y adjudicación del bien raíz a la ejecutante, es decir, al Banco de Chile. A su vez, la ejecutante habría enajenado el bien a un tercero adquirente, Carola Prieto Rioseco y otro, que habrían sido demandados de reivindicación por el ejecutado. La demanda de reivindicación fue desechada en primera y segunda instancia, ante lo cual el actor recurre de casación.

3. LA CUESTIÓN DISCUTIDA

La demandante funda la casación en que la venta del bien raíz, objeto de la acción reivindicatoria, le es inoponible. Y ello se debe a que dicha venta habría sido hecha por quien no era a la sazón el dueño. En este sentido, la recurrente sustenta su pretensión en el art. 1815 del *CC*, que establece:

“la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo”.

La oponibilidad se fundamenta en que la Corte habría declarado la nulidad del procedimiento viciado y del remate de la propiedad. Dicha nulidad genera que la venta de la cosa, aunque válida al tiempo de producida, le sea inoponible a la recurrente¹. El segundo yerro del sentenciador de primer y segundo grado, conforme al recurso de casación, consistiría en que no se habría aplicado en la especie los arts. 895, 906 y 907 del *CC*. Dichas normas regulan las prestaciones mu-

¹ La nulidad, conforme al considerando cuarto de la casación, se habría sustentado en: “que de los antecedentes del proceso se infiere que el deudor personal, don Fernando Garrido, compareció en el juicio de desposeimiento seguido por el Banco de Chile en contra de la sociedad Agrícola Santa Eugenia Limitada, propietaria del inmueble de calle Aroma N° 1590 de la Comuna de Molina, solicitando la nulidad de todo lo obrado desde la resolución de fecha 28 de octubre de 2004, que fundamenta en los artículos 760 y 761 del Código de Procedimiento Civil, expresando que no fue oído en su calidad de deudor personal en cuanto a la tasación del inmueble objeto de la subasta, omitiéndose el trámite de tasación por medio de peritos, lo que constituye un vicio reparable sólo con la nulidad procesal de todo lo obrado. Dicha nulidad fue rechazada en primera instancia, habiendo apelado de ella el señor Garrido con fecha 4 de mayo de 2005. Posteriormente, con fecha 4 de octubre de 2005 solicitó la nulidad del remate de dicho inmueble, toda vez que el Banco de Chile se lo adjudicó exclusivamente sobre la base del avalúo fiscal, vicio sólo reparable con la nulidad procesal del remate. Tal nulidad fue también rechazada en primera instancia, apelando el señor Garrido con fecha 24 de octubre de 2005”.

tuas, es decir, los derechos que tiene el verdadero dueño contra el poseedor vencido. En especial, no aplica los arts. 906 y 907 del *CC* que disciplinan las prestaciones que debe el poseedor que está de mala fe. Esta posesión sería evidente desde que existía un recurso de apelación pendiente, que impugnaba el juicio ejecutivo, y viciaba la subasta en consideración a la que el demandado había adquirido la propiedad.

La demandada es defendida en el juicio por medio de la evicción. El Banco de Chile, citado de evicción alega que el actor no tiene legitimidad activa por no ser el propietario, y agrega que están subsistente tanto el título como el modo de adquirir, por cuanto no existe sentencia que haya declarado directamente la nulidad de la compraventa forzada, como de la tradición efectuada por el juez, a través de la representación legal de la ejecutada. Adiciona que la buena fe se presume y que la actora en el recurso de apelación interpuesto en el juicio ejecutivo –que se concedió en el sólo efecto devolutivo– no solicitó una orden de no innovar que paralizara la tramitación de la causa, conforme a lo preceptuado en el art. 194 del *CPC*. Por último, señala que al momento de adquirir los demandados no estaban de mala fe, por lo que no procedería aplicar el art. 900 del *CC*.

Los jueces de instancia resolvieron desechar la demanda y la apelación por cuanto si bien la adjudicación fue declarada nula, sólo tuvo alcance y efecto en dicho proceso, y no alcanzó a la compraventa y posterior enajenación del bien raíz. En igual sentido se resuelve que el art. 3 del *CC* impide que los terceros adquirentes, es decir,

Carola Prieto Rioseco y otro puedan verse afectados por una resolución dictada en una causa en que no fueron emplazados. A este respecto, los fallos señalan que la nulidad procesal tiene un efecto restringido, que opera solamente respecto de las actuaciones del proceso. A su vez, los fallos resuelven que la representación legal, por el cual el juez ocupa el lugar del ejecutado, no puede verse alterada por la nulidad procesal. Agrega, que el remate se realizó con estricto apego al art. 497 del *CPC*. En definitiva, los fallos rechazan que haya faltado el consentimiento de la vendedora, ejecutada.

4. ASPECTOS RELEVANTES DEL FALLO DE CASACIÓN DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

En resumidas cuentas el recurso de casación recae sobre dos aspectos de suyo interesantes. El primero son los efectos que sobre el título traslativo y la tradición genera la nulidad procesal, que tiene su sustento en la subasta viciada del bien objeto de la tradición. El problema que se genera en autos se debe al apresuramiento de la ejecutante, el Banco de Chile en adjudicarse la propiedad, y en su posterior venta a un tercero. Ello, no obstante estar pendiente una apelación de la ejecutada que finalmente se resuelve a su favor y que genera la nulidad del procedimiento. La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, siguiendo a Cristián Maturana, sostiene que si el recurso de apelación, concedido en el sólo efecto devolutivo, modifica o deja sin efecto el fallo impugnado, lo actuado se retrotrae, respecto del

cumplimiento del fallo de primera instancia, total o parcialmente al estado en que la causa de encontraba antes de resolverse el recurso². El fallo del alto tribunal asimila los efectos de la nulidad procesal a la civil y señala que en la especie se produce un efecto similar al de esta última, recurriendo al art. 1687 del *CC*. En cuanto a los efectos de la nulidad sobre la inscripción registral se discute lo siguiente: El demandado, en el recurso de casación, alega que la inscripción es la tradición de los derechos, que emanan de la compraventa suscrita por la demandada de autos con el Banco de Chile. Y agrega, que la inscripción da lugar a la posesión, y es la forma de efectuar la tradición de los derechos reales que pueda tener el vendedor, tradente, al comprador, adquirente. La demandada alega respecto de este aspecto que la Corte de Talca no habría invalidado dichas actuaciones por cuanto

“la nulidad procesal sólo produce efecto jurídico en el juicio en que ha sido dictada, afectando de invalidación únicamente a los actos procesales que se refiere directamente” (cons. primero del fallo de segunda instancia).

La CS aclara que la recurrente no considera que la referida tradición es nula, sino que le es inoponible a su parte. La venta forzosa, realizada a través de la justicia, fue realizada sin poder para representar al ejecutado y, consecuentemente con ello, la venta

que hizo el Banco de Chile es una venta de cosa ajena. Así, en atención a los artículos 1448 y 671 inciso 3° el alto tribunal resuelve, en su considerando décimo tercero:

“...siendo indispensable, para que se produzcan los efectos propios de la representación, que quien actúa a nombre de otro tenga poder para representarla, el que puede emanar de la ley o de la voluntad del representado”,

y agrega, en el considerando siguiente:

“...el poder del juez para representar en las ventas forzadas a la persona cuyo dominio se transfiere supone, necesariamente, que en tales ventas el juez se ajusta a todas y cada una de las reglas que para tal efecto establece la ley, y que garantizan que a través de la pública subasta el bien que ha sido debidamente tasado, cumpliéndose las formalidades legales, se realice en el precio que le asigna el mercado, pues si no fuese así pudiera verse gravemente comprometido el interés del dueño. De esta suerte, el poder de representación que la ley otorga al juez descansa sobre el supuesto de que se ha ajustado estrictamente en su accionar a las normas establecidas para el procedimiento de apremio en los artículos 481 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, debiendo considerarse

² MOSQUERA RUÍZ y MATORANA MIQUEL (2010), p. 159.

que para todo aquello en que se aparte de tales disposiciones carece de poder de representación”.

De este modo, la CS acoge el recurso de casación por cuanto la venta forzada, por la cual adquiere el Banco de Chile y la posterior adquisición del bien raíz no contaba con la tasación del inmueble por peritos, lo que constituye una violación de las bases que afecta a la representación del juez. Más adelante el fallo ahonda en este razonamiento al resolver, en su considerando décimo noveno:

“...dicha inscripción no operó el efecto de transferirle el dominio, a la luz de lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil, que expresa que ‘para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal’, siendo del caso destacar que la expresión ‘válida’ que utiliza la disposición citada no debe interpretarse en el sentido de que constituye un requisito de validez de la tradición sancionable, si se omite, con la declaración de nulidad de la misma, sino que una exigencia requerida cuando intervienen en dicho acto jurídico mandatarios o representantes legales. Desde hace tiempo existe consenso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que el acto ejecutado por una persona a nom-

bre de otra sin tener poder para representarla o excediendo los límites del mismo, no se sanciona con la nulidad sino que con la inoponibilidad”.

El segundo aspecto de interés, que aborda el fallo, son los efectos de la nulidad sobre la inscripción registral. Naturalmente, la inscripción no cumplió con su función de tradición, pero sí dio lugar a la posesión del bien por parte del comprador. La pregunta relevante a este respecto es, ¿qué reglas se aplican, las de la nulidad o las de las prestaciones mutuas (que proceden respecto de la acción reivindicatoria)? El fallo toca tangencialmente este problema en tanto estima que el comprador estaba de buena fe, y desecha la aplicación de los arts. 906 y 907 del *CC* por cuanto la mala fe no estaría suficientemente acreditada en el proceso (considerando vigésimo séptimo de la sentencia). A este respecto se pueden hacer dos prevenciones. Nos parece que respecto de la compradora pueden aplicarse las reglas de las prestaciones mutuas de la reivindicatoria, aunque con reparos. En cambio, a propósito del Banco de Chile, los efectos se rigen por la nulidad que retrotrae a las partes al estado anterior, por lo que lo percibido por el Banco de Chile, como el daño generado a la ejecutada debieran ser resarcidos. Las reglas de la indemnización de perjuicios, establecidas en el art. 906 inciso 1° del *CC*, disciplinan la acción reivindicatoria, pero acá se trata de una acción reivindicatoria que genera sus efectos por la nulidad del contrato. Es verdad que el tenor literal del art. 1687 inciso 2° del *CC*, al establecer:

“en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, *será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro*, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, *tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales* y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”,

ha llevado a nuestra doctrina a entender que lisa y llanamente se deben aplicar las reglas de las prestaciones mutuas, o sea, el art. 906 inciso 1° del CC. Pero, la referencia a las reglas generales no puede ser a las prestaciones mutuas –que se refieren a las prestaciones que debe cualquier poseedor vencido al dueño de la cosa–, sino a las reglas que regulan la indemnización de perjuicios. Por otra parte, el art. 906 inciso 1° del CC no es incompatible con esta interpretación por cuanto se refiere a los perjuicios y ellos se rigen por las reglas de la responsabilidad civil (con los alcances que establecen las reglas de las prestaciones mutuas). Las normas que rigen la responsabilidad extracontractual son las reglas generales respecto de los perjuicios que se desprendan de la nulidad. Sí ellas se aplicaran a este juicio claramente concurriría un criterio de imputabilidad objetiva, consistente en el saber, “que concurriría respecto del Banco de Chile”, o el deber saber,

“que concurriría respecto del comprador de los vicios del pro-

cedimiento de adjudicación, sin tasación previa”.

Dicho comportamiento se puede calificar como constitutivo de culpa grave o de doloso. Así, el criterio de imputación objetivo de culpa está dado por la apelación, concedida con el sólo efecto devolutivo, que era conocida por el Banco y que debió ser conocida por el comprador. Esta interpretación hace que los costos del estudio de títulos, *ex ante* recaigan en el comprador de un bien raíz, que fue adquirido por el vendedor en pública subasta. No cabe tener otra interpretación si aplicamos el principio de la responsabilidad por el cual el actuar negligente o doloso, aun en materia de nulidad, debe dar lugar a la responsabilidad civil. La referencia del art. 1687 inciso 2° del CC precedente a *las reglas generales* por tanto nos reconduce a las prestaciones mutuas o a las reglas de la indemnización de perjuicio, según el caso. Ésta, por lo demás, es la posición mantenida en Francia por autores como: Marcel Planiol, Georges Ripert, Denis Mazeaud, Gabriel Delmas Marty, Pierre Raynaud y Jean Boulanger, o en España por Manuel Albaladejo y Luis Díez-Picazo, con *Códigos* tan decimonónicos como el nuestro. Por otra parte, la indemnización de perjuicios respecto de la nulidad del contrato está previsto expresamente en el §122 del *BGB*.

5. CONCLUSIONES

El fallo en comentario es novedoso por cuanto determina que los efectos de la nulidad procesal alcanzan a la repre-

sentación legal, que corresponde al juez respecto del ejecutado por aplicación del art. 671 inciso 3° del *CC*. Lo interesante de dicha sentencia es que la nulidad procesal, que da lugar a la inoponibilidad de la representación legal del juez, se sustenta en un aspecto de fondo, como lo es que la subasta se llevó a cabo sin la respectiva tasación por peritos. Ello podría entenderse que es un aspecto netamente procesal, pero la exigencia de la tasación pericial protege los derechos del ejecutado. En este sentido se podría vincular funcionalmente este vicio con la prohibición de la celebración del pacto comisorio calificado en la hipoteca, que para la adjudicación del bien hipotecado por el ejecutado exige tasación de éste, por cuanto el ejecutante podría adjudicarse el bien en un valor muy inferior al valor real del bien (art. 2397 inciso 1° del *CC*). Otro aspecto relevante del fallo es que aplica las prestaciones mutuas respecto de la acción de perjuicios que procedería como efecto de la nulidad. Lo anterior debería llevarnos a aplicar las reglas de la responsabilidad civil respecto de los efectos de la nulidad declarada que genera perjuicios.

2. LA ACCIÓN DE DEMARCACIÓN Y CERRAMIENTO CON RELACIÓN A LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. CORTE SUPREMA, CASACIÓN EN EL FONDO, TREINTA Y UNO DE ENERO DEL DOS MIL TRECE, ROL N° 1.409-2012

INTRODUCCIÓN

El fallo que se aborda a continuación analiza una de las materias más esca-

blemente reguladas en el Derecho chileno, como es la relación entre la acción reivindicatoria, por una parte, y la acción de demarcación y cerramiento, por la otra. Se estima que la sentencia desecha la acción de demarcación y cerramiento en un caso en que ella procede: si se discute la posesión material de predios colindantes y nada se señala respecto de superposición de los títulos inscritos.

1. LOS ANTECEDENTES DEL RECURSO QUE SE COMENTA

El fallo que se analiza a continuación recae en los autos rol N° 1.380-2007, seguidos ante el Primer Juzgado Civil de Valparaíso, sobre demarcación, cerramiento y medianería en juicio sumario, caratulado Sánchez Ortega, Bortzartín Manuel con Smith Amparán, Grace. La sentencia de primera instancia, de fecha ocho de agosto de dos mil once, acogió la demanda, ordenándose proceder a demarcar con signos o hitos visibles, el límite poniente del denominado Lote 4, inscrito a fs. 2617 N° 3564, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso, del año 2001, de propiedad del actor (límite oriente del denominado Lote N° 3) y posteriormente a establecer un cerco divisorio, siempre a expensas comunes, en la forma expresada en el fundamento tercero, dentro del plazo de décimo día desde que esté ejecutoriado el fallo, teniendo el cerco divisorio a construir el carácter de medianero. La demandada apeló ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que por resolución, de veintiocho de

diciembre de dos mil once, confirmó el fallo recurrido. Ante ello, la parte demandada deduce un recurso de casación en el fondo, con respecto del cual resulta ganancioso (la Corte anula el fallo de segunda instancia).

2. LOS ANTECEDENTES DE HECHO DEL RECURSO

La CS decreta una nulidad de oficio de un fallo de segunda instancia por cuanto no se habrían examinado las probanzas del juicio, y dicta una sentencia de reemplazo que se analiza a continuación. En los autos se ha demandado de demarcación, de cerramiento y de medianería. El demandante expone que es propietario desde el año 2001 de un predio ubicado en calle Domingo Otaegui Manzana O, del lote cuatro de Laguna Verde, Valparaíso, el que visita de manera esporádica. Añade que el predio fue adquirido cerrado en el perímetro, pero sin los cercos medianeros. Agrega que el bien raíz aludido deslinda con el terreno de propiedad de la demandada, que es dueña del sitio 3 de la manzana O y que desde la fecha de adquisición de él ha tenido problemas con la contraria para acceder a su propiedad, más aún para intentar cercarla. Además, señala que la parte demandada eliminó un antiguo portón, sustituyéndolo sin su autorización por otro de material sólido e impidiéndole el ingreso a su propiedad. El demandante señala que la demandada había plantado una serie de árboles en el sitio que le pertenece, sin permiso ni título alguno, vulnerando el derecho de dominio del

demandante sobre el inmueble. La demanda se tuvo por contestada en rebeldía de la demandada. La demandante rindió prueba documental y testimonial y, por su parte, el demandado se valió de la instrumental y la confesional. Asimismo, se agregó informe pericial e inspección personal del tribunal. Los jueces de primera y segunda instancia dieron lugar a la demanda, argumentado:

“luego de mencionar los requisitos de procedencia de la acción, que efectivamente el actor aparece amparado por la inscripción de dominio que indica, y que entre los denominados lotes 3 y 4, no aparecen signos materiales que pongan en evidencia su cabida, lo cual queda de manifiesto con el mérito de la labor de la ingeniero geomensor, así como de lo constatado directamente en terreno por el tribunal”

y resuelven:

“la parte demandada no aparece amparada por un título de dominio inscrito y que ella misma dice ser sólo mera tenedora del predio, añadiendo que el dilucidar su estatuto jurídico, en cuanto como se relaciona con el denominado lote N° 3, escapa la finalidad de la acción ejercida en autos (considerando cuarto de la sentencia de nulidad)”.

La CS anula el fallo de segunda instancia por transgresión a los arts. 61, 169 y 170, N° 4 del *CPCy* 5 transitorio del auto

acordado sobre requisitos formales, que deben cumplir las sentencias definitivas, de 30 de septiembre de 1920.

3. LA CUESTIÓN DISCUTIDA:
 DELIMITACIÓN DE LAS ACCIONES
 REIVINDICATORIA, PRECARIO
 Y DEMARCACIÓN Y CERRAMIENTO
 CONFORME A LA TEORÍA
 DE LA POSESIÓN INSCRITA
 CON RELACIÓN A LA OCUPACIÓN
 DE UN VECINO DE PARTE DEL PREDIO
 COLINDANTE

El problema precedente, en la medida que los títulos que generen el conflicto estén inscritos en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, es abordado por lo que se ha denominado como la teoría de la posesión inscrita. Ella se configura entendiendo que la inscripción conservatoria cumple una función de adquisición, prueba y conservación de la posesión. Así, la inscripción es requisito (art. 724 del *CC*), garantía (arts. 728 inciso 2º, 730 inciso 2º y 2505 del *CC*) y prueba (art. 924 y 925 del *CC*) de la posesión del dominio y demás derechos reales sobre cosa corporal inmueble. La posesión en la medida que esté protegida por la inscripción conservatoria no se puede perder, sino por uno de los medios establecidos para cancelar la inscripción en el art. 728 inciso 1º del *CC*³, es decir, por medio de una

³ En este sentido cabe recordar que conforme al art. 728: “para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial”.

convención traslativa de las partes, que dieron lugar a la tradición, decreto del juez, o transferencia del derecho a través de la tradición.

El planteamiento básico de la teoría de la posesión inscrita, aplicada al tema que nos convoca, consiste en separar la tenencia material de la posesión a través de la inscripción. De este modo el “*animus*” y el “*corpus*” se transforman en irrelevantes, por cuanto para dar lugar a la posesión se requiere de un título inscrito⁴. Esta separación ha sido criticada como artificial⁵, y tiene excepciones entre las que se encuentran las inscripciones de papel y el saneamiento de la pequeña propiedad raíz (DL N° 2.695). Por lo que la ocupación de un vecino, respecto del predio colindante, puede ser en su totalidad, en cuyo caso podría dar lugar a una inscripción de papel respecto del poseedor inscrito, o sólo de una parte, en cuyo caso no se pierde la posesión. En esta última situación, el ocupante no adquiere la posesión por cuanto mientras subsista la inscripción el apoderamiento material no da lugar a la posesión, ni hace perder la posesión preexistente, conforme a los art. 724, 728 inciso 2º y 729 del *CC*. Por otra parte, la acción reivindicatoria es la que tiene el dueño o el poseedor regular, que está

⁴ En realidad, el Derecho siempre exigirá “*corpus*” y “*animus*” inicial, pero estos elementos por sí solos no bastan para dar lugar a la posesión sobre derechos reales inmuebles por cuanto siempre se requiere de inscripción del título.

⁵ El autor que ha tratado más profundamente esta crítica al sistema registral implementado por Andrés Bello es ATRIA, (2005), pp. 70-76 y (2011), pp. 229-236.

en vías de adquirir por prescripción adquisitiva (acción *publiciana*), contra el poseedor, y rara vez procede contra el mero tenedor (arts. 889, 895 a 897 del *CC*). En contra del mero tenedor, el dueño tiene la acción de simple precario, y eventualmente los interdictos posesorios. En otras palabras, respecto del tema analizado, la acción reivindicatoria sólo procede en la medida que haya un problema en los títulos inscritos, de lo contrario no puede ejercerse la acción reivindicatoria, por cuanto el vecino no adquirirá de ninguna manera la posesión, sólo será considerado como mero tenedor.

Para finalizar, la acción de demarcación y cerramiento consiste en el conjunto de operaciones que tienen por objetivo fijar los límites de separación de dos predios colindante de distintos dueños, mediante signos materiales (acción de demarcación) y, conforme a dicha operación cerrar ambos predios (acción de cerramiento). Se ha señalado que para acceder a esta demanda deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Que ambos predios sean colindantes;
- b) Que no exista delimitación visible entre los predios vecinos o que, si existe, ésta debe ir por un lugar distinto del que aparece y
- c) Que el ejercicio de la acción no envuelva la acción de reivindicación.

Finalmente, el hecho que los predios entre vecinos estén cerrados no implica que no se pueda entablar la acción de demarcación y cerramiento en la medida que ella no ha sido reali-

zada de común acuerdo ni ordenada por los tribunales⁶.

4. ACCIONES QUE PROCEDEN RESPECTO DE LA OCUPACIÓN DE UN PREDIO VECINO, EN CASO QUE LOS PROPIETARIOS ESTÉN ADSCRITOS AL RÉGIMEN DE POSESIÓN INSCRITA

La sentencia de la CS, de fecha 30 de enero del 2013, rol N° 1409-2012, declara la nulidad de oficio en la tramitación de un recurso de casación en el fondo, que resuelve problemas de demarcación y cerramiento, por una parte, y de reivindicatoria, por la otra, recurriendo a la obra del Luis Claro. A este respecto se cita en un acápite en la obra de Luis Claro que relaciona ambas acciones. En ella se abordan varios aspectos, la mayoría de ellos citados varias veces por la CS en otras sentencias, pero hay dos sobre los cuales vale la pena detenerse. En cuanto al primero, Luis Claro se hace una interesante pregunta que refiere a lo que sucede sí, en la acción de demarcación y cerramiento, se demanda una franja de terreno. Dicha pregunta la responde a nuestro entender acertadamente, recurriendo a la teoría de la posesión inscrita. Así, el gran civilista chileno señala:

⁶ En este sentido, el considerando sexto del fallo de la CS, de treinta de mayo de dos mil trece, autos rol N° 7.085-2012, resuelve: “sobre el conflicto sub lite, en particular, se ha sostenido que ‘no es demostración de que hay deslindes la existencia de un cerramiento, ya que es posible que éste –obra exclusiva tal vez de uno solo de los vecinos– ocupe un terreno que no es el de la línea separativa de los fundos contiguos’” (ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (1993), p. 197).

“¿No habría, en realidad, una reivindicación de la parcela de terreno comprendida entre las dos líneas que las partes, respectivamente, piden se fije como límite de los predios contiguos? *(se refiere a sí se solicita la restitución de una franja de terreno a través de una demanda de demarcación y cerramiento)*. No, porque lo que el demandante pide es que los mojones sean colocados en la línea de separación de los predios en que indica cuál es a su juicio esa línea, no reclama como de su propiedad una porción determinada de terreno; puede resultar de la demarcación una restitución del terreno; pero es una parte indeterminada, desconocida aún y que tal vez no existe. Cuando los hechos acreditados en la instancia, o la comparación de los títulos producidos en ella por las partes, prueban que el demandado posee una superficie más grande que la que expresa su título, por ejemplo, deberá restituir el exceso sin dejar por eso de ser una simple demarcación (lo destacado entre paréntesis y en cursiva es mío)”.

Hasta acá estamos totalmente de acuerdo con Luis Claro, pero luego agrega:

“por consiguiente, si las partes están en desacuerdo sobre la cabida de sus predios o si una de ellas sostiene haber adquirido la propiedad del suplemento de cabida que presenta su predio,

se trata entonces de una verdadera acción reivindicatoria, aunque se haya disfrazado con una petición de demarcación, pues es el derecho de propiedad sobre una parcela determinada el que se encontraría comprometido en el proceso”⁷ (considerando cuarto, de la sentencia de reemplazo).

El primer supuesto, al que se refiere Luis Claro, supone una diferencia en los títulos de las partes, o sea en las inscripciones, como cuando hay diferencias en las cabidas, como si en un terreno de dos hectáreas, los títulos de las partes señalan que hay tres, por cierto éste sería un caso de reivindicación. El supuesto no es un caso de reivindicación en la medida que el poseedor inscrito no pierde posesión alguna por la tenencia de un vecino, y éste malamente puede adquirir por prescripción adquisitiva. Así, en un caso que genere un conflicto en torno a la tenencia de parte del predio, y que no esté fijada la línea divisoria conforme a la ley, lo que procede es la acción de demarcación y cerramiento y eventualmente la acción de precario. No nos olvidemos de lo señalado con anterioridad, a propósito de la posesión inscrita, por tanto si hay un problema respecto de la posesión material o lo que de acuerdo con la teoría de la posesión inscrita se denomina como mera tenencia, no procede la acción reivindicatoria. Este yerro en la interpretación de este último pasaje de lo señalado por Luis Claro ha llevado a nuestra CS a exigir una acción reivindicatoria dónde se debe exigir una

⁷ CLARO SOLAR (1935), N° 1407, p. 104.

acción de demarcación y cerramiento, o una acción de precario.

5. SOLUCIÓN QUE SE CRITICA DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

La interpretación en torno a lo planteado por Luis Claro, se hace evidente en los considerandos quinto y sexto del fallo de reemplazo de la CS, que desecha la demanda al considerar que lo que procede es una acción reivindicatoria, y no una acción de demarcación y cerramiento. En este sentido, la referida sentencia resuelve, en el considerando quinto:

“la demarcación comprende dos operaciones: la fijación de los límites que separan los dos predios colindantes y la construcción o levantamiento en el terreno, en los puntos ya fijados, de los hitos o mojones que determinan la dirección de la línea de separación. Ambas operaciones tienen lugar cuando los propietarios no están de acuerdo sobre la línea divisoria de sus predios, o cuando esa línea es para ellos incierta y exige una interpretación de los títulos respectivos o una mensura que determine la superficie de cada inmueble y establezca así los puntos por donde deban pasar los deslindes y, como sostiene el autor antes mencionado, algo muy distinto acontece en la acción reivindicatoria, en que una de las partes pretende ser propietario de una parte del predio contiguo, o

bien en que cada uno de los litigantes reclama un trazado para la línea de separación de los predios y la controversia se suscita sobre la determinación misma de los límites.

En el caso en estudio la acción intentada por el señor Sánchez va más allá de los fines establecidos para la demarcación, toda vez que según se desprende del tenor de la demanda, de la testimonial ofrecida por el propio demandante a fojas 230 y siguientes, de la inspección personal del tribunal de fojas 332 y del informe pericial agregado a los autos, que *lo que intenta el pretensor es recuperar una parte de terreno que la demandada ha reclamado como de su posesión y que el actor reconoce es ocupado materialmente por aquella, circunstancia ésta corroborada por las probanzas referidas, de la cual aparece que el predio conforma el jardín de la casa que habita*. De suerte que esta materia debe ser motivo de otra acción y no la que se pretende; puesto que una controversia sobre este último aspecto es innegable que alteraría la naturaleza jurídica del problema a que pretende dar solución el citado artículo 842, pues dejaría de ser una cuestión de mera posibilidad de exigir a otro que contribuya a la construcción de un cerco medianero, para transformarse en un asunto netamente de dominio sobre los predios”.

El fallo, consecuentemente con lo señalado por Luis Claro, resuelve que un problema de ocupación de un terreno entre vecinos exige una acción reivindicatoria y no una acción de demarcación y cerramiento, pero deja de lado que si no existe yuxtaposición de los títulos inscritos no procede en ningún caso la acción reivindicatoria y desecha la posición de Arturo Alessandri conforme a la cual lo relevante para el cual el que se haya cerrado el predio por un vecino, sin el consentimiento del otro, ni orden judicial, no es impedimento para accionar de demarcación y cerramiento.

6. CONCLUSIÓN

En virtud de la acción de demarcación y cerramiento, conforme al art. 842 del *CC*:

“todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes”.

Esta acción es independiente de la acción reivindicatoria, conforme a la cual la pretensión del actor es la restitución de la posesión, que en materia de posesión inscrita exige que haya una controversia en torno a los títulos registrales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC (1993). *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2005). “Derechos reales”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2. Comentario de la jurisprudencia del año 2004. Legis, Peñalolén y Viña del Mar.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2011). “La tierra para el que la trabaja”. *Estudios de Derecho Civil VI*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010, Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2008). *Leciones de derecho civil chileno. De los bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Colección de Manuales Jurídicos, N° 119, tomo IV.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (dir.) (2010). *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Thomson-Reuter Puntotext, cuatro tomos.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011). *Personas y bienes. Tratado de jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Thomson Reuters tomos I y II.
- BELMAR, Eduardo (1948). “Sobre utilidad sobre la posesión viciosa”, *RDJ*, tomo 45, Derecho. Santiago.
- CLARO SOLAR, Luis (1935). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Imprenta Nascimento, tomo Noveno: De los bienes, IV.
- HERRERA REYES, Luis (1960). “Sobre la teoría de la posesión en el Derecho Romano. La llamada propiedad bonitaria”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 113, año XXVII/julio-septiembre. Concepción.

MOSQUERA RUÍZ, Mario y Cristián MATURANA MIQUEL (2010). *Los recursos procesales*. 2ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

TRUCCO, Humberto (1910). “Teoría de la posesión inscrita, dentro del Cód-

digo Civil Chileno”. *RDJ*, tomo 7. Santiago.

URRUTIA, Leopoldo (1928). “Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chilena”. *RDJ*, tomo 31. Santiago.