



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**“VULGARIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA EN
CONFLICTOS ACERCA DE LA DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES
ENTRE TERRENOS COLINDANTES DESDE LA JURISPRUDENCIA Y LA
DOCTRINA”**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CARLOS HERNÁN BADILLA JORQUERA

JOSÉ ANTONIO VALENZUELA MAC-KELLAR

PROFESOR GUÍA: CRISTIÁN ANTONIO BANFI DEL RÍO

SANTIAGO DE CHILE

Enero de 2017

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN.....	7
1. La vulgarización del derecho de bienes y las ventajas que ofrece la claridad normativa de la regulación de la propiedad en un ordenamiento jurídico	7
2. ¿Se alcanzaron los objetivos que Andrés Bello tuvo a la vista al instaurar la posesión inscrita de los bienes inmuebles? Revisión desde las disputas acerca de los deslindes entre terrenos colindantes	14
CAPITULO I: PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA	18
1. Hechos de la causa y partes involucradas.....	18
2. Pretensión de la Comunidad: la disputa acerca de los terrenos debe ser objeto de las acciones de demarcación y cerramiento	19
3. Pretensión de las Demandadas: la controversia trata acerca del dominio de porciones de terreno, lo que es objeto de una acción reivindicatoria, y no de las acciones de demarcación y cerramiento	20
4. Decisión de los jueces de fondo: improcedencia de las acciones de demarcación y cerramiento, y la procedencia de la acción reivindicatoria.....	21
CAPITULO II: PRINCIPALES ACCIONES QUE SIRVEN PARA PROTEGER LA POSESIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES.....	25
1. Reseña de la “teoría de la posesión inscrita”	25
2. Posiciones jurídicas frente a un bien inmueble en el derecho chileno	28
2.1. Dominio y posesión.....	29
2.2. Mera tenencia	30
2.3. Precario.....	31
3. Acciones para tutelar la posesión de los bienes inmuebles en el derecho chileno	31
3.1. Acción de dominio o reivindicatoria	32
3.2. Acción de demarcación	34
3.2. Acción de precario	37
3.3. Querrela de amparo	40
CAPITULO III: REVISIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS ACCIONES REIVINDICATORIA Y DE DEMARCACIÓN EN DISPUTAS ACERCA DE LA DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES DIVISORIOS ENTRE TERRENOS ..	44

1. Naturaleza de la acción de demarcación.....	45
2. ¿En qué casos procede la acción de demarcación?.....	48
3. La importancia de la existencia y antigüedad de un cerco o cierre entre los predios colindantes	52
4. ¿Puede la acción de demarcación afectar terrenos que se encuentran materialmente ocupados por la parte demandada, disponiendo su restitución al demandante?	56
5. Diferencias entre la acción de demarcación y la acción reivindicatoria.....	61
6. Comentarios y directrices a destacar de los fallos citados sobre las acciones de demarcación y reivindicatoria.....	63
6.1. El objeto de la acción de demarcación es la determinación jurídica y material de los deslindes establecidos en los títulos de propiedad.....	64
6.2. La jurisprudencia ha determinado los requisitos para que proceda la acción de demarcación	65
6.3. La acción de demarcación no procede si con ella se persigue privar al demandado de una porción de terreno que él “ <i>posee</i> ” materialmente.....	67
CAPITULO IV: UNA NECESARIA REVISIÓN DE LA ACCIÓN DE DEMARCACIÓN ANTE LA EXTENSIVA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA	72
1. La desnaturalización de la acción reivindicatoria en conflictos sobre deslindes	72
2. La acción de demarcación como traducción de la inscripción en los hechos.....	76
3. La demarcación y cerramiento frente a la superposición de los títulos inscritos	80
4. Avances hacia una posible acción de restitución de carácter general y la necesaria reforma al sistema registral.....	84
4.1. Utilidad de las acciones declarativa y restitutoria de dominio.....	84
4.2. La postergada y necesaria reforma al Reglamento del Conservador de Bienes Raíces88	
CONCLUSIÓN	92
BIBLIOGRAFÍA	97

RESUMEN

El presente trabajo trata de los problemas que han tenido los tribunales de justicia para resolver disputas acerca de límites físicos entre terrenos colindantes, y los vaivenes jurisprudenciales sobre el ámbito de aplicación de las acciones de demarcación y cerramiento en relación a la acción reivindicatoria y otras acciones aplicables. En este sentido, nuestra hipótesis es que los tribunales superiores de justicia han definido a la acción reivindicatoria como la acción por excelencia para resolver este tipo de disputas, incluso en casos donde la aplicación de la acción de demarcación pareciera ser más adecuada. Sostendremos que lo anterior ha llevado a una desnaturalización de la acción reivindicatoria, al utilizarla de una forma que no se puede conciliar con la teoría de la posesión inscrita que, como veremos, inspiró a Andrés Bello en este tema.

Para ello, analizaremos la doctrina que domina esta materia y otros criterios que se han propuesto para solucionar este tipo de controversias, para luego interpretar la nutrida jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en esta área en relación a las normas pertinentes del Código Civil y los principios en que las mismas se inspiran. Lo anterior nos permitirá proponer soluciones al problema del concurso de acciones reales en litigios sobre deslindes entre propiedades vecinas, tales como la posibilidad de incorporar nuevas acciones a nuestro catálogo de remedios civiles o incluso de evaluar la necesidad de reformar la normativa vigente del sistema registral, de modo de impedir la ocurrencia de problemas que originan las disputas a las cuales hacemos alusión a lo largo de este trabajo.

Concluiremos que el razonamiento judicial en esta materia sacrifica la armonía de la teoría de la posesión inscrita y la “vulgariza”, dejando en evidencia la carencia de acciones restitutorias en el derecho de bienes inmuebles, lo que ha permitido la intromisión de la acción reivindicatoria en casos en los cuales no procede. Ello muestra la necesidad de una revisión de las instituciones que informan el derecho de bienes para enfrentar adecuadamente los problemas que se suscitan en su aplicación práctica, revisión que hacemos en el presente trabajo.

INTRODUCCIÓN

1. La vulgarización del derecho de bienes y las ventajas que ofrece la claridad normativa de la regulación de la propiedad en un ordenamiento jurídico

“La propiedad es como esas sinfonías que nunca fueron terminadas. Todos reconocen la obra y su importancia, pero al final sabemos que le falta una parte. (...) El problema es que escuchar una obra musical sin terminar nos deja con la intriga de cómo hubiera sido, con una suerte de curiosidad cultural que, finalmente, nos deja seguir viviendo. Pero cuando el sistema de propiedad se queda a medias deja a seres humanos de carne y hueso sin soluciones que permitan resolver sus problemas respecto al uso de los bienes”¹.

Esta elocuente cita del profesor Alfredo Bullard nos suena tan común como si personificara a nuestro propio ordenamiento. Quizá ello sea así porque esta enunciación encierra una problemática que ha trascendido a todas las legislaciones continentales que codifican lo que se denomina “*derecho de los bienes*” y que refiere a los vacíos o deficiencias que va presentando la aplicación práctica de las normas, principalmente las que conciernen a la forma en que las personas pueden adquirir y proteger una determinada “titularidad” sobre ciertos bienes, idea acuñada bajo un concepto amplio como el de “dominio” o “propiedad” o bajo otras “desmembraciones” de este derecho².

Llevemos esta propiedad inconclusa a un caso práctico: una persona “X” entiende que el título inscrito que le permite estar en posesión de un terreno de dimensiones determinadas corresponde a una porción de tierra que actualmente se encuentra dentro de los límites físicos de un predio colindante en posesión de “Y”. X ejerce la acción de demarcación contemplada en el artículo 842 del Código Civil acción que, como su nombre indica y según se verá más adelante, tiene por finalidad fijar materialmente los deslindes entre dos predios colindantes. De

¹ BULLARD, A. (2008). La Propiedad Inconclusa. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, Volume 3, Issue 1, Article 7, p. 1.

² PEÑAILILLO, D. (2006) Los Bienes. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 193.

esta forma, X busca que se fijen los límites que lo separan del predio de Y, basándose en los deslindes que los propios títulos inscritos contienen. A la luz de cierta doctrina y especialmente de parte importante de la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales de justicia, según veremos a lo largo de este trabajo, Y contestará que la demarcación propuesta por X incluye una parte de terreno del que Y se encuentra actualmente en posesión material, por lo que X estaría desnaturalizando la acción, buscando por este medio reclamar el dominio del pedazo de terreno que queda comprendido en esta disputa, por lo que no sería la acción de demarcación sino que la *acción reivindicatoria* del artículo 889 del Código Civil la adecuada para dicho propósito.

Este tipo de disputas, como se verá en alguna de las sentencias descritas a lo largo de este trabajo, se han presentado de manera frecuente en nuestros tribunales de justicia. En ellas se ha podido apreciar cómo hasta el día de hoy existe una relativa incertidumbre en el ámbito de aplicación de las distintas acciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico en relación a los bienes inmuebles. Analizaremos cómo la jurisprudencia más reciente ha resuelto este tipo de controversias, así como los diversos problemas e inconsistencias que se pueden observar, en nuestra opinión, en el alcance que le han dado a la acción reivindicatoria, de demarcación y a otras acciones interpuestas.

Esta problemática, que nace a partir de la equívoca determinación del alcance de los remedios civiles en nuestro derecho de bienes y que se reflejará en esta memoria en el caso puntual que hemos denominado la “*Vulgarización de la teoría de la posesión inscrita por los tribunales de justicia en casos de delimitación de terrenos colindantes*”, adquiere una vital importancia por la sencilla razón de que estamos ante una institución trascendental que tiene consecuencias inmediatas en la vida diaria de las personas.

La propiedad, como institución de la sociedad y no solo del derecho, ha adquirido suma importancia, fruto de la propia evolución que ha sufrido el concepto a lo largo de los siglos con el devenir de las distintas culturas jurídicas que han intentado explicar y determinar su contenido y propiedades. Fiel reflejo de este fructífero crecimiento es la extensa regulación de su contenido en nuestro Código Civil, que le dedica un título entero y una enorme cantidad de

artículos dispersos en, a lo menos, todos los libros que lo componen, y en conjunto con la normativa complementaria dictada a través de sus 159 años de existencia³.

Pero todo este amplio ordenamiento regulatorio siempre ha descansado en la que resulta ser su norma fundante y que ha sido la protección que se le ha dado a través de nuestras diversas Cartas Fundamentales⁴, que presenta, quizá, su máxima expresión a partir de la Constitución de 1980 y en particular su artículo 19 N° 24. Ello no es sino la expresión latente que, por lo menos, le dieron los diversos artífices de estas Cartas Fundamentales a un concepto que es ensalzada en nuestro ordenamiento como la vía para la acumulación individual de riqueza y para la interacción de los individuos en orden a la satisfacción de sus diversas necesidades. Es así como la concepción más liberal de dicha institución ha señalado que el derecho de propiedad no es sino una expresión latente del desarrollo de la libre personalidad del sujeto⁵. En este sentido, filósofos como David Hume, han expuesto que las dificultades en el establecimiento de cualquier sociedad se encuentran en la regulación y la restricción de la pasión del ser humano por adquirir bienes y posesiones, que resulta insaciable, perpetuo,

³ Gran valor adquiere, para los términos de este trabajo, la normativa complementaria sobre posesión de bienes inmuebles, destacando el Decreto Ley N° 2.695 que “Fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella”. A este DL anteceden otras normativas que también buscaron similares objetivos: ATRIA, F. (2004). *Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004*. En: Revista de Derecho (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, n° 2, 2005, p. 78.

⁴ Como antecedente, la relación entre el derecho de propiedad y las diversas Constituciones que Chile ha tenido desde su independencia, procede incluso de los años 1818 y 1822, con las Constituciones Provisorias del proceso de formación de la república. Luego de ello, ha trascendido a través de todas las Constituciones que la precedieron. En: COLLINS, C. y SABAJ, J. (2008). *Derecho de Propiedad, Limitaciones y Expropiación*. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas: Facultad de Derecho Universidad de Chile. pp. 37 y ss.

⁵ Elocuente en este aspecto es la explicación de LOCKE, J. (*Ensayos sobre el Gobierno Civil*. Aguilar S.A. Ediciones Juan Bravo, Madrid, 1989. p. 27), al señalar que “Dios ha dado el mundo a los hombres en común; pero puesto que se lo dio para beneficio suyo y para que sacasen del mismo la mayor cantidad posible de ventajas para su vida, no es posible suponer que Dios se propusiese que ese mundo permaneciese siempre como una propiedad común y sin cultivar. Dios lo dio para que el hombre trabajador y racional se sirviese del mismo (y su trabajo habría de ser su título de posesión); no lo dio para el capricho de la avaricia de los individuos peleadores y disputadores. (...)”. COOTER, R. y ULEN, T. (*Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 100) citando a BLACKSTONE W., “no hay nada que avive de modo tan general la imaginación y encienda las pasiones de la humanidad, como el derecho de propiedad; o sea ese dominio único y despótico que un hombre reclama y ejerce sobre las cosas externas del mundo, en una total exclusión del derecho de cualquier otro individuo del universo (...)”. A esta visión se opone ROUSSEAU, J.J. (*El Contrato Social*. Editorial Losada, Buenos Aires. p. 324), de quien se puede inferir que la propiedad es más bien una construcción cultural que nace de las necesidades del hombre a través de la historia, postulando que conforma gran parte de su obra célebre para explicar el origen de las naciones.

universal y directamente destructora de la sociedad, al dar rienda suelta a sus más primitivos instintos y movimientos⁶.

Por tanto, el contraste entre los vacíos de dicha legislación y la importancia de la propiedad para las personas, nos lleva necesariamente a concluir que los problemas que genera la incertidumbre en torno a los remedios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas, especialmente en esta rama del derecho, afectan el desarrollo de las personas y la sociedad en su conjunto. Como señaló David Hume, “*A pesar de que el establecimiento de la regla de estabilidad en la posesión resulte algo no solamente provechoso, sino incluso absolutamente necesario para la sociedad humana, nunca podrá tener eficacia alguna mientras permanezca en términos tan generales*”⁷.

Por tanto, un *derecho de los bienes* que presente márgenes claros y entendibles para la población en general, no solo permite la comprensión general del contenido de la norma, por ende del derecho, y promueve su efectivo ejercicio, sino también contribuye al beneficio económico y social. En efecto, un derecho de bienes claro es el motor de las sociedades librecambistas como la nuestra, permitiéndoles aprovecharse de todas sus ventajas. Así, como señala el profesor Alfredo Bullard, “*cuando el titular tiene un derecho en exclusiva, puede apropiarse de la integridad del beneficio que genera el bien. Al ocurrir ello tiene el incentivo de realizar las inversiones necesarias para generar el beneficio, con lo cual se motiva la producción. Por ello uno comienza a construir en un terreno cuando recibe el título de propiedad sobre el mismo. Si no, retrasa su inversión*”⁸.

La reglamentación de esta rama, por tanto, no solo tiene un carácter histórico sino que atiende fundamentalmente a la importancia de la propiedad dentro del quehacer de las

⁶ HUME, D. (1988). *Tratado de la Naturaleza humana*. Editorial Tecnos, Cuarta Edición, Madrid. p. 660. En esta misma línea, es famoso el artículo publicado por HARDIN, Garret. “*The Tragedy of Commons*”, Publicada en Science, v. 162 (1968), pp. 1243-1248 (traducción de Horacio Bonfil Sánchez) quien lleva este argumento al extremo, y expone las problemáticas asociadas al desarrollo y ejercicio de estas características de la personalidad de los seres humanos respecto a la propiedad de las cosas en el mundo actual.

⁷ HUME, D. (1988). *Tratado de la Naturaleza humana*. Editorial Tecnos, Cuarta Edición, Madrid. p. 673. Incluso, en la sección III de este libro denominado “De las reglas que determinan la propiedad”, el filósofo busca construir un régimen que permita a una persona particular el disfrute de bienes específicos, con independencia de la utilidad resultante de su posesión por parte de cualquier otra persona, estableciendo la conformación de diversos modos que permitirían particularizar la propiedad en una persona determinada, lo que sirve de antecedente para la construcción de un derecho de bienes en cualquier ordenamiento jurídico.

⁸ BULLARD, A. (2008). *Op. Cit.* p. 2.

personas y de la ordenación del Estado en su conjunto. En este segundo caso, la propiedad no es sino la piedra angular que permite el desarrollo de las actuales economías basadas en la libre iniciativa privada y en la acumulación de riqueza personal.

Por lo mismo, la necesidad de un derecho de bienes que no presente grietas o que su base se encuentre construida sobre principios sólidos brinda estabilidad no solo a las relaciones interpersonales sino fundamentalmente al mantenimiento de una normativa que debe otorgar respuestas claras y coherentes ante las distintas disyuntivas que plantee el sistema.

En nuestro derecho, y amparados en la tradición codificadora que inspiró la dictación de nuestro Código Civil, gran parte de esta estabilidad se ha otorgado a partir de reglas claras que permiten entender, de antemano, las posibilidades que tienen las personas de adquirir el dominio de un bien y situarlos en su patrimonio personal. Así, nuestro Código Civil establece los denominados *modos de adquirir el dominio* que no son más que expresiones de esta idea central del derecho de bienes: otorgar la seguridad necesaria que necesitan ya sea los sujetos o la propia economía para poder dar paso al libre juego de la iniciativa privada entre los particulares, estableciendo, de antemano y de forma clara, las limitaciones al mismo.

Dentro de esta misma lógica, y estimando que la libre circulación de la riqueza como motor de la economía de libre mercado demanda la mayor facilidad para la realización de intercambios entre los partícipes de una sociedad, nuestro Código tuvo especial énfasis en la regulación de *la tradición*, institución derivada desde el derecho romano y que antes de llegar a nuestro ordenamiento, venía precedida de una notable evolución jurídica, considerada como el modo de adquirir que proviene precisamente del intercambio entre particulares dentro de cualquier sociedad.

Precedido por ello, una de las regulaciones más trascendentales de nuestro Código Civil respecto al derecho de propiedad es, sin lugar a dudas, la relativa a la adquisición, mantención y pérdida de la propiedad respecto de los bienes raíces o inmuebles.

Quizá motivado por un afán proteccionista hacia el bien raíz, como un bien de radical importancia en nuestra sociedad dado el alto valor que presenta, y las posibilidades que otorga para el libre desarrollo de los sujetos en torno a otras instituciones del Código Civil, como lo

es la familia, las obligaciones, la sucesión, entre otras⁹, o ya sea por un afán eminentemente político, proteccionista y de garantía hacia la clase oligárquica que a la fecha de dictación del Código gobernaba nuestro país a través de la propiedad sobre grandes extensiones de terreno a lo largo de Chile¹⁰, Andrés Bello puso especial énfasis, y así lo deja claro en el Mensaje que inspira el Código Civil, en que la regulación que actualmente mantiene nuestro ordenamiento sobre la propiedad en bienes inmuebles era una innovación en Chile que buscaba ciertos propósitos.

Por ejemplo, don Andrés Bello señaló en el Mensaje redactado para el Poder Ejecutivo de la época dirigido por Manuel Montt y enviado al Congreso el año 1855, proponiendo la aprobación del Código Civil, que una novedad que presentaba el proyecto era que la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituidos en ellos se haría por inscripción en un registro semejante al que las hipotecas y censos, buscando como interés otorgar una completa publicidad a los registros.

Es así como, continúa, para cumplir con este propósito hace obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de los bienes raíces, incluso las transmisiones hereditarias, con el afán de establecer a la inscripción como única forma de hacer la tradición de bienes raíces.

Pero, en una muestra de la claridad y dedicación con la cual trabajó en este tema, Andrés Bello no propuso en su proyecto de Código relacionar de manera directa a la inscripción con el dominio, ya que, en sus palabras, aquello habría significado que luego de la dictación del Código toda persona que quisiera inscribir sus bienes tendría que justificar sus calidades de dueño ante el Conservador, lo que evidentemente traería un sinnúmero de problemas atendiendo

⁹ Como señala PEÑAILILLO, D. (2006). *Los Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 243-244, "(...) En otro sentido versando sobre el suelo del país, el Registro inmobiliario emerge como una institución de interés público por referirse al derecho patrimonial fundamental, la propiedad; por su trascendencia económica (que se radica en la seguridad del tráfico inmobiliario y en la recaudación tributaria), y por su relación con la seguridad nacional (considerando que el territorio es el asiento físico de la respectiva nación)". Luego agrega que es la seguridad del tráfico inmobiliario, mediante la publicación de la titularidad y del estado integral del predio, el objeto fundamental de un Registro predial.

¹⁰ Como expone ATRIA, F. (2004). *Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004*. En: Revista de Derecho (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, n° 2, 2005, p. 76, el régimen de posesión inscrita está construido para amparar los intereses de los grandes terratenientes de la época, quienes podían conocer la ley y por tanto resguardar sus haciendas para que recibieran la debida protección de la ley, distinto a los campesinos o trabajadores de las ciudades que no tenían fácil acceso a asesoría jurídica y que por tanto veían dificultoso su acceso a la propiedad inmobiliaria.

principalmente a la forma de adquirir el dominio de los bienes raíces y a la precariedad de la época. Por tanto, aclara que atendiendo a dicho propósito, la inscripción que se proponía en el Código Civil solo otorgaría la posesión del bien raíz, manteniendo los derechos del verdadero propietario que se extinguirían, en definitiva, por el paso del tiempo a través de la prescripción adquisitiva.

Sin duda, dicha medida habla de lo acertada de la decisión de Bello de instaurar un cambio gradual en la cultura jurídica de la época, al no obligar a las personas a inscribir sus propiedades y demostrar el dominio de las mismas en los registros que se crearían, sino de incentivar su inscripción a través del establecimiento obligatorio de las *tradiciones* que se hicieran con los bienes raíces. Como la propiedad raíz, como todo bien, sería parte de algún acto traslativo de dominio, ese sería el momento en que dicho inmueble entraría y sería parte del registro administrado por el *Conservador de Bienes Raíces*, y el momento en que se le otorgaría la certeza a su titularidad, a través del paso del tiempo mediante la prescripción adquisitiva.

Por tanto, sin lugar a dudas, el Mensaje es una muestra fiel de la legislación instaurada por nuestro Código Civil respecto de los bienes raíces, por medio de la cual la doctrina ha construido lo que se ha denominado la *Teoría de la Posesión Inscrita*, es decir, que la única forma que estableció el Código para poder adquirir un bien raíz es mediante la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces del domicilio del inmueble, y que mientras subsista esa inscripción, el poseedor podrá consolidar su dominio de la propiedad por el transcurso del tiempo a través de la prescripción adquisitiva¹¹. Así, parte importante de la doctrina ha señalado de forma reiterada que bajo la teoría de la posesión inscrita, la inscripción pasaría a ser requisito, prueba y garantía de la posesión sobre un bien raíz¹².

¹¹ El mensaje del Ejecutivo para aprobar el Código Civil es claro al respecto, "(...) *La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna*".

¹² Así se han pronunciado: TRUCCO, Humberto. *Teoría de la posesión inscrita*, dentro del Código Civil. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo VII, Nro. 6. p. 131-155. ; ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Tratado de Los Derechos Reales*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2010; CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen IV, De Los Bienes*.

El objetivo de la posesión inscrita instaurada por Bello está presente, nuevamente, en el mismo Mensaje que inspira el Código Civil Chileno y de la siguiente manera, “(...) *son patentes los beneficios que se deberían a este tipo de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos*”.

2. ¿Se alcanzaron los objetivos que Andrés Bello tuvo a la vista al instaurar la posesión inscrita de los bienes inmuebles? Revisión desde las disputas acerca de los deslindes entre terrenos colindantes

No obstante los fines que inspiraron la teoría de la posesión inscrita, podemos afirmar, 159 años después de su entrada en vigencia, que dichos propósitos no han sido alcanzados.

Pues bien, uno de los grandes obstáculos a la aplicación de la teoría de la posesión inscrita se ha dado a partir de las disputas por la determinación de los límites entre dos terrenos, litigios en los cuales la jurisprudencia ha solucionado la controversia, en nuestra opinión, de una forma que desnaturaliza la acción reivindicatoria (cuando esta se entiende de forma armónica con la teoría de la posesión inscrita) o la aplica a casos en los cuales no debiese proceder, incluso en forma abiertamente contraria a los principios que inspiran la posesión inscrita y el régimen posesorio relativo a bienes inmuebles en nuestro Código Civil.

En términos simples, y según evidenciaremos a lo largo de este trabajo, la jurisprudencia se ha decantado por aplicar esta acción a todo litigio que concierna a problemas de límites entre dos predios colindantes, valiéndose de conceptos desconocidos para la teoría de la posesión inscrita, como es el de la “*posesión material*” de los inmuebles, inspirados en los conceptos romanistas del corpus y el animus, incorporados a nuestro ordenamiento a través de

Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979. . Lo mismo se ha sostenido reiteradamente por la Corte Suprema. En la otra vereda, con ciertos cuestionamientos el primero, o enarbolando la teoría de la posesión material el segundo: PEÑAILILLO, Daniel. *Los Bienes*. La Propiedad y otros Derechos Reales. Editorial Jurídica de Chile, IV Edición, año 2010; URRUTIA, Leopoldo. Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil Chileno. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXI, 1934, pp. 5-12.

la definición de posesión del artículo 700 del Código Civil, pero sin hacer alusión a los problemas que implica la aplicación de estos preceptos en el contexto de la teoría de la posesión inscrita.

Sumado a ello, la jurisprudencia actual de los tribunales ordinarios de justicia nos muestra que en esta discusión pueden intervenir varias acciones contempladas para la protección del dominio, de la posesión o con otros propósitos. Entre ellas podemos mencionar a las acciones de demarcación y cerramiento del artículo 842 del Código Civil, la acción reivindicatoria, los interdictos posesorios, la acción de precario contemplada en el inc. 2º del artículo 2195 del Código Civil, la denominada “acción reivindicatoria del artículo 915 del Código Civil” y la acción de protección del artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Sin embargo, a pesar de todo este entramado jurídico que solo refleja los lugares grises que rodean el sistema de acciones relacionado con el derecho de los bienes, nuestra jurisprudencia ha situado en un lugar de privilegio a la acción reivindicatoria del artículo 889 del Código Civil, incluso desnaturalizando su uso, de acuerdo a lo que el propio Código establece. En efecto, veremos que existen situaciones que podrían ser solucionadas mediante la acción de demarcación, o que encontrarían respuestas más apropiadas si aceptáramos la incorporación de acciones innominadas a nuestro ordenamiento jurídico, tales como la acción declarativa de dominio o de restitución del bien inmueble.

Creemos que la forma cómo los tribunales han fallado no solo demuestra lo atingente de la controversia sino también evidencia que la jurisprudencia en no pocas ocasiones pasa por alto los principios que inspiran el régimen de posesión de bienes inmuebles en nuestro Código, modificando en la práctica la forma en que esta fue entendida por Andrés Bello y priva al título inscrito de las virtudes que el autor del Código Civil le quiso otorgar.

Nos parece criticable que la Corte Suprema haya consagrado a la acción reivindicatoria como la acción por antonomasia para resolver toda disputa relativa a límites entre predios colindantes. Creemos que el razonamiento manifiesto en los fallos recientes que se analizarán en este trabajo es incompatible con un correcto entendimiento del régimen imperante de la posesión inscrita de los bienes raíces.

Este trabajo se divide en cuatro capítulos. En el primer capítulo se mostrará, de forma general, a través de la exposición de un caso que se encuentra actualmente en tramitación en los tribunales de justicia, el problema de determinar la acción adecuada para resolver las disputas relativas a deslindes entre terrenos colindantes.

En el segundo capítulo se examinarán la acción reivindicatoria y de demarcación, y en lo que sea pertinente se observarán de forma somera otras acciones relacionadas con la protección del dominio y la posesión sobre bienes inmuebles, con el fin de precisar las características particulares de cada una de ellas.

En el tercer capítulo se analizarán algunos de los fallos más recientes y relevantes de los tribunales de justicia respecto al alcance de las acciones de demarcación y cerramiento y de sus diferencias con la acción reivindicatoria. Junto a ello, se distinguirán algunas directrices dadas por la jurisprudencia para preferir la aplicación de una de estas acciones sobre las otras en un caso concreto, y la posición actual de la Corte Suprema respecto de este problema.

En el cuarto capítulo se revisarán las diversas controversias que surgen a partir de la manera en que la jurisprudencia ha expandido el ámbito de aplicación de la acción reivindicatoria. Se analizará esta aplicación extensiva en relación con el sistema registral y la teoría de la posesión inscrita, se evaluará la posibilidad de solucionar los conflictos de deslindes entre predios colindantes mediante otras acciones posesorias, se dará cuenta de la importante función que puede cumplir la acción de demarcación en nuestro ordenamiento, se mencionarán las posibles soluciones legislativas para superar las barreras que impone la teoría de la posesión inscrita, se sintetizarán las soluciones propuestas por un sector de la doctrina nacional, y se expondrán los evidentes cambios que requiere un sistema registral sin reformas significativas desde hace décadas.

Finalmente, expondremos las conclusiones que se siguen del análisis precedente.

CAPITULO I: PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Antes de entrar al fondo del problema, resultará clarificador exponer la controversia mediante un caso real que refleja el tipo de conflictos que serán objeto de este trabajo, a saber el juicio entre *Comunidad Agrícola Cuesta el Manzano* (la “Comunidad”) y Energía Latina S.A., Enlasa Generación Chile S.A. y Sociedad Agrícola Lagunillas S.A. (las “Demandadas”), tramitado ante el 1° Juzgado de Letras de Coquimbo en los autos Rol C-2680-2008.

1. Hechos de la causa y partes involucradas.

La Comunidad interpuso una acción de demarcación y cerramiento en contra de las Demandadas, solicitando que se determinara el lugar exacto por donde atravesaba la línea divisoria que constituía el deslinde que separa al predio denominado “*Cuesta el Manzano*” –de dominio de la Comunidad– de dos lotes pertenecientes a los Demandadas, todo ello en razón de los títulos que cada una de las partes tendría respecto a esos terrenos.

La Comunidad fundó su pretensión en que era dueña, en virtud de la ley y por sentencia judicial dictada el año 1977 en conformidad con el Decreto con Fuerza de Ley N° 5 del año 1968¹³, del inmueble antes aludido, comprendido dentro de ciertos deslindes señalados en dicho fallo.

Con posterioridad, el inmueble fue inscrito a nombre de la Comunidad en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Coquimbo el año 1977, inscripción que en 1994 fue trasladada al Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Andacollo. Por lo tanto, hasta la fecha de la interposición de la demanda, la inscripción seguía vigente.

¹³ Decreto con Fuerza de Ley N° 5, publicado el 17 de Enero de 1968, es el antecedente más importante de la denominada “Ley de Comunidades Indígenas”, que ha sufrido diversas modificaciones significativas (la última de ellas mediante Ley N° 19.233 de 1993). Al respecto, SOTO, E. y GIMENO, J.C. (2015). *Garantía Constitucional a la Propiedad en Especies de Propiedad Comunitaria. La Protección constitucional en las comunidades agrícolas reguladas en el D.F.L. N° 5 del Ministerio de Agricultura, del año 1968*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Por su parte, la Sociedad Lagunillas S.A. era dueña de un terreno colindante con dicho inmueble, también inscrito y cuyo título refleja sus deslindes. Dicho terreno habría pertenecido a una de las socias de la Sociedad Lagunillas S.A., predio que habría ocupado aproximadamente 200 hectáreas del inmueble de propiedad de La Comunidad. Por este hecho, la Comunidad interpuso una acción reivindicatoria en contra de la propietaria de dicho terreno y el Juzgado de Letras de Coquimbo estimó, en sentencia definitiva de 30 de junio de 1993, confirmada por la Corte de Apelaciones La Serena con fecha 20 de mayo de 1994, que la extensión de terreno en disputa le pertenecía a la Comunidad y que la antigua propietaria del terreno debía ser considerada como poseedora de mala fe.

Sin embargo, 2 meses después del fallo de primera instancia, la antigua propietaria del inmueble junto a sus hijos constituyeron la Sociedad Lagunillas S.A., aportando el inmueble en cuestión, el que incluía las 200 hectáreas reclamadas por la Comunidad. Ello impidió a la demandante ejecutar la sentencia, ya que no se cumplían los requisitos de la triple identidad de la cosa juzgada, como lo declaró el tribunal. Esto obligó a la Comunidad a iniciar un nuevo proceso, ahora en contra de Sociedad Lagunillas S.A. Esta última, además, vendió dos lotes de terrenos a las sociedades Energía Latina y Enlasa a fin de desarrollar proyectos termoeléctricos en la zona de Andacollo.

Debe aclararse que los títulos que acreditan el dominio de los inmuebles de las Demandadas no presentan conflicto alguno con los predios pertenecientes a la Comunidad. En efecto, la controversia radica en la ocupación material por las Demandadas de 200 hectáreas de propiedad de la Comunidad.

2. Pretensión de la Comunidad: la disputa acerca de los terrenos debe ser objeto de las acciones de demarcación y cerramiento

La Comunidad interpuso las acciones de demarcación y cerramiento en contra de las Demandadas por medio de las que solicitó, al tenor de los deslindes señalados en el título e interpretando los mismos a través de una inspección personal del tribunal e informes de

peritos, que el juez determinara, de acuerdo a las respectivas inscripciones, dónde debía ubicarse la línea divisoria que separa los terrenos de la Comunidad de aquellos de las Demandadas.

En opinión de la Comunidad, la acción de demarcación, de acuerdo a los artículos 842 y 843 del Código Civil, procedería tanto en los casos en que no existe delimitación alguna entre los predios vecinos como cuando, existiendo un deslinde, éste debe ir por un lugar diferente a aquel por donde corre actualmente.

Estas causales permitirían que las acciones de demarcación y cerramiento cumplieran con sus objetivos a través de dos etapas sucesivas: primero en una fase *jurídica* en la cual el juez determina la procedencia de la acción y, por consiguiente, los deslindes entre los predios colindantes, y enseguida en una fase *material* en la que los profesionales adecuados, o las mismas partes, establecen los hitos o mojones para delimitar los terrenos señalados en el fallo.

3. Pretensión de las Demandadas: la controversia trata acerca del dominio de porciones de terreno, lo que es objeto de una acción reivindicatoria, y no de las acciones de demarcación y cerramiento

Las Demandadas se defienden señalando que la acción impetrada por la Comunidad carece de todo sustento legal y desconoce presupuestos básicos del ordenamiento jurídico en lo que dice relación con el régimen que regula la propiedad inscrita sobre bienes raíces.

Señalan que el grave error cometido por la Comunidad fue el haber planteado la presente controversia a través de las acciones de demarcación y cerramiento. Ello debido a que los terrenos de las demandadas se encontrarían perfectamente determinados en los títulos y delimitados materialmente a través de cercos, lo que tornaría improcedente la acción. Asimismo, señalan que al estar la Comunidad planteando una controversia respecto de terrenos actualmente en “posesión” de las Demandadas (aludiendo con ello, a nuestro juicio, a la tenencia material de los mismos), la acción procedente sería la reivindicatoria.

Las Demandadas añaden que existe una diferencia fundamental entre la acción de demarcación y la acción reivindicatoria: aquélla persigue fijar judicialmente los límites dentro de los cuales se extiende una propiedad y que la separa de otras, mientras que ésta tiene por objeto la restitución de un terreno perteneciente al demandante y que posee el demandado.

En este sentido, la Comunidad realmente estaría controvirtiendo el dominio y la posesión de los lotes cuya tenencia material ostentan las Demandadas, lo que indudablemente no sería el propósito de la acción de demarcación interpuesta.

4. Decisión de los jueces de fondo: improcedencia de la acción de demarcación y procedencia de la acción reivindicatoria

El Juzgado Civil de Coquimbo, a la luz de los argumentos aludidos, rechazó la acción de demarcación interpuesta por la Comunidad.

Para el tribunal, la acción de demarcación exige: i) que existan dos predios contiguos de distintos dueños, y; ii) que dichos predios carezcan de signos visibles o materiales de demarcación.

El tribunal concuerda que el primer requisito se cumple y que mediante documentos, peritos, testigos e inspección personal del tribunal, se probó que los predios en conflicto son colindantes y de distintos dueños. En cambio, el tribunal consideró que no se cumple el segundo requisito pues, más allá del análisis que se efectúa en el informe pericial acompañado al juicio acerca de los eventuales errores que podrían existir en la delimitación producto del estudio de los títulos y planos, la delimitación existe. Por lo tanto, estando practicada dicha operación material, la acción de demarcación carecería de objeto y de causa. Por esta razón la acción fue rechazada.¹⁴

¹⁴ Como se verá, si se sigue el razonamiento de este tribunal, el demandante carecería de una acción eficaz para discutir acerca de la restitución de la extensión de terreno en disputa. En efecto, conforme a la teoría de la

Complementando esta apreciación, el tribunal asegura que, conforme a lo expuesto por la Comunidad, su reclamo más bien se funda en haber sido privada de una franja de terreno al momento en que se practicó la demarcación, hipótesis fáctica en la que se subsume el caso de quien tiene un título de dominio inscrito a su nombre pero no está en posesión material del mismo por haber sido privado de ella, cuya expresión en juicio es materia propia de una acción reivindicatoria y no de una acción de demarcación.¹⁵

La Corte de Apelaciones de La Serena confirmó la sentencia de primera instancia. Desechó la acción entendiendo que existiría en el lugar un deslinde que separa a ambos predios. A pesar de que un informe pericial confirmaba que el cerco preexistente establecía deslindes que contradecían los títulos de ambos terrenos, el tribunal de alzada estimó que su sola presencia hacía improcedente la acción de demarcación. Sostuvo que esta acción naturalmente tiene como objeto la materialización de deslindes entre predios colindantes que carecen de los mismos. Por lo tanto, el tribunal no tendría competencia para intervenir, mediante la interposición de esta acción, en aquellos casos en que existiendo deslindes los mismos no se encuentran acordes a los títulos de los terrenos, como tampoco si la fijación material de los deslindes existentes ha sido realizada unilateralmente por uno de los propietarios vecinos.

Como se aprecia en este caso y podremos ver a lo largo de este trabajo, nuestros tribunales de justicia otorgan un alcance limitado a la acción de demarcación, aun cuando nuestro Código Civil no la circunscribe de esa forma.

posesión inscrita –predominante en nuestra doctrina y jurisprudencia- si una persona tiene inscrito un bien inmueble a su nombre por más de un año en el Conservador de Bienes Raíces (art. 924 del Código Civil) no puede perder la posesión por la detentación material del mismo predio por un tercero. En este caso, como el sujeto no ha sido privado de su posesión, tampoco podrá ejercer la acción reivindicatoria.

¹⁵ Este razonamiento del tribunal de primera instancia es especialmente clarificador de la forma en que gran parte de nuestra jurisprudencia ha entendido el requisito de la *privación de posesión* para interponer la acción reivindicatoria, incluso cuando se trata de bienes inmuebles con título inscrito, siguiendo un criterio de posesión material en lugar del criterio técnico y jurídico que contempla la teoría de la posesión inscrita. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado “(...) *A fin de verificar la concurrencia o falta del presupuesto de la posesión del demandado -respecto de la acción reivindicatoria-, debe tenerse en consideración que tratándose de bienes inmuebles, esta pérdida de posesión puede producirse por la privación de la posesión inscrita solamente, conservándose la posesión material; por la pérdida de la posesión material, conservándose la posesión inscrita; o por carencia tanto de la posesión inscrita como de la material*” (Causa Rol N° 4815-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 17 de agosto de 2010. Considerando 17°). También *Vid. Infra* Capítulo III.

Finalmente, a pesar de tratarse de una discusión que se plantea fundamentalmente en casos de inmuebles inscritos y, por tanto, que se debiese situar en el marco de la teoría de la posesión inscrita, quienes litigan este tipo de casos frecuentemente basan sus posiciones en conceptos de la teoría general de la posesión. Por ejemplo, la parte demandada invoca la posesión material del inmueble y sostiene que ésta le permitiría adquirir, mediante la prescripción adquisitiva, el área disputada sin título inscrito que justifique de modo alguno esta posesión, lo que resulta abiertamente contradictorio con el artículo 2505 del Código Civil, entre otros.

Por otra parte, el tribunal efectúa una apreciación de este tipo de pretensiones para determinar si la parte demandante está realmente solicitando un retazo de terreno poseído materialmente por la contraria, pues de ser así la acción pertinente es la reivindicatoria.

Como expondremos, este ha sido el razonamiento jurídico comúnmente efectuado por los tribunales en los últimos años para resolver este tipo de disputas. La discusión entre las partes, sin perjuicio de diferencias derivadas de los hechos específicos de cada caso, ha sido sustancialmente la misma y los argumentos que el tribunal ha recogido reflejan una manera de resolver este tipo de controversias a través de una serie de particularidades que se presentan en todos los casos que analizamos. Una muestra de ello es la improcedencia de la acción de demarcación cuando los tribunales se percatan de que existe un cerco divisorio, independientemente de las condiciones bajo las cuales se haya construido, o cuando se refiere a terrenos que no se encuentran en posesión material de la solicitante.

Por tanto, el caso que hemos comentado refleja la forma en que nuestros tribunales de justicia están resolviendo este tipo de disputas.

CAPITULO II: PRINCIPALES ACCIONES QUE SIRVEN PARA PROTEGER LA POSESIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES

Antes de revisar someramente las distintas acciones contempladas en nuestro ordenamiento relacionadas con la protección de la posesión de los bienes inmuebles, resulta esencial resumir brevemente la denominada “*teoría de la posesión inscrita*” en la que se inserta la regulación de la propiedad inmobiliaria, para luego describir las distintas situaciones en que una persona se puede encontrar frente a un bien inmueble conforme a dicha teoría, la que modifica las reglas generales del Código Civil en materia de posesión de bienes.

1. Reseña de la “teoría de la posesión inscrita”

Parte importante de los problemas que se observan en los pronunciamientos judiciales que sostienen la pertinencia de la acción reivindicatoria en conflictos sobre delimitación de terrenos colindantes radica en la inconsistencia de dicho razonamiento con la “teoría de la posesión inscrita” a la que adhiere gran parte de la doctrina chilena¹⁶ y sistemas jurídicos extranjeros que emularon el Código Civil de don Andrés Bello¹⁷.

La teoría de la posesión inscrita consiste en un “*conjunto de principios y textos diseminados a través del Código, que se refieren a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión sobre inmuebles*”¹⁸.

La citada teoría es descrita de manera precisa por el profesor Humberto Trucco en su célebre artículo del año 1910¹⁹. En palabras de Trucco, la importancia de la inscripción

¹⁶ Así lo reconocen los profesores ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. (2010). Tratado de los Derechos Reales. Tomo I. 5º Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 216.

¹⁷ En este sentido, es notable la influencia que tuvo el Código Civil chileno en la aplicación de la teoría de la posesión inscrita en Colombia. Fuera de los vaivenes de la jurisprudencia de ese país y la dictación de legislación especial para regularizar la posesión material sobre inmuebles (leyes 1182 y 1183 de 2008, similares al D.L. 2695 nuestro), la discusión ha motivado pronunciamientos de la Corte Suprema colombiana sobre la existencia o no de dicha teoría. En: CARRANZA, C. y TERNERA-BARRIOS, F. (2010). *Posesión y propiedad inmueble: historia de dos conceptos colindantes*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010, 12, (2), pp. 102-103.

¹⁸ PEÑAILILLO, D. (2006) *Los Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 380.

registrar radicaba principalmente en ser: i) forma especial de tradición del dominio de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos; ii) requisito, garantía y prueba de la posesión de los bienes raíces; y iii) medio para dar publicidad a las cargas y gravámenes que afectan a la propiedad inmueble²⁰. En suma, el autor sostenía que nuestro Código Civil asignó dos innovadoras funciones a la inscripción, a saber: el ser símbolo de la tradición y el ser símbolo de la posesión de bienes inmuebles²¹.

Sin lugar a dudas, la teoría de la posesión inscrita ha trascendido, fundamentalmente, a partir de la segunda de sus funciones, esto es, como *requisito, garantía y prueba* de la posesión. Esta triple función daría pie para una armónica construcción que pasa por el origen, la conservación y la finalización de la posesión inscrita sobre un bien inmueble y que altera de forma importante la definición de posesión contenida en el artículo 700 del Código Civil. En efecto, la teoría de la posesión inscrita “*descansa en la ficción legal de que el poseedor inscrito con título anotado por más de un año, tiene en su favor, por el hecho de la inscripción, los dos elementos constitutivos de la posesión: la tenencia y el ánimo de señor*”²².

El artículo 724 del Código Civil confirmaría que la inscripción es la única forma de adquirir la posesión de un bien inmueble: “*Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio*”. Precepto que a su turno es reforzado por los artículos 728, inciso segundo, y 730 inciso segundo, ambos del mismo cuerpo legal, con arreglo a los cuales no hay

¹⁹ TRUCCO, H. (1910). *Teoría de la Posesión Inscrita dentro del Código Civil Chileno*. En: TAVOLARI, R. (Director) 2010. *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 613-643.

²⁰ TRUCCO, H. *Op. Cit.* p. 613.

²¹ Así, Trucco ensalza esta innovación de Andrés Bello en la materia, señalando que “*Por consiguiente, de aquí surge como deducción lógica y como primera observación, la que sigue: para penetrarse del alcance de la institución jurídica que nos rige, denominada inscripción, es, en consecuencia, a todas luces superfluo e inoficioso ocurrir a otras legislaciones, las cuales ninguna luz nos pueden dar, como quiera, repetimos, que la inscripción desempeña entre nosotros dos funciones jurídicas sin precedentes en otras legislaciones conocidas*”. Luego, cita a José Clemente Fabres y a Luis Claro Solar para retratar al Registro Conservatorio como una de las novedades más trascendentales que incorporó el Código Civil de Bello. TRUCCO, H. *Op. Cit.* p. 614.

²² TRUCCO, H. *Op. cit.* p. 615.

adquisición ni pérdida de la posesión sin una nueva inscripción y que el apoderamiento de la cosa no basta para constituir posesión, si el bien se encuentra inscrito.²³

No obstante lo anterior, esta forma de entender la inscripción como el acto constitutivo de la posesión sobre un bien inmueble no ha sido compartida de forma unánime por la doctrina, en efecto el profesor y ex presidente de la Corte Suprema de nuestro país, don Leopoldo Urrutia Anguita, publicó un importante artículo titulado “*Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil Chileno*”²⁴, en el cual critica esta concepción, la que en su opinión atribuye un valor desmedido a la inscripción y que desliga este concepto técnico por completo de la posesión material del respectivo inmueble. Señala, por lo tanto, que la función principal de la inscripción es la de poner a cubierto al bien de todo ataque físico en su contra, sin que nadie pueda ponerle término legal, ni adquirirla, sino por la cancelación regulada en el artículo 728 del Código Civil. En este sentido, la inscripción solo permitiría resguardar a la propiedad de hechos materiales, solemnizando por este acto los elementos de la posesión material –*corpus* y *animus*– con la sola incorporación del respectivo título al Conservador de Bienes Raíces.

No toda la doctrina comparte el carácter de ficción legal de la inscripción conservatoria. En efecto, prominentes autores sostienen que la inscripción es un “*requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor o dueño y si esa tenencia no existe, si no hay una posesión material, la inscripción por sí sola nada significa, es una inscripción de papel*”.²⁵ Este sector de la doctrina atribuye a la inscripción un rol de garantía de la posesión de un inmueble frente a ataques físicos o apoderamientos materiales del mismo. Sin embargo, ninguna de las dos concepciones desconoce el particular efecto de la inscripción de un bien raíz, como una forma de desligar a la posesión inscrita de actos materiales de apoderamiento, ya sea completamente como propone Trucco, o a lo menos cuando inicialmente han concurrido *corpus* y *animus* al momento de inscribir el inmueble, en el caso del profesor Urrutia. De lo anterior se deriva, como bien afirma el profesor Atria, “(...) *que la disputa es*

²³ Hay que añadir a ello que TRUCCO justifica esta posición a través de otros artículos del Código Civil, como el 696 (para señalar que solo cuando la inscripción se efectúa, se da o se transfiere “la posesión efectiva del respectivo derecho”), el 924 (la posesión inscrita se prueba con la inscripción) y el 2505 (según el cual no hay prescripción que valga contra un bien raíz inscrito, sino a virtud de una nueva inscripción).

²⁴ URRUTIA, L. (1934). *Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil Chileno*. En: TAVOLARI, R. (Director) 2010. *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 603-611.

²⁵ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. (2010). *Tratado de los Derechos Reales*. Tomo I. 5° Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 415.

*hasta cierto punto solo aparente. Quienes defienden la doctrina de la llamada ‘inscripción garantía’ aceptan también que ella es una ficción, aunque pretenden limitar su alcance”.*²⁶ Y es que si el profesor Urrutia asegura que ningún ataque ni apoderamiento físico vale contra la posesión inscrita es porque, naturalmente, la misma garantiza la permanencia del corpus y del animus en el poseedor inscrito: de lo contrario éste perdería ambos elementos de la posesión, tal como sucede tratándose de bienes muebles. En consecuencia, la inscripción implica la apariencia o ficción de que ambos elementos permanecen en el poseedor inscrito. Por tanto, como afirman los profesores Alessandri y Somarriva, *“podemos llegar a esta conclusión: frente a una posesión inscrita, no valen absolutamente de nada los actos materiales de apoderamiento de la cosa que haga un tercero; ellos, por un lado, no hacen perder la posesión del poseedor inscrito, ni tampoco, por otro, le dan posesión alguna al tercero”*²⁷.

En conclusión, y salvo en casos excepcionales de inmuebles no inscritos o de inscripciones desconectadas del dueño anterior (“inscripciones de papel”), sólo será poseedor aquel a cuyo nombre se encuentre inscrito un bien inmueble en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces y mantendrá su posesión mientras esta inscripción no sea cancelada. En palabras de Fernando Atria, *“la posesión de bienes inmuebles es un concepto puramente jurídico, no fáctico: el ánimo es el de la posesión regular (es decir, es ánimo mediado por el derecho) y el corpus es indiferente, porque es enteramente reemplazado por la inscripción”*²⁸.

2. Posiciones jurídicas frente a un bien inmueble en el derecho chileno

Es innegable que la regulación impuesta por nuestro Código Civil varía tratándose de bienes muebles y de inmuebles. Respecto a estos últimos, Andrés Bello introdujo una profunda innovación que altera la manera de comprender no sólo de la posesión sino también del dominio y de la mera tenencia sobre los bienes raíces.

²⁶ ATRIA, F. (2004). *Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004*. En: Revista de Derecho (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, n° 2, 2005, p. 74

²⁷ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. (2010). *Tratado de los Derechos Reales*. Tomo I. 5° Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 417.

²⁸ ATRIA, F. (2004). *Op. Cit.*, p. 43.

Por tanto, resulta esencial explicar las diferencias que se producen en las relaciones que se pueden establecer entre un sujeto y un bien inmueble para saber de qué estamos hablando cuando nos referimos al dominio, la posesión, la mera tenencia y el precario respecto de este tipo de bienes.

1.1. Dominio y posesión

La definición de dominio no cambia tratándose de un bien inmueble: se aplica lo dispuesto en el artículo 582 del Código Civil.

Sin embargo, la tradición del dominio y demás derechos reales constituidos sobre los bienes raíces, aunque requiere de un título traslativo como en el caso de los bienes muebles, se realiza mediante la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces respectivo –con excepción del derecho real de servidumbre– conforme disponen los arts. 686 y 724 del Código Civil. Además, sólo en virtud de esta inscripción puede adquirirse la posesión sobre dichos bienes.

Como se ha señalado, la inscripción constituye requisito, prueba y garantía de la posesión respecto de un bien inmueble, mas no del dominio del mismo. Es así como la prescripción adquisitiva pasa a ser el modo de adquirir mediante el cual don Andrés Bello quiso consolidar la propiedad raíz en un sujeto, como lo manifiesta en el Mensaje del Código Civil: *“En algunas legislaciones, la inscripción es una garantía, no solo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración”*. Por ello, la inscripción confiere la posesión sobre el respectivo inmueble dejando subsistentes los derechos del verdadero dueño, los cuales solo podrían extinguirse por la prescripción adquisitiva. Es así como, sin modificar los requisitos relativos al dominio de

bienes inmuebles, la teoría de la posesión inscrita cumple la finalidad de consolidar con el paso del tiempo el dominio de los inmuebles en los poseedores inscritos.

Respecto a la posesión, nos remitimos a la reseña que hicimos de la teoría de la posesión inscrita, según la cual la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces constituye requisito, prueba y garantía de la posesión, y la pérdida del “corpus” o pérdida material del inmueble no acarrea la pérdida de la posesión del mismo.

1.2. Mera tenencia

El Código Civil y la doctrina reconocen un tercer estadio en que se puede encontrar una persona respecto de un bien inmueble, cual es la mera tenencia, definida en el artículo 714 como aquella que *“se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño...Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”*²⁹.

Especial relevancia tiene el concepto de mera tenencia en materia de bienes inmuebles en lo que respecta a la aplicación de la norma del artículo 915 del Código Civil, el que establece que *“Las reglas de este título se aplicaran contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor”*. Como se verá, nuestros tribunales superiores de manera sostenida junto con la doctrina han interpretado que dicho precepto habilita al dueño para interponer la acción reivindicatoria contra el mero tenedor.

Sin embargo, y con el afán de transparentar los inconvenientes de la regulación actual frente a la posesión inscrita, es menester hacer presente que la doctrina también ha planteado otras formas de entender este artículo, no existiendo acuerdo entre los autores sobre el significado de los términos “injusto detentador” (asociado a la retención indebida que señala el

²⁹ PEÑAILLILLO, D. (2006). *Op. Cit.* p. 333. Concuerdan al respecto, BARRIENTOS, J. (2005). *De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce. Comentario de Jurisprudencia.* En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 4, 2005, pp. 221-249, también BARCIA, R. (2014). *Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema.* En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, pp. 367-390.

artículo en comento) y “poseedor a nombre ajeno”, como tampoco sobre las reglas aplicables.³⁰

Nos parece que, aun cuando existen suficientes argumentos para entender que el artículo 915 no habilita de forma general para reivindicar contra el mero tenedor, la acción en comento no procede en casos como los analizados en este trabajo, por cuanto en disputas acerca de los deslindes de inmuebles inscritos colindantes, ninguno de los propietarios vecinos es mero tenedor por cuanto carece del ánimo que caracteriza a este estado, ya sea reconocer dominio ajeno, poseer a nombre de otro o tener la convicción de que la cosa no es propia.

1.3. Precario

Una persona puede encontrarse en un cuarto estado respecto de un bien inmueble, cuando ejerce la tenencia material del mismo no con ánimo de señor o dueño ni reconociendo dominio ajeno, sino que “*por ignorancia o mera tolerancia del dueño y careciendo de un título o contrato que lo justifique a retener la cosa*”³¹, esto es, se puede encontrar en situación de precario.

Este estado se aproxima a la situación de una franja de terreno en disputa que es ocupada materialmente por uno de los propietarios colindantes, aun cuando en razón de los títulos se encuentra dentro del ámbito de protección de la posesión inscrita del otro.

2. Acciones para tutelar la posesión de los bienes inmuebles en el derecho chileno

³⁰ Textos ilustrativos de las diversas interpretaciones que se han realizado del artículo 915 del Código Civil, son PÉREZ, M. (2014). *La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del artículo 915 del Código de Bello*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 21, N° 1, 2014, pp. 387-421, SELMAN, A. (2011). *Artículo 915 del Código Civil: Una solución jurisprudencial a la limitación de las acciones tradicionales*. En: Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1, 2011. pp. 57-80, VERGARA, J. Reivindicación contra el poseedor a nombre ajeno o injusto detentador. En: TAVOLARI, R. (Director) 2010. *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 889-900, BARRIENTOS, J. (2005). *De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce. Comentario de Jurisprudencia*. En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 4, 2005, pp. 221-249.

³¹ SELMAN, Arturo. *Artículo 915 del Código Civil: Una solución jurisprudencial a la limitación de las acciones tradicionales*. En: Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1, 2011. p. 68.

2.1. Acción de dominio o reivindicatoria

La acción reivindicatoria o acción de dominio, conforme al artículo 889 del Código Civil, “*es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela*”. Esta es la gran acción protectora, con dilatada historia y universal presencia en nuestro derecho³².

Por tanto, los requisitos que se desprenden de esta definición para la procedencia de la acción, son: a) que el bien reivindicado sea una cosa singular; b) que el reivindicante sea dueño del bien reivindicado; y c) que el reivindicante se encuentre privado de la posesión del bien reivindicado³³.

De acuerdo al primer requisito, es imprescindible que el bien que se pretende reivindicar sea singular y no una universalidad (sin perjuicio que hay quienes sostienen que es posible reivindicar una universalidad de hecho), aunque en la práctica el requisito de singularidad parece estar más dirigido a excluir a las universalidades jurídicas (por la dificultad posesoria) y sobre todo a exigir que la cosa reivindicada se encuentre determinada o individualizada con precisión³⁴.

En el caso de los bienes inmuebles, esta individualización precisa suele presentar especiales inconvenientes, sea por defectos en la descripción realizada en los títulos inscritos en el respectivo Conservador de Bienes Raíces, sea por características específicas del predio que se quiere individualizar y que puede dar lugar a dudas sobre la identidad del inmueble reivindicado generando incertidumbre respecto de si un predio es idéntico a aquel descrito en sus respectivos títulos³⁵.

Por otra parte, respecto del segundo de los requisitos, que el demandante sea dueño del bien objeto de la acción, se desprende una de las características más complejas de la acción reivindicatoria, esta es, la necesidad del reivindicante de probar su dominio sobre el bien

³² PEÑAILILLO, D. (2010) *Los Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, IV Edición, p. 515.

³³ ROZAS, F. (2007). *Los Bienes*. Editorial Legal Publishing, Santiago, p. 365.

³⁴ PEÑAILILLO, D. *Op. Cit.* pp. 519 y 520.

³⁵ *Ibíd.* pp. 520-522.

reivindicado y el hecho de que la sola interposición de la acción implica reconocer al demandado como poseedor del bien reivindicado en los términos del artículo 700 del código civil, con la presunción de dominio que dicha posesión conlleva. Ello implica que en el afán probatorio de demostrar su propio dominio sobre el bien, el reivindicante deberá enfrentar este juicio desde una posición desventajosa. Excepcionalmente el artículo 894 del Código Civil concede al poseedor que ha perdido la posesión regular de la cosa y que se hallaba en el caso de poder ganar el dominio de la cosa por prescripción, la misma acción aunque no se pruebe dominio denominada “acción publiciana”.

Finalmente, en lo que respecta al tercer requisito, la privación de la posesión por parte del reivindicante, implica un inconveniente adicional para el reivindicante de un bien inmueble inscrito, y para efectos de este trabajo constituye la mayor dificultad para aceptar su procedencia en casos como el expuesto aquí. En efecto, la acción de dominio debe dirigirse contra el actual poseedor del bien reivindicado, sin embargo, como se señaló anteriormente y como establece el artículo 728 del Código Civil, en vista que la posesión inscrita no cesa sino por la voluntad de las partes, por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial, mientras subsista la inscripción, el apoderamiento del inmueble por parte de un tercero no pone fin a la posesión existente, y no habilita al poseedor inscrito a reivindicar en contra del “poseedor material”.

Es de suma relevancia esta precisión, por cuanto la interposición de la acción reivindicatoria para casos como el que es objeto de este trabajo resulta a lo menos controversial, y el demandado siempre podrá desvirtuar la acción de dominio señalando que el reivindicante no ha perdido la posesión y que carece de legitimación pasiva para ser demandado por no ser el actual poseedor del inmueble.³⁶

A este respecto, don Humberto Trucco señala que *“los actos de detentación, no pueden considerarse como turbación, embarazo o despojo de la posesión, que el poseedor inscrito tiene con los caracteres de imperturbable mientras subsista la inscripción. Sólo habrá*

³⁶ Como caso ilustrativo se encuentra el citado por SILVA, J. (2014) en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, pp. 391-397, en donde el demandante solicitó la restitución del inmueble de su propiedad actualmente ocupado por su cónyuge, y en donde el Primer Juzgado Civil de Temuco falló en su contra en cuanto de conformidad a la Teoría de la Posesión Inscrita, el dueño de un inmueble inscrito es poseedor de éste y no pierde esa calidad si un tercero se apodera de aquél mientras su inscripción no se cancele. Así concuerdan también profesores como Fernando Rozas Vial, Javier Barrientos G., Rodrigo Barcia L., Fernando Atria L., entre otros.

turbación o embarazo, a nuestro juicio, si el detentador pretende inscribir, y despojo, si logra inscribir”³⁷. Así, nos encontramos con un inconveniente adicional de la interposición de esta acción en las hipótesis de hecho objeto de este trabajo, a saber: las limitadas situaciones en que podrá entenderse, sin lugar a dudas, que un poseedor inscrito ha perdido su posesión y, por tanto, está legitimado para entablar la acción de dominio. Estos casos parecieran limitarse a aquellos que involucran la superposición de las superficies descritas en dos o más inscripciones conservatorias o cuando existan y se encuentren vigentes dos inscripciones respecto del mismo bien.

Pero, como ahondaremos más adelante, la jurisprudencia ha privilegiado el reconocimiento de la acción reivindicatoria por sobre otras acciones al poseedor inscrito, en circunstancias que en los hechos a menudo no se cumple con este último requisito para su procedencia.

De este modo, ya sea tratando al que detenta materialmente de un inmueble inscrito como actual poseedor, ya sea considerando que el artículo 915 del Código Civil amplía la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria contra el mero tenedor, se ha buscado hacer justicia material (porque es verdad que el dueño merece protección y tiene derecho a que se le restituya el bien que no está materialmente en sus manos), prescindiendo o aplicando con extrema laxitud los preceptos del Código Civil. Como bien observa el profesor Rodrigo Barcia, se ha tendido a hacer sinónimos los conceptos de posesión y mera tenencia, a través de una figura inédita en nuestro Derecho en el marco de la teoría de la posesión inscrita, que la jurisprudencia ha denominado “posesión material”³⁸. A nuestro modo de ver, y como profundizaremos, esta incorrecta caracterización de la acción reivindicatoria ha derivado en la vulgarización del sistema posesorio civil, despojándolo en parte de la precisión técnica que intentó otorgarle en su momento don Andrés Bello.

2.2 Acción de demarcación

³⁷ TRUCCO, H. *Op. Cit.* pp. 630-631.

³⁸ BARCIA, R. (2014). *Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, pp. 367.

El Código Civil equivocadamente regula conjuntamente las acciones de demarcación y cerramiento dentro del título referido a las servidumbres, pese a que ninguna ella es una servidumbre propiamente tal y a que ambas son acciones distintas e independientes, sin perjuicio que ellas evidencian, desde el punto de vista activo, una de las facultades del dominio, y desde el punto de vista pasivo, un deber jurídico derivado de las relaciones de vecindad³⁹.

La demarcación consiste en un conjunto de operaciones destinadas a fijar una línea divisoria entre dos inmuebles y señalarlas mediante signos materiales, y procede tanto por discrepancias relativas a las marcas en el terreno como por oscuridad en la descripción de los deslindes contenida en los títulos⁴⁰. Comprende por tanto una fase jurídica destinada a reconocer y fijar una línea de separación entre dos predios, de acuerdo a lo que señalan los títulos inscritos, y una fase material consistente en la fijación de hitos o mojones que permitan reconocer la separación fijada previamente.

La acción de demarcación se tramita conforme a las reglas del procedimiento sumario y al ser una acción que emana directamente de las facultades del dominio y no de un hecho en particular, no está sujeta a un plazo de prescripción extintiva, en conformidad al artículo 2517 del Código Civil⁴¹.

En materia de bienes inmuebles, la acción de demarcación posee una enorme utilidad para permitir la coincidencia de lo que se individualiza en los títulos inscritos con la realidad. Como señala el profesor Daniel Peñailillo, *“en un país con un sistema registral como el nuestro, que no exige la confección de planos de los predios para inscribirlos (salvo excepciones, como en los sometidos a la copropiedad inmobiliaria) ni se inspecciona*

³⁹ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. *Op. Cit.* p. 195.

⁴⁰ PEÑAILILLO, D. *Op. Cit.* p. 45, en LATHROP, F. (2011). *Diferencias entre la acción de demarcación y la acción de reivindicación. Comentario sentencia Corte Suprema del 17 de agosto de 2010, Rol N° 5565-2010.* En: Revista de Derecho Escuela de Postgrado, N° 1. Dic. 2011. p. 257.

⁴¹ Por ser una acción que emana del dominio, naturalmente que su plazo de prescripción depende de dicho derecho y por tanto prescribe por la prescripción adquisitiva en favor de otra persona. Pero no por ello la acción pasa a ser imprescriptible como erróneamente lo ha señalado alguna doctrina. PEÑAILILLO, D. (2006) *Los Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 498.

*previamente por funcionario estatal la coincidencia de los títulos con la realidad del suelo, esta operación de demarcación adquiere destacada importancia (...)*⁴².

Este autor precisamente hace alusión al centro de la controversia en este tipo de casos, al señalar que *“esta acción tiene por objeto pedir al juez que demarque, pero no recuperar terreno poseído por otro, aunque, en el proceso, cada parte allegará antecedentes para demostrar que la línea debe ser trazada por donde a él le interesa”*. Pudiese parecer que el profesor Peñailillo descarta la pertinencia de esta acción en hipótesis como la descrita al principio de este trabajo, pero ello no es así, si entendemos el “no poder recuperar terreno poseído por otro” en un sentido técnico, en conformidad con la correcta comprensión que debe darse a la posesión de los inmuebles inscritos. Especialmente clarificador resulta en este punto lo que señala el profesor Fernando Atria, en cuanto *“(…) si el demandante pretende ser dueño de una porción del predio del vecino que parece inscrita a nombre de éste, entonces debe ejercerse la acción reivindicatoria. Pero si lo que pretende es que se deje al demandado lo que indican los títulos de éste, que es menos de lo que materialmente detenta, es decir, si alega que el demandado ha dispuesto un cerramiento unilateralmente sin respetar la cabida de sus propios títulos, lo que procede es una acción de demarcación”*.⁴³ De la lectura de ambos autores se desprende que la acción de demarcación no puede buscar la recuperación de terrenos comprendidos en el título inscrito del demandado, pero sí de aquellos ocupados materialmente, en exceso de lo descrito en su respectiva inscripción.

Esta última posición es la que mantiene la armonía de la posesión inscrita, y respeta lo preceptuado en el artículo 728 inciso segundo del Código Civil, el cual expresa que *“mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente.”*, ya que aquel propietario colindante que detenta una porción que corresponde al título inscrito del otro propietario no adquiere por este acto la posesión, ni aún en los términos del artículo 700 del Código Civil. Como bien concluye el profesor Luis Claro Solar, *“cuando los hechos acreditados en la instancia, o la comparación de los títulos producidos en ella por las partes, prueban que el*

⁴² *Ibíd.*, p. 494.

⁴³ ATRIA, F. (2004). *Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004*. En: *Revista de Derecho* (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, n° 2, 2005, p. 56.

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.”⁴⁴

2.3 Acción de precario

El artículo 2195 inciso segundo del Código Civil, con motivo de la regulación del comodato o préstamo de uso, señala que “*constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño*”. La acción de precario es una acción real basada en una situación de hecho, en la cual el ocupante detenta un bien, sin ninguna fundamentación jurídica que permita sostener la mantención en el tiempo de dicha situación. Así, esta acción, no obstante encontrarse consagrada en dicha escueta norma a propósito del contrato de comodato, ha pasado a ser la forma residual para amparar todos aquellos casos que no encajan en otras acciones contempladas para la protección de las relaciones entre un sujeto y un bien. En este sentido, gran parte de las carencias que ha demostrado a lo largo del tiempo el invariable catálogo de acciones del derecho de bienes, han elevado el protagonismo de esta acción de carácter marginal dentro del Código Civil⁴⁵.

Para que prospere la acción de precario es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que el que deduce la acción sea dueño de la especie cuya restitución reclama; b) que la persona contra la cual se deduce, sea simplemente detentador material del bien y por lo tanto carezca de título de dominio y aun de mera tenencia; y c) que tenga la cosa por mera tolerancia o ignorancia del dueño⁴⁶. La acción de precario se tramita conforme a las reglas del

⁴⁴ CLARO, L. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen IV, De Los Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 104.

⁴⁵ BARCIA, R. (2014). *Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, pp. 367. El autor cita entre los autores que han elevado el protagonismo de esta acción a Fernando Atria L., Fabiola Lathrop G., Jorge Larrocau T., e Ignacio Rostión C.

⁴⁶ C. Apelaciones de Chillán, RDJ., 1947, sección 2, p. 49 y C. Suprema, RDJ. 1963, T. 60, p. 345. en HALABÍ, F. y SAFFIRIO, C. *Op. Cit.* p. 19. En la misma línea, también se han señalado como requisitos de la acción, “*a) Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución demanda; b) Que el demandado lo tenga en su poder; c) Que dicha detentación sea sin título que la justifique; d) Que la simple tenencia del demandado se sostenga por la ignorancia o mera tolerancia del dueño*” (Corte de Apelaciones de Rancagua, 10 de diciembre de 2002, Rol N° 19284, LegalPublishing N° 25981, Cons. 5°), fallo contenido en: ROSTIÓN, I. (2014). *El precario en la jurisprudencia chilena*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, p. 20.

procedimiento sumario, lo que implica una ventaja importante desde el punto de vista procesal para el demandante, en contraposición a algunas de las acciones analizadas anteriormente. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina y jurisprudencia en ocasiones le han dado un alcance distinto a los requisitos descritos anteriormente, que ha derivado en una mayor incertidumbre a la hora de interponer esta acción.

En cuanto al primer requisito, el problema se presenta en aquellos casos en que el demandado pretende impugnar el dominio que ha acreditado el demandante, pues se ha entendido normalmente que el procedimiento idóneo para discutir y resolver asuntos relativos al dominio de un bien es un juicio de lato conocimiento y no en un procedimiento sumario. En este sentido, si bien no le bastaría al demandado con negar el dominio del actor, sí podría desvirtuarlo invocando un título por lo menos aparente que le permita excepcionarse y ello lo compruebe *–prima facie–* con documentos fidedignos relativos a un supuesto derecho en la especie. Siguiendo esta línea argumentativa se ha hecho recaer en el demandante el peso de probar su dominio de forma tal que no pueda ser desvirtuado por el demandado⁴⁷.

La interpretación anterior no ha sido compartida por toda la doctrina. En efecto, como señala José Miguel Lecaros al analizar la acción de precario, para algunos “*sólo debiera resultar eficaz el desconocimiento del dominio del actor, hecho por el demandado, si el dominio del demandado –que desvirtúa el del actor– puede resultar acreditado mediante una argumentación y un desarrollo probatorio simple, compatible con la estructura del procedimiento sumario*”⁴⁸, por lo que a *contrario sensu* si el dominio que alega el demandado requiere necesariamente de un juicio ordinario de lato conocimiento para ser probado, y el actor ha logrado acreditar *prima facie* su dominio, corresponderá acoger la acción de precario, dejando a salvo la acción ordinaria que pueda intentar el demandado.

No obstante lo anterior, “*el criterio que prevalece en nuestros Tribunales hace recaer sobre el actor la carga de soportar la imposibilidad del demandado de probar en forma simple el dominio que alega, y aún si el demandado disputa el dominio del demandante sin mayor prueba o con pruebas probablemente insuficientes, el Tribunal debe resolver rechazando la acción sin mayor análisis, a causa de la imposibilidad impuesta por el*

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ LECAROS, J. M. *Op. Cit.* p. 98.

legislador de abrir un debate de dominio en el procedimiento sumario”⁴⁹. Esto significa, en la práctica, una seria limitación en la utilización de la acción de precario para la restitución de bienes inmuebles en que, aun cuando el dominio suele probarse fácil y sumariamente por el demandante mediante la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, nada impide que el demandado inicie un debate de dominio que deba ser llevado a un juicio de lato conocimiento, mediante la interposición de la acción reivindicatoria. Si a esto se le suman los inconvenientes del uso indiscriminado de la acción reivindicatoria respecto de inmuebles inscritos, la incertidumbre normativa es aún mayor.

En segundo lugar, respecto a la tenencia del bien por parte del demandado y la falta de título que justifique su tenencia, para que proceda la acción de precario debe probarse que el demandado tiene la tenencia material de la cosa que se demanda, y que esta tenencia no tiene una característica adicional que la justifique, como ser poseedor o mero tenedor legítimo de la cosa que se demanda. Si bien la norma de la que emana la acción de precario señala que la tenencia debe ser *sin previo contrato* existe cierto consenso en la jurisprudencia y la doctrina de que no sólo la existencia de un contrato puede impedir la procedencia de la acción de precario, ya que en ciertas ocasiones el demandado puede tener un título que justifique su tenencia no obstante no emanar de un contrato previo. Sin embargo, en cualquier caso que exista entre el dueño y el tenedor del bien un contrato que constituya un título de mera tenencia, debe descartarse de inmediato el supuesto para que proceda la acción de precario, aun cuando la vigencia de dicho contrato haya terminado, por cuando el demandante deberá ejercitar la acción personal que derive del contrato⁵⁰.

Más problemático ha sido determinar si el “contrato previo” que menciona el artículo 2195 debe provenir del dueño y el tenedor del bien o si por el contrario bastará un contrato con terceros (que pueden haber tenido o no derechos en su momento sobre la cosa). “*Este aspecto, aparentemente simple, en la práctica constituye uno de los problemas de más difícil solución y ha sido fuente de profundas divergencias, expresadas en jurisprudencias vacilantes y contradictorias*”⁵¹. Si bien pareciera ser necesario que el contrato que se alega obligue al demandante para enervar la acción de precario, existen casos en los que los tribunales han

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 99.

⁵⁰ HALABÍ, F. y SAFFIRIO, C. *Op. Cit.* p. 52.

⁵¹ *Ídem.*

reconocido que un contrato que no cumple estas características puede ser suficiente para que no proceda la acción de precario, sea porque el artículo 2195 no distingue (“sin previo contrato”), sea por la existencia de otras acciones específicas, sea por otros motivos.

En tercer lugar, quien demanda la restitución al precarista en virtud del artículo 2195 del Código Civil debe haber ignorado, o al menos tolerado, la tenencia que el demandado tenía respecto de la cosa demandada.

A la luz de los requisitos recién descritos para la procedencia de esta acción, no resulta contrario a derecho ni menos a la teoría de la posesión inscrita establecer que la franja de terreno que ocupa un propietario de un terreno, fuera de los deslindes expresados en el título inscrito y dentro de los de otro, lo transforma en ocupante o precarista de dicho terreno, y no en un mero tenedor, cuya diferencia esencial radica en el ánimo por medio del cual se ocupa dichos terrenos. Como la inscripción constituye el límite del ejercicio de la posesión de un sujeto, naturalmente que lo que se encuentre fuera de ella no califica como tal, ni menos como mera tenencia ya que el otro propietario no ocupa dichos terrenos a nombre de otro, reconociendo dominio ajeno o a lo menos bajo la convicción de que dichos terrenos no son suyos, sino creyendo que su propia inscripción lo ampara para ello. Lo anterior tampoco impediría la interposición de la acción de precario, ya que el “contrato previo” que podría utilizarse como defensa de esta ocupación (el título inscrito) solo lo ampara dentro del margen establecido por los deslindes del mismo, y no de lo que se encuentre fuera de él, como en este caso sería la franja de terreno en disputa.

2.4 Querrela de amparo

Finalmente, resulta conveniente analizar de forma sucinta la querrela de amparo, interdicto posesorio cuya finalidad es “*conservar la posesión de los bienes raíces o de los derechos reales constituidos en ellos. Procede cuando se ha tratado de turbar o molestar al poseedor su*

posesión o en el hecho se le ha turbado o molestado”⁵². Esta es la principal acción posesoria que establece nuestro derecho, y sin lugar a dudas la que se condice de mejor manera con la regulación de la propiedad raíz de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, al ser la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, requisito, prueba y garantía de la posesión, aquel poseedor inscrito que pierda la tenencia material de su inmueble a manos de un simple detentador, mantendrá en todo momento su posesión respecto de dicho inmueble, y únicamente se podrá argumentar que su posesión está siendo turbada o embarazada, más nunca que se ha despojado al titular de la posesión de la misma.

Por turbación, embarazo o molestia a la posesión hay que entender entonces *“todo acto o hecho voluntario, ejecutado de buena o mal fe que, sin despojar a otro de su posesión, supone disputar o controvertir el derecho de ejercerla que pretende tener el poseedor”*⁵³. Se desprende entonces de la definición entregada que no basta con que un tercero realice un acto que implique molestias para el poseedor, si dicho acto no importa una disputa del derecho a poseer que tiene dicho poseedor.

Hay quienes sostienen que los actos materiales de turbación no justifican la interposición de la querrela de amparo, pues ellos en nada afectan la posesión inscrita sobre un inmueble. Así, don Humberto Trucco señala que *“a nuestro modo de ver, los actos de detentación, no pueden considerarse como turbación, embarazo o despojo de la posesión, que el poseedor inscrito tiene con los caracteres de imperturbable mientras subsista la inscripción. Sólo habrá turbación o embarazo, a nuestro juicio, si el detentador pretende inscribir, y despojo si logra inscribir”*⁵⁴.

La línea argumentativa que sigue don Humberto Trucco refleja una de las complejidades que enfrenta el caso descrito al inicio de este trabajo, dificultad que se observó de igual manera en el estudio de la acción reivindicatoria, esto es, el distinto alcance que se le da a la inscripción conservatoria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y el efecto que estas distintas interpretaciones tienen a la hora de determinar la procedencia de las acciones que

⁵² ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A., *Op. Cit.* p. 353.

⁵³ PEÑAILILLO, D. *Op. Cit.* p. 555

⁵⁴ TRUCCO, H. *Op. Cit.* pp. 630-631.

contempla nuestro derecho para proteger la propiedad, la posesión o la tenencia de bienes inmuebles.

Finalmente, esta querrela presenta una complejidad adicional, que en muchos casos ha derivado en el uso de otras acciones menos pertinentes para la conservación de la posesión y donde la querrela de amparo sería el remedio más apropiado contra la turbación que sufre el poseedor. Este requisito es el plazo de prescripción de la acción. En efecto, el artículo 920 del Código Civil señala que *“las acciones que tienen por objeto conservar la posesión (como es el caso), prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella”*.

Existe discusión respecto a aquellas molestias o embarazos reiterados, o que se presentan en múltiples ocasiones, casos en los cuales hay quienes se inclinan por contar el plazo desde la primera molestia o turbación, mientras otros lo computan desde que el poseedor sufra el último embarazo en su posesión. Pero lo cierto es que es un plazo de corto de tiempo, que en muchas ocasiones se transforma en un elemento disuasivo del uso de este tipo de querellas.

A modo de conclusión, nos parece discutible la procedencia de la acción reivindicatoria en casos como el descrito al inicio de este trabajo. Pareciera que un apego estricto a la normativa haría procedente en este tipo de situaciones las acciones de demarcación y de precario, o incluso la querrela de amparo, aunque el breve plazo de prescripción de este interdicto posesorio y las fuertes limitantes para la procedencia de la acción de precario hacen que su aplicación a esta clase de casos no sea todo lo frecuente que uno esperaría. Pareciera, por lo tanto, que la acción de demarcación debiese adquirir una especial relevancia para solucionar esta especie de controversias. Sin embargo, aun cuando su uso es cada vez más frecuente, está sujeta a fuertes limitantes prácticas⁵⁵, como podremos observar en el capítulo siguiente.

⁵⁵ HALABÍ, F. y SAFFIRIO, C. *Op. Cit.* p. 54.

CAPITULO III: REVISIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS ACCIONES REIVINDICATORIA Y DE DEMARCACIÓN EN DISPUTAS ACERCA DE LA DETERMINACIÓN DE LOS LÍMITES DIVISORIOS ENTRE TERRENOS

Como expusimos en los capítulos anteriores, las especiales características de las acciones reivindicatoria y de demarcación, junto a las limitantes prácticas de las demás acciones que podrían sustituirlas, ha generado que los tribunales de justicia tengan que referirse habitualmente a la reivindicatoria, cuando es la de demarcación la que tiene por finalidad solucionar conflictos respecto a la fijación de una división material o deslindes entre dos terrenos cuando no hay problemas con los títulos inscritos que justifican la posesión de cada uno.

Lo anterior se explica, en primer lugar, en que la jurisprudencia ha estado dividida en la determinación del objeto de protección de la acción de demarcación. En efecto, ante situaciones idénticas nuestros tribunales de justicia han fallado de diversa manera, lo que permite aseverar que nuestro ordenamiento, al parecer, no otorga un marco claramente determinado que permita diferenciar la procedencia de una u otra acción ante el caso que motiva nuestro análisis.

Pero la jurisprudencia ha hecho propia esta incertidumbre, y ha intentado solucionarla en los últimos años consagrando a la acción reivindicatoria como la acción general para solucionar problemas que versen sobre la restitución de terrenos, sea en contra de un mero tenedor, sea en contra de aquel que lo mantiene materialmente, persona a la que la jurisprudencia ha denominado, equívocamente, “poseedor material”.

Pero dicha interpretación presenta innumerables problemas respecto a la teoría de la posesión inscrita. A pesar de tratarse claramente de disputas en las cuales se discute acerca de los límites señalados en los propios títulos inscritos, la jurisprudencia ha sostenido que si dicha demarcación implica algún retazo que se encuentra dentro del terreno que ocupa el demandado, procederá la acción reivindicatoria.

No obstante ello, este criterio no ha sido unánime a lo largo del tiempo, ya que, como veremos, existen fallos aislados que reconocen las falencias de la acción reivindicatoria como remedio para este tipo de casos, y describen ciertas cualidades de la acción de demarcación que le permitirían cumplir las funciones que nosotros reafirmamos en el presente trabajo. Entre ellas, podemos mencionar la ampliación de las situaciones sobre las cuales procede, la posibilidad de “recuperar” terrenos a través de la acción y, fundamentalmente, la definición del ámbito de aplicación de una acción que presenta una escasa regulación en nuestro Código Civil y que sirve, precisamente, para determinar en los hechos los deslindes que separan a un predio del otro.

Ambas líneas jurisprudenciales serán expuestas en el presente capítulo, para luego analizar el razonamiento empleado por los tribunales de justicia a propósito de esta controversia.

1. Naturaleza de la acción de demarcación

Siempre, de manera previa a la resolución de cualquier conflicto que tenga relación con las diferencias existentes entre los propietarios de predios colindantes respecto a los deslindes de cada uno de sus terrenos, nuestros tribunales de justicia han definido el ámbito de la acción de demarcación, construyendo así sus requisitos y los casos en los cuales procede, para luego subsumirlos en los hechos del caso particular que se analiza. Ello no es más que la respuesta que ha dado la jurisprudencia a la escasa regulación de la acción en comento, por lo que antes de cualquier aplicación práctica de la misma, debe necesariamente introducir todos aquellos elementos que no fueron mencionados expresamente en nuestro Código Civil, y que han sido contruidos por la jurisprudencia a lo largo del tiempo.

En primer lugar, nuestros tribunales han tratado a la acción de demarcación como una acción del propietario de un terreno, para definir los límites de su propiedad. La Corte

Suprema ha señalado que *“La ley reconoce a todo propietario el derecho de demarcarse”*⁵⁶, y que aquello consistiría en *“señalar los límites o confines de un terreno respecto a otro contiguo habiendo reconocido el legislador este derecho a todo dueño de un predio (...)”*⁵⁷. Los tribunales de primera instancia también han seguido estas directrices, como lo refleja una sentencia del Juzgado de Letras de San Javier, la que define la demarcación como *“el acto de fijación de la línea de separación entre dos predios colindantes de distintos dueños”*.⁵⁸

Relacionado con lo anterior, la jurisprudencia ha recalcado que la demarcación, por ser una acción únicamente del propietario, es una de las tantas manifestaciones del dominio de una persona sobre su bien. Así, la Corte Suprema ha sostenido que la demarcación *“es una de las facultades materiales del dominio que traduce en el poder que tiene todo propietario de un inmueble, por el solo hecho de serlo, para fijar la extensión exacta de su derecho y para individualizar, por medio de signos materiales, la cosa sobre la que éste recae”*.⁵⁹ En otro fallo, complementa *“que es útil señalar que la acción demarcatoria constituye conforme expresamente lo señala el Código Civil, una especie de servidumbre legal que se encuentra tratada en sus artículos 842 y 843, añadiendo la doctrina, que además se trata de una facultad derivada del dominio, por la cual el dueño puede desplegar actividades tendientes a precisar el objeto de su derecho”*⁶⁰.

Sin embargo, hay fallos que recuerdan que la ley trata a la demarcación como una servidumbre legal: *“Que nuestro Código Civil, entre las servidumbres legales relativas a la utilidad de los particulares, señala las de demarcación y cerramiento (art. 841)”*⁶¹; que *“Según lo preceptuado, la servidumbre de demarcación consistiría en el gravamen de los predios colindantes de concurrir a la fijación en el terreno de los límites que separan un predio de otro predio, servidumbre que sería positiva según lo indica el inciso final del*

⁵⁶ Recurso de casación en el fondo de fecha 17 de mayo de 2004, conocido por la Corte Suprema, cons. 4°. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 114-117.

⁵⁷ Causa Rol N° 7402-2012, C. San Miguel, 9 de enero de 2014, cons. 6°.

⁵⁸ Sentencia definitiva causa Rol C-1406-2012, Juzgado de Letras de San Javier, 10 de diciembre de 2013, cons. 6°.

⁵⁹ Causa Rol N° 7085-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 30 de mayo de 2013, cons. 5°.

⁶⁰ Causa Rol N° 24706-2014, Corte Suprema, Sala Tercera, 5 de Noviembre de 2014, cons. 4°

⁶¹ Recurso de Casación en el Fondo de fecha 17 de mayo de 2004, Cons. 4° (En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 114-117).

artículo 823 del mismo Código, por cuanto impondría al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo”⁶².

Por el contrario, para otra jurisprudencia *“Se ha entendido también por la doctrina que, jurídicamente, es una acción real e inmueble, no se trata de una servidumbre, sino que es una de las facultades materiales del dominio que se traduce en el poder que tiene todo propietario de fijar la extensión exacta de su derecho y para delimitar materialmente la cosa sobre la que recae tal derecho”⁶³.*

En segundo lugar, los tribunales han establecido que la acción en comento comprende dos operaciones esenciales, *“por un lado, la fijación de los límites que separan los dos predios colindantes y por otro, 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”⁶⁴.* A estas dos operaciones la jurisprudencia les ha denominado, respectivamente, *fase intelectual o ideológica* que consistiría en la fijación, por parte del juez, de la línea imaginaria que divide a los predios colindantes, y *fase material*, que consistiría en la implantación de hitos o señales físicas que indiquen el curso de dicha línea en los hechos.⁶⁵

En tercer lugar, la jurisprudencia ha ahondado en la naturaleza jurídica de la acción de demarcación definiéndola como una acción *declarativa de derechos preexistentes*. En este sentido, se ha señalado, en referencia a la acción de demarcación, *“Que las acciones deducidas en este juicio no se encuentran destinadas a producir una alteración del dominio del actor o de la demandada, ya que la sentencia que se dicte en estos antecedentes tiene un alcance declarativo de derechos preexistentes, sin constituir ningún nuevo título a favor o beneficio de ninguno de los litigantes”⁶⁶.* Aludiendo a ello, los tribunales han entendido que la demarcación solo constituye una expresión de los límites consagrados en los títulos de

⁶² *Ibid.*, pp. 114-117.

⁶³ Causa Rol N° C-263-2012, Juzgado de Letras y Garantía de Pucón, 11 de Febrero de 2015, cons. 5°.

⁶⁴ Causa Rol N° 24706-2014, Corte Suprema, Sala Tercera, 5 de Noviembre de 2014, cons. 4°. La misma idea en recurso de casación en el fondo de fecha 17 de mayo de 2004, conocido por la Corte Suprema, cons. 4°, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 114-117.

⁶⁵ Causa Rol N° C-1406-2012, Juzgado de Letras de San Javier, 10 de Diciembre de 2013, cons. 6°.

⁶⁶ Recurso de apelación de fecha 16 de agosto de 2006, conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago, cons. 3°, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2006). N° 2-2006, Diciembre 2006. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 810-813.

dominio de los propietarios de los terrenos, por lo cual su ámbito de aplicación se reduce al contenido de los mismos, y a lo que en ellos fue descrito.

Por esto último, resulta razonable que los tribunales estimen que un requisito esencial para la procedencia radica en que los títulos inscritos de los propietarios colindantes no deben ser objeto de impugnación alguna. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado “*Que a la luz de estas definiciones y conceptos se observa que un aspecto de principal relevancia, por lo que no puede faltar, es que deben existir, allegarse a la Litis y no ser objeto de impugnaciones u objeciones los títulos de las partes referentes a sus respectivos inmuebles, dando cuenta que son colindantes*”⁶⁷. En otro fallo, el máximo tribunal señala que “*Para acoger esta acción resulta necesario que se trate de distintos inmuebles que colinden en sus límites y que exista acuerdo entre las partes respecto de los títulos y acerca de sus respectivas calidades de propietarios*”⁶⁸.

2. ¿En qué casos procede la acción de demarcación?

En los fallos revisados, hemos podido constatar que la jurisprudencia es vacilante a la hora de definir cuándo procede la demarcación de terrenos a través de la acción en comento.

Una primera postura, esbozada en algunos fallos de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago, afirma que la demarcación procede “*cuando los dueños no están de acuerdo acerca de la línea divisoria o dicha línea es para ellos incierta y exige una interpretación de los títulos, caso en que comprende la doble operación de fijar el límite y de marcar el terreno; como cuando concordando acerca de la línea divisoria, uno de los propietarios se niega a concurrir a su trazado, ocasión en que la demarcación se reduce a la segunda de esas operaciones*”⁶⁹.

⁶⁷ Causa Rol N° 7402-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 11 de junio de 2013, cons. 5° (S. de reemplazo).

⁶⁸ Causa Rol N° 820-2008, Corte Suprema, Sala Primera, 26 de Enero de 2009, cons. 5°, Causa Rol N° 4340-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 22 de Julio de 2010, cons. 10°, Causa Rol N° 4623-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 12 de Agosto de 2010, cons. 6°.

⁶⁹ Recurso de casación en el fondo de fecha 28 de junio de 1961, conocido por la Corte Suprema, cons. 2°, Recurso de apelación de fecha 16 de agosto de 2006, conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago, cons. 2°.

Sin embargo, la variedad de situaciones que podrían subsumirse en los dos criterios anteriores ha llevado a que los tribunales precisen el ámbito de aplicación de la acción en cuestión, ya que resulta lógico que la interposición de una acción de demarcación demuestra que las partes no están de acuerdo acerca del límite de sus respectivos terrenos y que, naturalmente, se busca la interpretación de los títulos de dominio de cada uno de los propietarios colindantes para materializar los deslindes en la práctica.

En este sentido, la Corte Suprema, haciendo alusión a lo fallado en primera instancia, ha señalado *“Que la sentencia recurrida que reprodujo y confirmó el fallo de primer grado, negando lugar, en definitiva, a la demanda de demarcación y cerramiento, reflexiona para arribar a tal decisión que ‘el objeto de la acción de demarcación es la fijación de límites, y como lo ha sostenido la doctrina y reiterada jurisprudencia, tiene como presupuestos que no existen linderos o mojones que determinen la línea de separación de los predios, como, asimismo, que éstos no hayan sido antes demarcados’ (...)”*⁷⁰.

En otro fallo, el máximo tribunal expone *“(...) Precisado lo anterior, los jueces –de primera instancia- aclaran que la acción deducida –demarcación- debe tener por finalidad única fijar los límites entre predios colindantes y determinarlos materialmente, lo que supone, por consiguiente, que no exista en absoluto delimitación entre los predios vecinos”*⁷¹.

En efecto, esta primera aproximación de los tribunales de justicia permite asegurar que la acción de demarcación solo procedería en los casos en que no existan deslindes entre los terrenos colindantes o no existan vestigios de algún deslinde anterior.

Una segunda aproximación exige que la acción de demarcación sea interpuesta por el propietario de un predio *“que no se encuentre demarcado, ni cerrado materialmente en su*

en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2006). N° 2-2006, Diciembre 2006. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 810-813. Causa Rol N° 24706-2014, Corte Suprema, Sala Tercera, 5 de Noviembre de 2014, cons. 5°.

⁷⁰ Causa Rol N° 7085-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 30 de mayo de 2013, cons. 3°.

⁷¹ Causa Rol N° 6826-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 13 de agosto de 2013. Cons. 4°.

deslinde con otra finca”⁷². Luego, la acción es improcedente en los casos en que los terrenos se encuentran cercados materialmente, sea que corresponda o no a lo que los títulos expresan.

Según esta apreciación, la Corte Suprema entiende que la existencia de un cerco construido por cualquier razón impide la procedencia de la acción de demarcación: *“De este modo resulta desnaturalizada la acción contemplada en el artículo 842 del Código Civil, al afectarse la posesión o el derecho de dominio, cuando se desconoce un deslinde y cierre actualmente existente. En efecto, existiendo una delimitación de los predios colindantes, cualquier alteración a la misma, que importe la privación de una porción de terreno, excede la acción de demarcación, resultando por ello acertada la consideración de los jueces de la instancia, respecto de que el objeto de la acción deducida en autos correspondía más propiamente a una acción reivindicatoria*”⁷³.

Una tercera postura concluye que la existencia de una delimitación previa no obsta a la procedencia de la acción siempre y cuando las partes discrepen acerca de su correcto emplazamiento. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que *“(…) la admisión de la pretensión en comentario reclama, además, la concurrencia de diferentes situaciones fácticas, siendo una de carácter esencial que no exista una línea divisoria entre los inmuebles señalada por medio de hitos aparentes que los demarquen ni cierren materialmente. También será procedente esta acción en caso que la delimitación exista, pero las partes discuerden sobre su correcta ubicación*”⁷⁴.

Conforme a esta postura, cobra suma relevancia la prueba pericial. Si por este medio se comprueba que los actuales deslindes no concuerdan con los títulos de las propiedades colindantes, procederá la demarcación. Por ejemplo, la Corte Suprema ha afirmado que *“En*

⁷² Causa Rol N° 820-2008, Corte Suprema, Sala Primera, 26 de Enero de 2009, cons. 5°, Causa Rol N° C-83-2012, Juzgado de Letras de Constitución, 10 de Abril de 2014, cons. 9°, Causa Rol N° 4340-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 22 de Julio de 2010, cons. 10°.

⁷³ Causa Rol N° 656-2008, Corte Suprema, Sala Primera, 30 de Marzo de 2009, cons. 10°. Esta consideración, que será materia de análisis posterior, es la que conlleva a que los tribunales entiendan que cualquier acción que altere la ocupación material de un propietario sobre terrenos, aun cuando éstos no le correspondan de acuerdo a los límites fijados en su título de dominio, conlleva la alteración de una situación jurídicamente protegida, consistente en la supuesta “posesión material” en la que se encontraría el propietario demandado respecto de los terrenos que se encuentran dentro del territorio ubicado dentro de sus cercos, lo cual conllevaría a una controversia de dominio sobre dichos terrenos, materia de una acción de reivindicación y no de demarcación.

⁷⁴ Causa Rol N° 7402-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 11 de junio de 2013, cons. 5° (S. de reemplazo).

consecuencia, el perito ha constatado en terreno la real cabida de los predios, respetando la igualdad en las superficies asignadas según sus títulos y ha procedido a demarcar la línea divisoria resultante con hitos en terreno, concluyendo del modo que ya se ha indicado, conclusión que cobra aún más fuerza si se tiene en consideración que, según los títulos, los deslindes de los inmuebles de los litigantes, al menos en el punto cardinal común, se encuentran designados con indicaciones genéricas, que no dicen relación con accidentes geográficos, calles o caminos, etc., o con señalamiento de metros desde un punto a otro, resultando manifiesta la necesidad de demarcación”⁷⁵.

En otro fallo, también se hace alusión a la importancia de la prueba pericial en controversias de este tipo, expresándose que *“Que según se observa del expediente en que recae el presente recurso, se advierte que los sentenciadores, en lo que interesa, han tenido por establecido en el fallo que se impugna, la concurrencia de los requisitos de la acción de demarcación, conforme lo señalado anteriormente, pues la petición formulada por el actor dice relación con la determinación de los hitos que fijen el deslinde común entre los predios colindantes, al no haberse discutido los títulos de dominio de las partes, asentándose además, que los hitos que fijen la línea de separación entre los predios de los litigantes deberán ser ubicados y construidos conforme a las conclusiones del perito que actúa en autos, de modo que los jueces recurridos han efectuado, al razonar del modo que lo hacen, una correcta aplicación de la normativa pertinente al caso de que se trata”⁷⁶.*

Finalmente, en la que podemos definir como una cuarta postura, el máximo tribunal ha resuelto que solo en ciertos casos la existencia de una delimitación previa impide la procedencia de la acción de demarcación: *“Que efectivamente, si bien se ha señalado reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia que obstaría a la admisibilidad de la acción que nos ocupa el hecho de solicitarla el propietario de un predio que se encuentre positivamente deslindado, dicha afirmación debe ser entendida a la luz de una adecuada exégesis del artículo 842 del Código de Bello, en términos tales de considerar únicamente como una eficiente excepción a la demanda de demarcación, por carecer ella de objeto, la*

⁷⁵ Causa Rol N° 6826-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 13 de agosto de 2013, cons. 18°.

⁷⁶ Causa Rol N° 24706-2014, Corte Suprema, Sala Tercera, 5 de Noviembre de 2014, cons. 6°.

alegación de existir una delimitación previa, efectuada de común acuerdo por los propietarios interesados o en cumplimiento de una resolución judicial.”⁷⁷.

Siguiendo estas directrices, el Juzgado de Letras y Garantía de Pucón afirmó en una sentencia definitiva sobre un conflicto de deslindes “(...) *Que en consecuencia para que proceda la acción de demarcación, es necesario que concurran los siguientes requisitos o condiciones: a) Que existan dos propietarios distintos; b) Que existan don fundos contiguos, pues lo hitos separadores deben colocarse precisamente en la línea en que los predios colindan, y c) que los predios no estén deslindados por acuerdo*”⁷⁸.

En efecto, y como un límite a la arbitrariedad que podría derivarse del rechazo de la acción por el solo hecho de que exista un cerco previo, los tribunales han estimado que dicha circunstancia solo derivaría en el rechazo de la acción en la medida que el cierre se haya debido a un acuerdo previo entre las partes, o a una resolución judicial que haya determinado el cerramiento por dicho lugar.

3. La importancia de la existencia y antigüedad de un cerco o cierre entre los predios colindantes

Ahondando en lo comentado en el numeral anterior, hemos podido identificar dos posturas de los tribunales de justicia en relación a la importancia de la existencia de un cerco entre los predios colindantes.

Una primera postura, asegura que la existencia material de un cerco no impide la procedencia de la acción de demarcación, ya que incluso el mismo puede estar emplazado en un lugar que contraviene los deslindes fijados por los títulos de dominio de los propietarios

⁷⁷ Causa Rol N° 7085-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 30 de mayo de 2013, cons. 5°.

⁷⁸ Causa Rol N° C-263-2012, Juzgado de Letras y Garantía de Pucón, 11 de Febrero de 2015, cons. 6°.

colindantes. Al respecto, la Corte Suprema –citando a los profesores Alessandri y Somarriva– ha señalado que *“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’”*⁷⁹.

En el mismo fallo, el tribunal profundiza en su postura y afirma que *“resulta evidente que los sentenciadores del mérito han incurrido en error de derecho al negar lugar a la demanda de demarcación y cerramiento en razón de una reflexión incorrecta, puesto que, como se ha manifestado, de modo alguno ha podido obstar a la admisión de la pretensión explicitada en el libelo pretensor de fojas 1, el hecho de existir un cierre de facto que divide materialmente y sin apego a derecho los predios inscritos registralmente a nombre de los litigantes, vulnerándose de este modo el artículo 842 del Código Civil, debiendo considerarse que tal transgresión normativa influyó substancialmente en lo dispositivo del fallo, al desestimarse una demanda a la que ha debido hacerse lugar, por lo cual no cabe sino acoger el recurso de nulidad sustantiva interpuesto por la parte recurrente”*⁸⁰.

Esta postura fue seguida, por ejemplo, por el Segundo Juzgado Civil de Puerto Montt, el cual en sentencia definitiva sobre un conflicto de deslindes acogió la acción de demarcación declarando *“Que, en nada altera la conclusión arribada el informe pericial acompañado a estos autos que se encuentra agregado de fs. 102 a fs. 104, ya que apreciado éste conforme a las normas de la sana crítica, si bien indica que existirían vestigios de un cerco anterior, lo que podría hacer presumir la existencia de una delimitación anterior y por tanto la improcedencia de esta acción, este informe discurre sobre la base de que la propiedad de las demandadas no se encontraría bien emplazada y que uno de sus deslindes no coincide con su dominio, escritura y plano catastral Municipal, hecho que no es alegado por los actores, ni por las demandadas, puesto que no ha sido cuestionado en esta demanda principal la delimitación de los predios, su ubicación y su cabida, en otros términos, aquí no se ha discutido el dominio sobre determinada porción de suelo, sólo se pretende la obtención a través de este juicio de la delimitación definitiva de los predios y los cierros que deben*

⁷⁹ Causa Rol N° 7085-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 30 de mayo de 2013, cons. 6°.

⁸⁰ *Ibíd.*, cons. 8°.

*separarlos en aquella parte en que estos son colindantes, a lo que el tribunal accederá conforme ya se indicó en este considerando.”*⁸¹.

Una segunda postura, abiertamente contraria a la primera, concuerda en que la acción de demarcación no procede en aquellos casos en los cuales los terrenos se encuentran “deslindados” por signos aparentes, ya sea por un cerco actualmente existente o por vestigios de uno.

La Corte Suprema, ha señalado “(...) *Que en consecuencia, es improcedente la acción de demarcación si en la actualidad el deslinde entre los predios está fijado por signos aparentes, pues dicha acción tiene como presupuesto el desconocimiento del límite que separa los respectivos inmuebles por no existir signos aparentes que lo demuestren*”⁸².

En otro fallo, el máximo tribunal establece que “*En efecto, existiendo una delimitación que ha sido reconocida por los propietarios de los predios colindantes, cualquier alteración a la misma, que importe la privación de una porción de terreno, excede la acción de demarcación, resultando por ello acertada la consideración de los jueces de la instancia, en cuanto rechazaron la demanda de autos, tras haber asentado la circunstancia de existir cierres en el deslinde que separa los predios de las partes, situación fáctica que resulta inamovible para esta Corte, al haber sido establecida por los sentenciadores del mérito en uso de las facultades que le son privativas.*”⁸³

Esta postura, incluso, ha sido radicalizada por algunos tribunales de primera instancia. Un ejemplo de ello, es la sentencia definitiva dictada por el Segundo Juzgado de Letras de Los Ángeles, el cual expresa “(...) *El punto a dilucidar es, si es posible deducir la acción de demarcación y cerramiento, si ambos predios tienen deslindes y existen cercos entre ellos. Sobre el particular, la jurisprudencia ha establecido en forma uniforme que las acciones de*

⁸¹ Causa Rol N° C-205-2011, 2° Juzgado Civil de Puerto Montt, 13 de Junio de 2013, cons. 7°.

⁸² Recurso de casación en el fondo de fecha 28 de enero de 2004, conocido por la Corte Suprema, cons. 3°, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 22-23.

⁸³ Causa Rol N° 4623-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 12 de Agosto de 2010, cons. 7°.

demarcación y cerramiento jamás pueden tener como finalidad la alteración de deslindes, ni cerrar lo que ya está cerrado, esté o no conforme con sus títulos”⁸⁴.

Otro antecedente considerado por los tribunales de justicia para respaldar esta segunda postura, radica en la antigüedad de los cercos. Una primera aproximación hacia este razonamiento que vemos en fallos tanto de la Corte Suprema como de los jueces del fondo, nos lleva a pensar que los tribunales consideran que un cerco que data de varios años, es una muestra de que las partes lo han aceptado como la forma correcta de delimitar los predios colindantes, estén o no conformes con los títulos de los mismos, lo cual no puede ser desatendido por el juez a la hora de fallar la controversia.

En este aspecto, la Corte Suprema ha expresado *“Que sobre la base de los hechos descritos en el fundamento que precede, los jueces del fondo estiman que los propietarios colindantes han tolerado o permitido los actuales deslindes por largo tiempo, sin que ello pueda devenir en una alteración de los mismos y de las cabidas, ya que ello daría origen a una nueva fuente de controversia por medio de la acción reivindicatoria, donde ambas con mayor acopio de medios probatorios pudieran determinar en definitiva la línea divisoria de ambos predios, motivos por los que rechazaron la demanda de demarcación intentada en estos autos.”⁸⁵.*

Este antecedente ha sido replicado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, resolviendo *“Que cualquier alteración a la delimitación ya efectuada que importe una privación de terreno a los demandados, excede la acción intentada en estos autos, resultando en consecuencia acertada la resolución de la juez a quo basada en la circunstancia de existir desde hace mucho tiempo cierres en los deslindes que separan los predios de las partes de este juicio.”⁸⁶.*

También, ha sido tomado en consideración por tribunales de primera instancia, como se puede apreciar de la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Letras de San Javier, el cual

⁸⁴ Causa Rol N° C-2924-2011, 2° Juzgado de Letras de Los Ángeles, 14 de Junio de 2013, cons. 6°.

⁸⁵ Causa Rol N° 3650-2014, Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), 14 de Octubre de 2014, cons. 3°.

⁸⁶ Causa Rol N° 452-2013, C. Puerto Montt, 16 de Agosto de 2013, cons. 12°.

resolvió “(...) *Que, finalmente, la propia demandante confesó expresamente en estos autos que el predio ocupado materialmente por el demandado cuenta con sus deslindes definidos y cercados, tal como lo observó el Tribunal en la diligencia de inspección ocular practicada a fojas 111, cerco que según los dichos de la demandante, ha existido siempre, desde hace más de treinta años.*”⁸⁷.

4. ¿Puede la acción de demarcación afectar terrenos que se encuentran materialmente ocupados por la parte demandada, disponiendo su restitución al demandante?

La respuesta a esta pregunta es la que se da con mayor ocurrencia en las controversias suscitadas a propósito de la delimitación de terrenos colindantes, ya que las alegaciones que, lógicamente, se verterán en un procedimiento de demarcación de terrenos, es que una de las partes sostendrá que la contraria se encuentra ocupando un retazo de terreno que no le corresponde de acuerdo a los títulos de dominio de ambos propietarios y que, por lo tanto, la acción de demarcación permitirá hacer el cerramiento por los deslindes expresados en los títulos de dominio, lo que significa colocar un cerco en terrenos ocupados materialmente por la contraria.

Bajo esta premisa, hemos podido identificar dos posturas de los tribunales acerca de si la acción de demarcación permite, efectivamente, amparar al demandante que alega que la actual demarcación de los terrenos le impide la ocupación de terrenos que se encuentran dentro de la

⁸⁷ Causa Rol N° C-1406-2012, Juzgado de Letras de San Javier, 10 de Diciembre de 2013, cons. 9°. En este mismo sentido ha fallado el 1° Juzgado de Letras de Rengo (Causa Rol N° C-1159-2011, 1° Juzgado de letras de Rengo, 28 de Enero de 2014, cons. 25°), el cual señala “*Que en lo concerniente al tercer supuesto de la acción, esto es: ‘que el asunto controvertido recaiga única y exclusivamente sobre el sitio o ubicación por donde debe pasar la línea divisoria, sin discusión o desacuerdo sobre la naturaleza o extensión de los respectivos predios de las partes’, y que dice relación además con el segundo punto de prueba de fojas 113, esto es, que los predios no se encuentran demarcados; se habrá de tener en consideración, las declaraciones de los testigos tanto de la demandante, como de la demandada, quienes señalan que los límites o la demarcación siempre ha existido, y si bien en algunos sectores, según sus propias palabras, se encuentran caídos, la demarcación existe y se encuentran vestigios del cerco divisorio, cuestión que fue apreciado por el propio tribunal en la audiencia de Inspección de fojas 115, en el sentido de observar postes de madera de data antigua, paralelos al cerco actual.*”

esfera de actuación de la demandada. Asimismo, para solucionar este conflicto la jurisprudencia ha entendido que conceptos como la posesión y el dominio de terrenos deben ser considerados para dar una respuesta adecuada al tenor del objeto de la acción de demarcación, limitando así el ámbito de aplicación de esta última. Por tanto, los tribunales de justicia al analizar este conflicto han debido señalar cuál es la acción apropiada para atender a los problemas que se presentan en casos en que se afectan terrenos ocupados previamente por uno de los propietarios colindantes y, por ello, han tenido que precisar las diferencias entre las acciones de demarcación y reivindicatoria para poder definir, claramente, el ámbito de aplicación de cada una de estas.

En primer lugar, y haciendo alusión recurrentemente al mismo dictamen⁸⁸, la jurisprudencia ha considerado que la acción de demarcación puede incluir la restitución de terrenos como resultado de los deslindes fijados por el tribunal en su fallo. En efecto, la Corte Suprema ha manifestado que *“Por su parte la jurisprudencia sobre la materia ha señalado que ‘no se desnaturaliza la acción de demarcación incorporando en ella cuestiones de dominio, pues recuperar terrenos -como consecuencia de la fijación justa y legal de los límites que separan a los predios colindantes- es uno de sus fines, siempre que no se los individualice y que su objeto principal sea la fijación de la línea divisoria, con las restituciones consiguientes, pero inciertas en su cantidad y destino’”*⁸⁹.

En efecto, esta línea jurisprudencial que se basa fundamentalmente en los postulados del profesor Luis Claro Solar. Al respecto, se ha declarado que *“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”*⁹⁰. En efecto, la jurisprudencia declara que la acción de demarcación tiene por objeto expresar los límites establecidos en los títulos de dominio de los propietarios colindantes. Por lo tanto, la restitución es solo una consecuencia del establecimiento de los deslindes por el lugar donde

⁸⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXII, Sec. 1º, p. 183.

⁸⁹ Causa Rol N° 7085-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 30 de mayo de 2013, cons. 7º, Causa Rol N° 7402-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 11 de junio de 2013, cons. 2º.

⁹⁰ Causa Rol N° 6826-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 13 de agosto de 2013, cons. 14º.

siempre debieron estar, ya que esto es lo que se persigue con la demarcación de los predios conforme a lo señalado en los títulos respectivos.

En cambio, una segunda postura, mayoritaria de la jurisprudencia, sostiene que la restitución de terrenos escapa del objeto de la acción de demarcación. En efecto, la afectación de la ocupación material de terrenos de la demandada envuelve un conflicto de dominio, que es materia de un juicio reivindicatorio.

Por ejemplo, la Corte Suprema resolvió que “(...) Desde luego, si se concluye que la demandada ocupa materialmente parte del predio del demandado y que debe procederse a la demarcación en el sentido indicado en el referido peritaje, esto es, por la línea que el perito entiende que constituye el verdadero límite, se ha sentenciado, en realidad, un conflicto sobre el dominio de un retazo de 8,03 metros cuadrados, que es el que el perito dice que la demandada “le tiene tomado” al demandante. El objeto de la acción de demarcación, como lo ha dicho esta Corte, es únicamente practicar la delimitación e indicar en el terreno de manera visible las señales que ponen de manifiesto los límites de cada finca, que desde entonces quedan fijados y ciertos. En consecuencia, falla ultra petita la sentencia que, apartándose de lo solicitado en la demanda, resuelve acerca del dominio del retazo antes señalado”⁹¹.

En este sentido, el máximo tribunal entiende que cuando la acción de demarcación afecta a terrenos ocupados materialmente por la demandada, se trata de una disputa acerca del dominio de esos terrenos. Pero también la jurisprudencia ha entendido que la restitución, en estos casos, privaría al demandado de la posesión en la que, supuestamente, se encontraría respecto a dichos retazos.

En base a esto último, el excelentísimo tribunal ha afirmado que “De este modo resulta desnaturalizada la acción contemplada en el artículo 842 del Código Civil, al afectarse la posesión o el derecho de dominio, cuando se desconoce un deslinde y cierre actualmente existente. En efecto, existiendo una delimitación que ha sido reconocida por los propietarios

⁹¹ Recurso de casación en el fondo de fecha 28 de enero de 2004, conocido por la Corte Suprema, cons. 3°, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 22-23.

de los predios colindantes, cualquier alteración a la misma, que importe la privación de una porción de terreno, excede la acción de demarcación, resultando por ello acertada la consideración de los jueces de la instancia, respecto de que el objeto de la acción deducida en autos correspondía más propiamente a una acción reivindicatoria”⁹².

En otro fallo, el mismo tribunal ha concluido que *“Que de lo expresado surge con claridad que, entre los litigantes, existe controversia sobre la cabida de sus predios y respecto de tal cuestión se resuelve en la sentencia impugnada, excediendo, por lo tanto, el marco del ejercicio de la acción de demarcación y cerramiento, la que, en caso alguno, puede disfrazar la pretensión de modificar las cabidas de los predios colindantes, como ocurre en el caso, en que, además de existir el cerco que separa a ambos predios, lo que se persigue supone derrumbar un lindero ya existente y alterar, de ese modo, la extensión de los terrenos en disputa.”⁹³.*

Esta línea jurisprudencial presenta ciertas características particulares que deben ser precisadas en atención a los diversos fallos que hemos estudiado.

En primer lugar, la Corte Suprema ha entendido frecuentemente que si los deslindes implican la restitución de terrenos que son ocupados por la demandada, se le estaría privando de la *posesión* de los mismos. Este razonamiento procede de una respuesta conteste que han otorgado los tribunales, al analizar los casos en los cuales una persona pierde o se encuentra privada de la posesión de un bien inmueble para efectos de interponer la acción reivindicatoria, en los que el máximo tribunal ha entendido que *“(…) A fin de verificar la*

⁹² Causa Rol N° 820-2008, Corte Suprema, Sala Primera, 26 de Enero de 2009, cons. 5°, Causa Rol N° 656-2008, Corte Suprema, Sala Primera, 30 de marzo de 2009, cons. 10°, Causa Rol N° 4340-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 22 de julio de 2010, cons. 11°, Causa Rol N° 4623-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 12 de agosto de 2010, cons. 7°. Otro ejemplo elocuente de esta línea jurisprudencial se puede apreciar en el dictamen del recurso de casación en el fondo de fecha 12 de enero de 2015 (causa Rol N° 17484-2014, cons. 8° y 9°), *“(…) De modo que, valorada que fue la prueba, se constató que aun cuando la acción deducida tuvo por objeto la determinación de la línea divisoria entre los predios, la disputa excede los márgenes de la acción planteada por tratarse de un asunto que trata acerca del dominio y posesión de una franja de terreno. 9°. Que el ejercicio de una acción de división territorial como la aquí planteada, supone el acuerdo acerca de los deslindes de los predios colindantes y, por el contrario, existiendo disconformidad entre las partes en cuanto a la ubicación de la línea divisoria, surge la necesidad de discutir la divergencia por la vía de una acción de naturaleza distinta, cual es una acción de dominio, pues, en definitiva, es el derecho de propiedad sobre un predio determinado el que se encontraría comprometido en el proceso. En consecuencia, de lo razonado aparece que la demanda fue correctamente desestimada.”*

⁹³ Causa Rol N° 178-2014, Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), 24 de junio de 2014, cons. 8°.

conurrencia o falta del presupuesto de la posesión del demandado [respecto de la acción reivindicatoria], debe tenerse en consideración que tratándose de bienes inmuebles, esta pérdida de posesión puede producirse por la privación de la posesión inscrita solamente, conservándose la posesión material; por la pérdida de la posesión material, conservándose la posesión inscrita; o por carencia tanto de la posesión inscrita como de la material.”⁹⁴.

Este fallo, en el cual la Corte Suprema acoge una acción reivindicatoria que tenía como fin, precisamente, la restitución de terrenos que le pertenecían al demandante de acuerdo a los deslindes señalados en su título de dominio, nos revela que para este tribunal una persona puede estar en posesión de un retazo de terreno a pesar de no mantener un título inscrito que lo ampare para ello, y solo manteniendo una ocupación material, en término del tribunal, con “ánimo de señor o dueño”⁹⁵. Bajo esta idea, el tribunal ha introducido el concepto de “posesión material” en disputas sobre los efectos jurídicos de la posesión inscrita, cuestión que comentaremos posteriormente.

En segundo lugar, el máximo tribunal entiende que si la acción de demarcación tiene como resultado la restitución de terrenos, ello afectaría la cabida de los predios lo cual necesariamente sería materia de una acción reivindicatoria. Al igual que en uno de los fallos citados previamente⁹⁶, en otro la Corte Suprema afirma “(...) *Que de lo expresado surge con claridad que, entre los litigantes, existe controversia sobre la cabida de sus predios y respecto de tal cuestión se resuelve en la sentencia impugnada, excediendo, por lo tanto, el marco del ejercicio de la acción de demarcación y cerramiento, la que, en caso alguno, puede disfrazar la pretensión de modificar las cabidas de los predios colindantes, como ocurre en el caso, en que, además de existir los cercos que separan a los predios vecinos, lo que se persigue supone*

⁹⁴ Causa Rol N° 4815-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 17 de agosto de 2010, cons. 17°. Profundizando en el tema, a propósito de las consideraciones de la jurisprudencia respecto a la posesión que puede recaer sobre bienes inmuebles, PACHECO, J. R. *Análisis jurisprudencial sobre las teorías de la “inscripción ficción” e “inscripción garantía” durante la década del 2000. Tendencias y proyecciones*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013.

⁹⁵ Por ejemplo, la Corte Suprema en recurso de casación en el fondo de fecha 26 de enero de 2009, en causa Rol N° 820-2008, cons. 5° expresa “(...) *La admisión de la pretensión sub lite presupone la concurrencia de diferentes situaciones fácticas, siendo aquella de carácter esencial, que se interponga por quien es propietario de un predio que no se encuentre demarcado, ni cerrado materialmente en su deslinde con otra finca, de modo que los inmuebles no sufran alteración, ni se prive al demandado de una porción de suelo que posea a título de señor y dueño, mediante una condena que lo exhorte a entregar o a restituir al demandante.*”

⁹⁶ Vid. Supra, p. 59.

derrumbar linderos ya existentes y alterar, de ese modo, la extensión de los terrenos en disputa.”⁹⁷.

En este sentido, el tribunal entiende que la cabida de los predios, y por tanto su extensión, están determinadas, a lo menos preliminarmente, por la ocupación material de los mismos. Por tanto, la existencia de un cerramiento que permita dar una apariencia de que un terreno tiene determinada extensión de m² es un antecedente que puede llevar al rechazo de la acción de demarcación, y a la procedencia de la acción reivindicatoria, incluso sin hacer referencia a si tales extensiones se encuentran acordes con los títulos de dominio de los predios en conflicto, los cuales debieran ser la expresión de sus reales cabidas.

5. Diferencias entre la acción de demarcación y la acción reivindicatoria

Como hemos podido apreciar en los fallos citados anteriormente, la jurisprudencia ha empleado diversos criterios sobre la procedencia de cada una de las acciones señaladas. Así, siguiendo cada una de las posturas que han sido explicadas, uno puede entender que el criterio que siga en cada caso el tribunal competente llamado a resolver la controversia será trascendental a la hora de inclinarse por una u otra acción.

Por ser dos acciones que pareciera ser que comparten muchos más rasgos que los que las diferencian, la Corte Suprema ha pretendido, en ciertos fallos, alejarse del caso particular analizado para asentar los criterios que permitirían en abstracto saber cuándo procede una u otra acción.

Por ejemplo, en un primer acercamiento, el máximo tribunal estimó que una gran diferencia entre ambas tenía que ver con la cosa pedida. En este sentido, señaló “*Que, aún en lo relativo a la distinción entre la acción de demarcación y la de reivindicación, precisados*

⁹⁷ Causa Rol N° 3545-2014, Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), 4 de Noviembre de 2014, cons. 9°.

*sus alcances del modo ya señalado, es posible también afirmar que si lo solicitado es la restitución en forma indeterminada de terrenos que están dentro de los linderos del predio que se pretende demarcar, la acción propia es la de demarcación. Si, en cambio, lo requerido es la posesión de terrenos determinados que otro tiene en su poder y que están dentro de los linderos del que los pide, se trata entonces de una acción reivindicatoria*⁹⁸.

Por tanto, la *restitución de forma indeterminada de terrenos* debe ser una consecuencia del verdadero propósito de la acción de demarcación, cual es fijar los límites que separan a dos o más terrenos colindantes de acuerdo a lo que expresan los títulos. Por tanto, la restitución debe provenir indirectamente de la demarcación correcta de los terrenos.

Así lo expresa este mismo fallo: “¿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? 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”⁹⁹.

⁹⁸ Causa Rol N° 6826-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 13 de agosto de 2013, cons. 17°. También en otro fallo, -Causa Rol N° 7085-2012, 30 de mayo de 2013- el máximo tribunal señaló que “*Que en relación, ahora, a la distinción existente entre la acción de demarcación y la de reivindicación, debe precisarse que ambas tienen objetos distintos ya que la primera busca que se señalen los límites de dos predios colindantes, en tanto que la segunda se interpone para recuperar un terreno cuyo dominio pretende el demandante y que está en posesión del demandado*”.

⁹⁹ *Ibíd.*, Considerando 14°. Esta cita del profesor Luis Claro Solar es comentada por BARRIENTOS, Javier. De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce. Comentario de Jurisprudencia. En: Revista Chilena de Derecho Privado, N°4, 2005. pp. 221-249; BARCIA, R. (2014). *Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, pp. 370 y ss.; y LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Diferencias entre la acción de demarcación y la acción reivindicatoria*. Comentario Sentencia Corte Suprema del 17 de agosto de 2010, Rol N° 5565-2010. En: Revista de derecho Escuela de Postgrado, N°1, diciembre 2011, pp. 257-261.

En cambio, otra línea jurisprudencial, ya explicada a propósito del numeral anterior¹⁰⁰ entiende que toda restitución de terrenos que se derive a consecuencia de una acción de demarcación, escapa del objeto de la misma, por lo que necesariamente dicha petición involucra cuestiones sobre el dominio o posesión de dichos terrenos, siendo procedente la acción reivindicatoria. Por tanto, la principal diferencia entre ambas acciones queda expresada en la siguiente idea “(...) *Que esta Corte Suprema ha resuelto (sentencia de 9 de junio de 1945, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 43, sección 1º, pág. 535) que procede la acción de demarcación si ninguno de los vecinos posee el suelo en cuestión con ánimo de señor o dueño; de lo contrario, para obtener que se prive a uno de la posesión y se entregue a otro, hay que recurrir necesariamente a la acción reivindicatoria*”¹⁰¹.

6. Comentarios y directrices a destacar de los fallos citados sobre las acciones de demarcación y reivindicatoria

En la jurisprudencia revisada Hemos podido apreciar que, con pequeñas diferencias, los casos en los que se ven involucradas cuestiones de delimitación de terrenos presentan patrones comunes. Quizá ahí se encuentra el origen de la doctrina que mayoritariamente han sostenido nuestros tribunales de justicia para aproximarse a este tipo de casos, en que existen dudas acerca de los límites físicos, y no jurídicos, de dos terrenos colindantes. Al margen de las cuestiones de hecho que caracterizan a cada disputa, y sin perjuicio que los diversos fallos revisados demuestran una inclinación hacia una forma en particular de entender la acción de demarcación, es preciso evidenciar que nuestra jurisprudencia ha oscilado entre dos soluciones completamente opuestas a controversias similares, dejando en evidencia las dudas que ha generado la aplicación del régimen de remedios civiles a casos como el expuesto al comienzo de este trabajo. Sin embargo, todos los casos citados anteriormente ponen de manifiesto que los conflictos presentan ciertas particularidades, que son las que exponemos a continuación.

¹⁰⁰ Vid. Supra p. 56 y ss.

¹⁰¹ Recurso de casación en el fondo de fecha 17 de mayo de 2004, conocido por la Corte Suprema, cons. 6°. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 114-117.

6.1. El objeto de la acción de demarcación es la determinación jurídica y material de los deslindes establecidos en los títulos de propiedad

Todos los casos analizados muestran una constante, al caracterizar el objeto de la acción de demarcación como un conflicto entre los deslindes señalados en los títulos de propiedad inscritos de los predios colindantes y los deslindes materiales que existen en la realidad (o la falta de los mismos).

Así, la acción de demarcación se transforma en una manifestación del derecho de propiedad que tiene una persona sobre el inmueble inscrito a su nombre¹⁰², cuyo sentido es llevar a la práctica los límites previamente establecidos en la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces de la que emana su posesión. Por ello, se transforma en una acción que busca, preponderantemente, la consagración de una situación de hecho a partir de un antecedente jurídico, respecto al cual las partes no tienen diferencias, buscando su materialización en los predios.

La jurisprudencia, por tanto, ha declarado que la demarcación comprende dos fases. En primer lugar, una jurídica o ideológica, que consiste en “*fijar los deslindes de los inmuebles según los títulos*”, y otra material que consiste en “*precisar concretamente el lugar en que se separan los predios*”.

Asimismo, algunos fallos han pretendido explicar la naturaleza de la demarcación como una servidumbre constituida por el gravamen impuesto a los dueños de predios colindantes de concurrir a la fijación de los límites físicos de sus respectivos predios. Incluso, se la ha

¹⁰² Como se mencionó anteriormente (Vid. Supra pp. 62-65), la mayoría de los fallos citados discrepan de la naturaleza de servidumbre atribuida por el Código Civil a la acción de demarcación, y la caracterizan más bien como una manifestación del derecho de propiedad que tiene una persona para delimitar la esfera de protección de su derecho.

caracterizado como una servidumbre positiva, por cuanto impondría al dueño del predio sirviente la obligación de hacer¹⁰³.

Otras sentencias, en cambio, discrepan de su naturaleza de servidumbre, ya que la demarcación sería más bien una manifestación del derecho de propiedad del sujeto, traducido en el poder que tiene para fijar la extensión de su derecho y delimitar el objeto sobre el cual recae, obligando al propietario del predio colindante a concurrir a delimitar físicamente sus terrenos a expensas comunes; obligación derivada de las relaciones de vecindad entre los propietarios y necesaria para la debida correspondencia entre el ejercicio de ambos derechos.

Esta última apreciación nos parece acertada, debido a que, como indicaremos, la demarcación no comparte ninguna característica con una servidumbre, salvo la ubicación de su reglamentación, y sus fundamentos se asemejan, más bien, a una necesaria operatividad de los títulos de propiedad en la práctica, para poder llevarlos desde un plano jurídico a la realidad, lo que permite asimilarlo, por tanto, a una inseparable característica de este derecho.

6.2. La jurisprudencia ha determinado los requisitos para que proceda la acción de demarcación

De manera oscilante, y aun cuando, como hemos podido observar, hay sentencias recientes (2013 y 2014) que sostienen lo contrario, la jurisprudencia mayoritaria ha señalado que los requisitos para que opere la acción de demarcación, son: a) la existencia de dos propietarios distintos; b) que existan dos fundos contiguos o colindantes; y c) que los predios no presenten señales de un cerramiento o cerco previo.

¹⁰³ Recurso de casación en el fondo de fecha 17 de mayo de 2004, conocido por la Corte Suprema, cons. 4°. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 114-117.

Evidentemente, el primer requisito se justifica si entendemos, como ha sido sostenido mayoritariamente, que la demarcación no es más que una manifestación de la naturaleza del derecho de propiedad para determinar la esfera del poder de actuación del propietario sobre un terreno. Por tanto, las controversias que hemos contemplado en la jurisprudencia niegan la acción en aquellos casos en que, por ejemplo, no se acompañan los títulos inscritos de los propietarios colindantes.

Respecto al segundo requisito, la colindancia entre los predios es necesaria como un elemento de la naturaleza de la delimitación. Precisamente el objetivo de la acción se centra en distinguir los límites físicos que separan a dos predios que comparten, a lo menos, un lado en común, por lo que no se explicaría la acción sin este antecedente de hecho.

Finalmente, acerca del tercer requisito, hemos constatado que presenta bastantes peculiaridades sobre las que debemos hacer mención.

En primer lugar, es necesario enfatizar que si bien este requisito ha sido reconocido por la mayoría de nuestra jurisprudencia, como se ha podido observar, ello no es compartido de forma pacífica por ella, lo que queda evidenciado en distintas sentencias transcritas que fallan de forma opuesta, entendiéndose que la existencia de un cerco o fijación de límites no obsta a la aplicación de la acción de demarcación si estos no se condicen con los títulos y no provienen de sentencia judicial o de acuerdo entre ambos propietarios. Sin perjuicio de lo anterior, gran parte de la jurisprudencia ha señalado que sólo procede la acción si no han existido signos de cercos o cerramientos anteriores entre los predios, requisito que ha sido interpretado, en nuestra opinión, de una manera restrictiva y poco consistente con los objetivos que se encuentran detrás de la interposición de esta acción¹⁰⁴.

En fallos recientes, los tribunales han tendido a rechazar la acción de demarcación ante cualquier vestigio de una división física previa entre los terrenos, sin importar si dicho lindero se condice efectivamente con los deslindes señalados en los títulos de los propietarios contiguos o si ello fue un reflejo de un acuerdo previo o de una resolución judicial entre las partes.

¹⁰⁴ Vid. Supra pp. 52 y ss.

En este sentido, de manera injusta en nuestra opinión, se abre el espacio a que los tribunales desechen la acción a pesar de que la delimitación se deba simplemente a una decisión unilateral de una de las partes o en situaciones incluso más graves, como cuando dicha delimitación no tiene absolutamente nada que ver con los deslindes señalados en los títulos de los propietarios. Creemos que allí precisamente se encuentra la utilidad esencial de esta acción, cuya función principal se ve mermada ante este tipo de decisiones de los tribunales.

En este sentido, concordamos con fallos disidentes a la línea jurisprudencia actual, conforme los cuales la acción de demarcación debiese desecharse únicamente en aquellos casos en que existe una delimitación previa, efectuada de común acuerdo por los propietarios interesados o en cumplimiento de una resolución judicial, lo cual concordaría con una adecuada exégesis del artículo 842 del Código Civil y con el sentido natural de la acción en comento. La profundización de esta idea, se desarrollará en el capítulo IV.

6.3. La acción de demarcación no procede si con ella se persigue privar al demandado de una porción de terreno que él “posee” materialmente

Sin lugar a dudas, este hecho constituye la característica más importante que hemos apreciado en los fallos analizados y, particularmente, en los casos en que se rechaza la acción de demarcación y ello va de la mano con el tercer requisito que ha establecido la línea jurisprudencial mayoritaria para la procedencia de la acción.

Hemos constatado una línea jurisprudencial sostenida actualmente en los tribunales de primera instancia y en los tribunales superiores de justicia, confirmada de manera conteste por la Corte Suprema, que descarta la procedencia de la acción de demarcación cuando la delimitación que se obtiene a través de las pruebas aportadas al juicio concluye que el nuevo amojonamiento implica en la práctica la *restitución* de terrenos que se encuentren en *posesión material* del otro propietario.

Estas decisiones han incidido en que, de manera sostenida en el último tiempo, los tribunales superiores de justicia afirmen, como un corolario aplicable a todos los casos que presentan estas características, que se desnaturaliza la acción de demarcación al aplicarla en este tipo de controversias, ya que la decisión afecta a la posesión o el derecho de dominio del propietario al cual se le priva, en la práctica, de una porción de terreno del que se encontraría actualmente en posesión, lo que escaparía al objeto de la acción de demarcación y entraría en la esfera de protección de la acción reivindicatoria.

En resumen, la jurisprudencia ha entendido que lo pedido en estos casos no se condice con el objeto de la acción de demarcación sino que devela una disputa acerca de terrenos en los que una parte alegaría la privación de su legítima posesión, buscando la restitución de terrenos en posesión del otro propietario, cuestión que entraría a la esfera de protección de la acción reivindicatoria.

Sin embargo, hemos constatado una línea jurisprudencial minoritaria que afirma que no se desnaturaliza la acción de demarcación cuando su efecto colateral es la restitución de un retazo de terreno, ya que este sería un fin secundario de la misma acción¹⁰⁵. Para que la restitución proceda, esta jurisprudencia exige que la demanda no individualice la porción de terreno solicitada, ya que el objeto de la acción es simplemente fijar la línea divisoria entre los predios colindantes, mientras que las restituciones de terreno que puedan seguir son inciertas en su cantidad y destino¹⁰⁶.

Estas diferencias en la jurisprudencia han sido objeto de profundo debate en la doctrina nacional, ya no únicamente para delimitar el alcance y los límites de la acción de demarcación sino por las implicancias de la tesis jurisprudencial mayoritaria en la forma correcta de entender el régimen jurídico que regula la posesión de los bienes inmuebles en Chile.

¹⁰⁵ Esta línea jurisprudencia ha sido construida a partir de los postulados de Luis Claro Solar, respecto a la acción de demarcación en su obra CLARO, L. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen IV, De Los Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Sin embargo, hay autores que argumentan que la jurisprudencia ha utilizado erróneamente lo que el profesor ha querido decir, lo que sería absolutamente contrario con dicha postura jurisprudencia. Al respecto, BARCIA, R. (2014). *Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, pp. 370 y ss.

¹⁰⁶ Un ejemplo de ello, es la causa Rol N° 7402-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 11 de junio de 2013, cons. 2°, 5° y 6° (S. de reemplazo).

Como se analizará en el capítulo siguiente y ha quedado de manifiesto en la jurisprudencia revisada, la demarcación no es más que la expresión de los deslindes fijados en los mismos títulos que sirven de base para la conformación del derecho de propiedad que un sujeto tiene respecto de un bien inmueble. Por tanto, todo propietario no posee ni adquiere más terrenos que los que se encuentran dentro de los límites especificados en el título inscrito en el Conservador de Bienes Raíces. Es allí que una de las funciones esenciales de la inscripción registral consista en que cualquier persona –con el solo tenor de lo que los propios títulos revelan– pueda conocer a ciencia cierta cuáles son las extensiones de su derecho de propiedad sobre un terreno determinado. Por otra parte, la debida correspondencia de los deslindes fijados en los títulos con la realidad evita problemas que en la práctica son de difícil apreciación, como la determinación precisa de la cabida de los terrenos o la posibilidad de constituir dos o más derechos de propiedad sobre los mismos. Dicha correspondencia contribuye a otorgar mayor certeza acerca de dónde termina el derecho de propiedad de uno y dónde comienza el derecho del propietario colindante.

Además, debe tenerse presente que entre propietarios que hacen valer su derecho a través de las inscripciones de sus respectivos títulos, la posesión, que constituye el antecedente para la aplicación de la prescripción adquisitiva, solo se adquiere desde el momento en se realiza la tradición del inmueble, esto es, mediante la inscripción del título en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces. Por tanto, la posesión de los bienes inmuebles se ejerce mediante la competente inscripción. Es decir, la inscripción es el límite natural y jurídico de la posesión de los bienes raíces.

Por tanto, nada posee aquel que mantiene en los límites físicos de su predio terrenos que, conforme a los títulos inscritos del predio colindante, son comprendidos por este último. En consecuencia, si la demarcación determina que el amojonamiento debe hacerse sobre terrenos distintos a los actuales límites, nada se restituye ni menos se deja de poseer por el otro propietario, ya que dicho terreno siempre estuvo bajo posesión del demandante conforme a los deslindes expresados en su título inscrito. En este sentido, la demarcación sólo rectifica un error de hecho, haciendo prevalecer un derecho del poseedor respaldado en su título inscrito. Por tanto, la sentencia que acoge la acción de demarcación no condena al demandado restituir

porción alguna de terreno al actor sino que simplemente ordena que los títulos inscritos de ambos predios colindantes sean respetados en la práctica por sus respectivos propietarios.

Aquí reside la esencia del problema planteado en nuestro trabajo. Este error, creemos, se debe a la restringida aplicación que tendría la acción reivindicatoria respecto de bienes inmuebles si se interpretara según la teoría de la posesión inscrita. Esto ha generado que la privación de posesión en este tipo de bienes se interprete desde un ámbito material acorde a lo estipulado en el artículo 700 del Código Civil. En este tipo de casos, la Corte Suprema no ha tenido problemas en señalar que *“A fin de verificar la concurrencia o falta del presupuesto de la posesión del demandado -respecto de la acción reivindicatoria-, debe tenerse en consideración que tratándose de bienes inmuebles, esta pérdida de posesión puede producirse por la privación de la posesión inscrita solamente, conservándose la posesión material; por la pérdida de la posesión material, conservándose la posesión inscrita; o por carencia tanto de la posesión inscrita como de la material”*¹⁰⁷.

Paradójicamente, la desnaturalización de la acción de demarcación que pretenden evitar los tribunales al rechazarla en este tipo de casos ocurre precisamente porque se desnaturaliza la acción reivindicatoria. Esto, inevitablemente, ha intensificado la vulgarización de la teoría de la posesión inscrita.

¹⁰⁷ Causa Rol N° 4815-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 17 de Agosto de 2010, cons. 7° y 17°.

CAPITULO IV: UNA NECESARIA REVISIÓN DE LA ACCIÓN DE DEMARCACIÓN ANTE LA EXTENSIVA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

1. La desnaturalización de la acción reivindicatoria en conflictos sobre deslindes

La jurisprudencia examinada ha establecido que la diferencia esencial entre la acción reivindicatoria y la acción de demarcación consiste en que esta última no tiene por objeto la restitución de terrenos poseídos materialmente por el demandado. Sin embargo, nuestros tribunales han entendido esta controversia desde un punto de vista fáctico en lugar de jurídico, soslayando el carácter técnico de la posesión de los inmuebles y declarando que en estos casos procedería la interposición de la acción reivindicatoria.

Sin embargo, consideramos que este criterio es errado. Lo anterior, por cuanto estimamos que nada se restituye por medio de la acción de demarcación y que nada posee el ocupante de una porción de terreno ubicada dentro de los deslindes de que dan cuenta los títulos inscritos del predio colindante. Como bien señalan Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *“los que parten de la base que la posesión de un inmueble inscrito se conserva mientras no se cancele la inscripción, concluyen que si un tercero se apodera materialmente del predio, este último no adquiere la posesión ni pone fin a la existente y, por lo mismo, el dueño del inmueble no puede entablar acción reivindicatoria contra el usurpador: aquel no cumple con el requisito de estar desposeído de la cosa”*. En este sentido, no hay caso más evidente de apoderamiento material que el que ha sido materia de esta memoria, esto es, el demandado altera o fija unilateralmente los deslindes físicos que separan su predio del que pertenece al actor y estos deslindes son contradictorios con la descripción de los linderos en los títulos inscritos de ambas heredades.

Existe, de forma escasa en la jurisprudencia y con mayor presencia en la doctrina, una discordancia respecto de la procedencia de la acción de reivindicación en relación a los inmuebles que se encuentran debidamente inscritos. A este respecto don Humberto Trucco

correctamente señaló que “*los actos de detentación, no pueden considerarse como turbación, embarazo o despojo de la posesión, que el poseedor inscrito tiene con los caracteres de imperturbable mientras subsista la inscripción. Sólo habrá turbación o embarazo, a nuestro juicio, si el detentador pretende inscribir, y despojo, si logra inscribir*”¹⁰⁸. Aún más categórico es el profesor Jaime Alcalde, al aseverar que “*(...) tratándose de inmuebles inscritos, el legitimado pasivo en el juicio reivindicatorio es la persona que figura como tal en la inscripción conservadora, y no quien lo detenta materialmente, porque solo él es el actual poseedor a que alude el artículo 895 del Código Civil.*”¹⁰⁹

En la misma forma se ha pronunciado el profesor Fernando Rozas, al señalar que “*como mientras subsista la inscripción y no sea cancelada, se conserva la posesión (artículo 728 del Código Civil), creemos que no procede la acción reivindicatoria contra el que se apodera del inmueble inscrito*”, y el profesor Javier Barrientos, quien ha dicho que “*si la acción de dominio del artículo 889 del Código Civil sólo procede en contra del “actual poseedor” y si, de acuerdo con la disciplina de la posesión inscrita, quien detenta materialmente un bien raíz inscrito es “mero tenedor de él”, es claro que no pueda el dueño reivindicar la heredad en contra de aquél, porque no ha perdido su posesión*”¹¹⁰.

En consecuencia, para una comprensión armónica de las normas que regulan a la acción reivindicatoria y las que dan sustento a la teoría de la posesión inscrita, dicha acción no debiese proceder en los casos en que una persona detenta materialmente parte del terreno de un poseedor inscrito. Como bien explica el profesor Rodrigo Barcia, estos fallos “*se hacen cargo de forma indirecta de una crítica que ya había sido detectada por la dogmática civil más moderna. Andrés Bello al elaborar el sistema de posesión inscrita, sobre inmuebles, no*

¹⁰⁸ TRUCCO, H. *Op. Cit.* pp. 630 y 631.

¹⁰⁹ ALCALDE, J. (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 N° 7769-2014.* En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, diciembre de 2014, p. 394.

¹¹⁰ BARRIENTOS, J. (2005). De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce. Comentario de Jurisprudencia. En: Revista Chilena de Derecho Privado, N°4, 2005. pp. 231. En contra de esta posición el profesor Daniel Peñailillo, quien señala “*Nos parece lo más razonable (y así se ha resuelto): si la zona conflictiva no es poseída efectivamente (mediante actos posesorios materiales, ostensibles) por ninguno de los contendores, procede la demarcación; por el contrario, si ese territorio está siendo poseído por otro (el vecino), y se pretende la restitución, lo procedente es la reivindicación*”. PEÑAILILLO, D. (2006). Los Bienes. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 496.

habría dimensionado los efectos que la generalización que este sistema produciría sobre la acción reivindicatoria y la posesión. Al convertir la posesión de un fenómeno fáctico, integrado por el animus y el corpus, a un fenómeno ideal, constituido por la inscripción conservatoria, se desdibujaría la acción reivindicatoria”¹¹¹. Por lo tanto, el principal error por parte de la doctrina mayoritaria de nuestros tribunales de justicia ha consistido, fundamentalmente, en pasar por alto el hecho de que en los casos que hemos tratado en este trabajo, el demandante no ha sido privado de la posesión de la franja de terreno que reclama y, por ende, no puede interponer la acción reivindicatoria por no concurrir este esencial requisito para su procedencia.

Las imprecisiones en las que han incurrido los tribunales a la hora de dar solución a las problemáticas que naturalmente han nacido del ejercicio de acciones consagradas en el Código Civil, creemos que pueden remediarse mediante la aplicación de la acción de demarcación. La jurisprudencia no ha reconocido las inconsistencias que genera la aceptación de la acción reivindicatoria a hipótesis para las que no fue ideada. Esta acción general no fue pensada para dar solución a todos los casos que se presentan en el marco de la teoría de la posesión inscrita.

La facilidad con que la acción de demarcación puede ser utilizada para dar solución a este tipo de litigios es explicada con gran precisión por el profesor Fernando Atria: “*si ambas partes alegan tener derechos fundados en títulos inscritos, la ocupación material de uno u otro será irrelevante para afectar la posesión, y lo que será necesario será demarcar debidamente los predios. Si el demandado rechaza la acción alegando que hay superposición de inscripciones, la cuestión será determinar si efectivamente hay superposición, lo que ha de lograrse mediante el ejercicio de una acción de demarcación. Si de las labores de demarcación aparece que efectivamente hay superposición, entonces será necesario determinar cuál es de las dos inscripciones, si no ambas, deben ser rectificadas. Esta determinación sólo puede lograrse mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria, porque esta acción es la única que permite discutir el dominio con prescindencia de la posesión, y en el caso que estamos*

¹¹¹ BARCIA, R. (2014). *Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, p. 375. El autor, aparte, remarca un aspecto fundamental ya que como los tribunales están obligando a solucionar estos conflictos a través de la acción reivindicatoria, obligan a que el demandante tenga que reconocer que el demandado es poseedor, lo cual le permitiría a este último poder adquirir esta franja de terreno mediante la prescripción adquisitiva incluso contra lo preceptuado en el artículo 2505 del Código Civil.

considerando las inscripciones, que sólo prueban posesión, habrán demostrado ser insuficientes”¹¹².

Para salvar el problema de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria, parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha centrado su atención en la acción contemplada en el artículo 915 del Código Civil, denominándola como la “*reivindicatoria contra el mero tenedor*”¹¹³.

Esta disposición establece que “*las reglas de este título -de la reivindicación- se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor*”. Abundando en ello, un fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, citado por María Francisca Pérez¹¹⁴, declaró que “*resulta irrelevante en este caso la discusión acerca si la demandada es poseedora o tenedora del inmueble, ya que el artículo 915 del Código Civil autoriza en forma expresa la acción reivindicatoria contra la persona que tiene la tenencia de la cosa raíz o mueble, sin que sea necesario para que prospere la acción, que sea poseedora de ella*”.¹¹⁵

Este argumento para extender la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria al mero tenedor no nos parece satisfactorio. A pesar de la interpretación extensiva que una parte de la jurisprudencia ha dado al artículo 915 del Código Civil, en el sentido de permitir que se demande de reivindicación a cualquier tenedor de un bien, sin importar si el demandante ha perdido o no la posesión del mismo, la doctrina no está de acuerdo, como tampoco si son asimilables las figuras de *injusto detentador* con la de *mero tenedor*¹¹⁶.

Sin entrar en la discusión acerca de cuál es el objeto de tutela del artículo 915 del Código Civil, lo que ha motivado profundas discrepancias en la doctrina y jurisprudencia, creemos que esta acción no permite utilizar la acción reivindicatoria como mecanismo para solucionar

¹¹² ATRIA, F. (2004). *Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004*. En: Revista de Derecho (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, n° 2, 2005, p. 58.

¹¹³ PEÑAILILLO, D. *Op. Cit.* p. 533.

¹¹⁴ PÉREZ, M. (2014). *La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del artículo 915 del Código de Bello*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 21, N° 1, 2014, pp. 387-421.

¹¹⁵ PÉREZ, M. *Op. Cit.* p. 392.

¹¹⁶ Como expone el profesor PEÑAILILLO, “podría estimarse que se trata de un acción que corresponde al que entregó a otro la mera tenencia de una cosa, por un contrato que produce ese efecto (comodato, arriendo, etc.) y que, al terminar la vigencia de esa relación, el tenedor se niega a restituir”.

los conflictos sobre deslindes que se suscitan entre dos propietarios colindantes, fundamentalmente porque el legitimado pasivo no es ni un injusto detentador ni un mero poseedor.

En conclusión, tal como se señaló anteriormente, aun cuando se aceptara que el artículo 915 reconoce de forma genérica la posibilidad de reivindicar contra el mero tenedor (interpretación que nos parece incorrecta), creemos que en conflictos sobre deslindes entre predios colindantes el demandado que ocupa una franja de terreno que corresponde al título inscrito del demandante no debe ser considerado como mero tenedor de esos terrenos¹¹⁷ sino como precarista¹¹⁸, de suerte que en estos casos no procedería la acción reivindicatoria.

2. La acción de demarcación como traducción de la inscripción en los hechos

Es necesario preguntarse, a la luz de lo expuesto, si la acción de demarcación efectivamente permite dirimir conflictos como los descritos en este trabajo, y si ofrece mayores facilidades y ventajas prácticas que las otras acciones señaladas, sin poner en riesgo la coherencia del régimen jurídico posesorio como sucede con la acción de reivindicación.

Como hemos visto, la naturaleza de la acción de demarcación no es más que la manifestación del derecho del propietario a conocer en la realidad la esfera de actuación de su propio derecho¹¹⁹. La función de esta acción es retratar en la realidad la situación de los deslindes indicados en la inscripción, determinando efectivamente por dónde debe pasar la línea demarcatoria entre dos predios colindantes. Por lo tanto, en el afán de consagrar en la

¹¹⁷ Al contrario de nuestra posición, es decir, que el que detenta materialmente la cosa es un mero tenedor BARCIA, R. (2014). *Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema*. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, p. 391-397. BARRIENTOS, J. (2005). De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce. Comentario de Jurisprudencia. En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 4, 2005. pp. 228.

¹¹⁸ Título 2.2 del Capítulo III.

¹¹⁹ Como bien lo define, CABRERA, J.M. (1962). Reivindicación y deslinde: Sus diferencias. En: Anuario de Derecho Civil, Fascículo 3, 1962, España, p. 743, “*La acción de deslinde sirve para delimitar físicamente el objeto del dominio, fijando las fronteras dentro de las cuales el dueño es absolutamente omnipotente (salvo la moderna teoría de la función social de la propiedad), y fuera de las cuales nada puede sino a través de otros derechos reales o de las llamadas relaciones de vecindad.*”

realidad lo que los propios títulos consagran, la acción de demarcación no es más que la traducción de la posesión inscrita a la práctica. Es la conexión entre el plano jurídico y sus efectos en los hechos.

Por tanto, nada obsta que, tras verificar la cabida de los predios con base en los títulos, la línea demarcatoria prive al otro propietario de un terreno que se encontraba ocupando. Como señalamos, la posesión inscrita no obliga al propietario a la realización constante de actos posesorios en cada uno de los metros cuadrados que componen su terreno. La inscripción hace innecesaria o sustituye la realización de actos posesorios en la superficie comprendida en el perímetro determinado por los deslindes consignados en la inscripción. La posesión inscrita se ejerce siempre dentro los deslindes señalados en la inscripción. Es en esta área donde se concentra la esfera de actuación del propietario.

Por tanto, si con motivo de la demarcación de un inmueble se alteran los límites físicos que una de las partes había intentado establecer entre ambos predios en contra de los deslindes identificados en sus respectivos títulos, no se estará privando al demandado de derecho alguno sino simplemente de una expectativa de seguir detentando injustamente esa porción de terreno. Tampoco se puede llamar a este acto una especie de recuperación de terrenos porque el poseedor nunca perdió o dejó de poseer dicha parte de terreno. Por tanto, el ejercicio de la acción de demarcación solo determina el ámbito de extensión del poseedor inscrito en los hechos¹²⁰. Por lo mismo, y como correctamente afirma Cabrera, *“La competencia del juez de paz no queda restringida a la colocación de mojones en los límites ciertos y reconocidos; también implica la investigación y fijación de aquellos límites que sean inciertos, mediante títulos, documentos del pleito o de la medición, así como la distribución proporcional entre las partes del déficit o del exceso que resulte entre los terrenos y su capacidad de acuerdo con los títulos”*.¹²¹

En esta misma lógica, al tener la acción de demarcación la función de traducir los títulos inscritos a la realidad, creemos que tampoco obsta a la procedencia de dicha acción la

¹²⁰ Es en este punto donde resalta una característica fundamental de la acción de demarcación, y es que su naturaleza es de una acción declarativa de derechos preexistentes.

¹²¹ CABRERA, J.M., *Op. Cit.* p. 746.

circunstancia de existir un cerco previo entre las partes, aun cuando el mismo date desde tiempos inmemoriales, si es que él no proviene de un acuerdo previo entre ambos vecinos o de sentencia judicial, y ni siquiera en estos casos, cuando existe evidencia verosímil de que el cerco derivado de un acuerdo o de una sentencia fue alterado unilateralmente por uno de los vecinos o si los títulos han sido modificados indicando cabidas distintas a las que existían al momento de fijarse dicho cerco. Cualquier división que se haga sin que se consideren los deslindes descritos en las inscripciones de los propietarios colindantes, inevitablemente generará inconsistencias entre el plano jurídico y la realidad, cuestión que viene a corregir la acción de demarcación.

Quizá, ahondando en esta particularidad de la acción, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que la existencia de un cerco previo en ciertos casos sí podría enervar la acción de demarcación. Por ejemplo, no procedería la acción en los casos en que los terrenos ya se encuentran deslindados por acuerdo de las partes o por resolución judicial, y que esos deslindes subsistan hasta la fecha de interposición de la acción¹²². Sin embargo, debemos hacer algunas precisiones.

El acuerdo entre las partes no podría impedir la interposición de la acción de demarcación si los títulos de los terrenos colindantes indican otras cabidas de los predios. Por ejemplo, podría darse la circunstancia de que el acuerdo permita a uno de los propietarios ocupar una parte del terreno que es parte del terreno sobre el cual tiene posesión inscrita el otro propietario. No obstante, esta circunstancia no genera la pérdida de la posesión sobre la cosa y, por lo mismo, en cualquier momento podrá interponer la acción de demarcación para delimitar el ámbito de extensión de su poder de actuación sobre el terreno, el que, evidentemente, incluirá aquella parte que se encuentra ocupando el otro propietario materialmente.

Sin embargo, el acuerdo entre las partes puede prosperar en aquellos casos en que existen deslindes que han sido individualizados de manera oscura o respecto de los cuales no exista un hito determinado que permita calcular pericialmente la línea de demarcación. Este tipo de casos abunda en nuestra jurisprudencia, como cuando se señala como hito un árbol, un río y

¹²² ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. *Op. Cit.* p. 197 y PEÑAILILLO, D. *Op. Cit.* p. 499.

matorrales, entre otros. En situaciones como éstas no se está prescindiendo de las inscripciones para llegar a tal acuerdo sino que se están interpretando por las partes para materializarlos en la práctica. En este sentido, creemos que una solución plausible consiste en preferir la interpretación que le han dado las partes a estos pasajes oscuros por sobre otra prueba que tenga que interpretar lo que los títulos dicen, a la luz de lo que indican los artículos 1560 y 1564 inciso tercero del Código Civil.

Por otra parte, la sentencia definitiva firme o ejecutoriada que acoge una acción de demarcación y –previa interpretación de las inscripciones correspondientes– ordena fijar los deslindes entre ambos predios colindantes en armonía con los títulos inscritos, debería producir el efecto de cosa juzgada en otro proceso de demarcación.

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que los deslindes fijados por sentencia definitiva en un juicio sobre demarcación sean alterados por uno de los vecinos, en cuyo caso cabe preguntarse si dicha sentencia ampara al poseedor inscrito despojado de sus terrenos. Como expone el profesor Daniel Peñailillo, la remoción intencional de los hitos puede dar lugar a responsabilidad civil y penal¹²³. Pero también permite la interposición de las acciones que creemos se adecuan al régimen de posesión inscrita, como son la acción de precario y la querrela de amparo. Sobre el particular, el artículo 843 del Código Civil establece que “*si se ha quitado de su lugar alguno de los mojones que deslindan predios vecinos, el dueño del predio perjudicado tiene derecho para pedir que el que lo ha quitado lo reponga a su costa, y le indemnice de los daños que de la remoción se le hubieren originado, sin perjuicio de las penas con que las leyes castiguen el delito*”. Asimismo, el artículo 457 del Código Penal sanciona “*al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste le repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales*”. Además, el demandado puede incurrir en el delito del artículo 462 del mismo cuerpo legal, que señala “*El que destruyere o alterare términos o límites de*

¹²³ PEÑAILILLO, D. *Op. Cit.* p. 499.

propiedades públicas o particulares con ánimo de lucrarse, será penado con presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

Como se puede apreciar, una parte de la jurisprudencia y de la doctrina ha reconocido que en determinados casos la acción de demarcación puede ser utilizada como medio de protección del dominio o de la posesión sobre bienes inmuebles. Esta protección se expresa en la posibilidad de delimitar el ámbito de ejercicio de la inscripción de un terreno, y de diferenciarlo del terreno colindante, a diferencia de las otras acciones. La carencia de un plazo de prescripción de la acción, por ser una acción ligada al dominio, y la tramitación en juicio sumario de la misma, han incentivado su frecuente utilización. Esto a menudo suscita dudas acerca de si la acción procedente es la de demarcación o la reivindicatoria. Sin embargo, la jurisprudencia, de forma equivocada a nuestro modo de ver, ha inventado nuevos requisitos de procedencia de la acción de demarcación que no derivan de la ley ni se condicen con el objeto de dicha acción. Esto a menudo ha significado el rechazo de la acción de demarcación en circunstancias que ella podría evitar o solucionar varios de los problemas con los que la jurisprudencia ha tenido que lidiar ante la ausencia de una acción general restitutoria del dominio.

3. La demarcación y cerramiento frente a la superposición de los títulos inscritos

A pesar de la notable función que, sostenemos, debiese tener la acción de demarcación para comprender la extensión de los títulos inscritos en la práctica, reconocemos también las limitantes prácticas a las que está sujeta, como sucede en los casos en que existen títulos inscritos superpuestos o inscripciones paralelas de los mismos.

La acción pierde sus naturales efectos frente a una superposición ya que resulta evidente que nada se puede delimitar sin tener que sacrificar el ámbito de extensión del otro poseedor

inscrita, cuya esfera de actuación necesariamente comprende parte de la esfera de actuación del primero, inicialmente en igualdad de condiciones y ambos de manera legítima.

Asimismo, y como se ha explicado, la acción de demarcación tiene como principal finalidad la de traducir en la práctica la descripción armónica de los deslindes contenida en los títulos de los dos poseedores de predios colindantes. Este ejercicio no puede ser realizado si los títulos presentan contradicciones o si ambos incluyen la misma porción de terreno en su descripción. Esta situación, que en la construcción teórica de Andrés Bello no podía presentarse, se ha dado con cierta frecuencia en la práctica, especialmente en aquellas regiones de nuestro país donde el avance técnico no ha permitido una descripción precisa de los deslindes de cada terreno, o donde los terrenos presentan características específicas que dificultan el señalamiento claro de los deslindes del terreno.

A priori, nuestro sistema no contempla ninguna acción cuyo objeto exclusivo sea el solucionar este tipo de inconvenientes. Para abarcar el problema de la superposición de títulos necesariamente debemos ahondar en una hipótesis preliminar: la diferenciación entre los problemas intrínsecos y los problemas extrínsecos del sistema de posesión inscrita.¹²⁴

Problemas intrínsecos de la posesión inscrita son aquellos que tienen que ver con discrepancias que pueden existir en el ejercicio de la inscripción en la práctica y las diversas problemáticas que conlleva la traducción a la que hemos hecho mención. Por tanto, la restitución de terrenos ocupados por otro, los problemas acerca de los deslindes de los terrenos, las molestias o embarazos a la posesión inscrita, entre otros, son problemas que

¹²⁴ La idea de distinguir problemas intrínsecos y extrínsecos del sistema registral tiene su origen en la solución planteada por Fernando Atria (ATRIA, F. (2004). *Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004*. En: Revista de Derecho (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, n° 2, 2005, p. 89), para enfrentar el problema de las dobles inscripciones y las inscripciones de papel. Sin embargo, nuestro tratamiento solo utiliza la forma planteada por el autor para identificar el problema –distinguir entre un problema externo o interno al régimen–, pero no se hace parte de los argumentos de fondo planteados por él. En este sentido, Atria plantea que el problema de las dobles inscripciones, naturalmente, es un problema interno del sistema registral (“*la pesadilla de todo sistema registral*”) ya que el sistema, al dotar a ambas inscripciones de valor, no podrá solucionar dichos inconvenientes sin afectar a una de las dos inscripciones, lo que rompe con la armonía que pretende brindar el sistema. En cambio, nuestro planteamiento utiliza la distinción para identificar el origen del problema. En este sentido, las dobles inscripciones se deben, fundamentalmente, a un error administrativo (de inscripción) y no de la interpretación y aplicación de las reglas que conforman la Teoría de la Posesión Inscrita como tal, por lo que conforman un problema externo a la aplicación práctica de dichas normas.

nuestro legislador precisamente contempló, al tratarse de consecuencias previsibles de la instauración del sistema en sí.

En cambio, la superposición de inscripciones es, sin lugar a dudas, un conflicto extrínseco al sistema de la posesión inscrita, debido a que su esencia radica en un error en la aplicación administrativa del sistema de posesión. Por tanto, resulta lógico pensar que el legislador pudo haber previsto dicho problema y, por lo tanto, no reconocido una acción destinada a corregirlo, lo que conllevaría a reconocer imperfecciones o posibles fallas en la ejecución de la relevante innovación que se pretendía hacer en este ámbito.

La doctrina y la jurisprudencia han intentado solucionar estos problemas mediante la aplicación de las mismas reglas de la posesión inscrita, sin percatarse que el conflicto pasa por una situación extrínseca a la aplicación práctica de este sistema, lo que requiere llenar una laguna legal que nuestro Código mantiene hasta el día de hoy, a pesar de la antigüedad del problema.

Sin embargo, ninguna de estas soluciones involucra a la acción de demarcación. Incluso podemos decir que la superposición de inscripciones o las inscripciones paralelas son las grandes antagonistas de la acción de demarcación, ya que lesiona valores esenciales no solo de la posesión inscrita sino del sistema registral. La presencia de una superposición implica que el sistema ha fallado¹²⁵. En este aspecto, la acción de demarcación como acción declarativa de derechos, simplemente reconocerá la falla, ya que los títulos declararían que un terreno se superpone al otro.

Sin que el ánimo de este trabajo sea abordar en profundidad este problema, recurrentemente tratado en la doctrina, mencionamos que existen dos criterios que han guiado la discusión.

El primero, aludiendo al valor de la inscripción como garantía de la posesión, sostiene que el factor que permite destrabar el conflicto entre dos terrenos que se superponen es el tiempo en el cual fueron inscritos los respectivos títulos. Así, el profesor Trucco señaló que “es

¹²⁵ ATRIA, F. *Op. Cit.* p. 95.

principio dominante sobre esta materia el de que no puede cesar una posesión inscrita sin que haya cancelación de la inscripción anterior (art. 728 del Código Civil); y si en el hecho, pues, el Conservador inscribe una connivencia, no se ve por qué la inscripción posterior habría de primar sobre la anterior, que, a juicio de la ley, radica en el primer inscrito un derecho inextinguible mientras no haya una debida cancelación de su inscripción.”¹²⁶.

El segundo criterio impuesto, ha entendido que la solución anterior no solo es injusta, sino que no evalúa el conflicto a partir de los valores que protege y fomenta el sistema registral, y las expectativas defraudadas a quienes que esperan que la efectiva inscripción de los títulos y la aceptación por parte del Conservador de Bienes Raíces ampare una futura adquisición del dominio de dichos terrenos a través de la prescripción adquisitiva.

En este sentido, se ha planteado que una solución armónica –entendiendo que cualquier respuesta a este problema implica dejar de lado los principios asociados a la posesión inscrita– resulta de aplicar el artículo 925 del Código Civil, y por tanto preferir a aquel poseedor inscrito que lleva realizando actos posesorios *a los que solo da derecho el dominio* en los terrenos superpuestos¹²⁷.

Concordamos con la idea de que cualquier respuesta que se le puede dar a este problema implica desapegarse de los valores protegidos por el sistema registral, dado que dichos principios han sido trastocados a través de este problema. En este sentido, a pesar de ser un problema que data de muchos años – el profesor Humberto Trucco ya se pronuncia en el año 1914 acerca del mismo–, no existe una regla de clausura o mecanismo administrativo que permita solucionar uno de los conflictos más importantes que se presentan en el marco de nuestro sistema registral.

Aun así creemos que la solución más acorde con la regulación de la posesión inscrita sería entender que la inscripción anterior ha de prevalecer, dado que con arreglo al artículo 728 del Código Civil la posesión es garantizada hasta que ella sea cancelada conforme a derecho.

¹²⁶ TRUCCO, H., *Op Cit.* en n.42, 137n, citado por ATRIA, F. *Op. Cit.* p. 94.

¹²⁷ ATRIA, F. (2004). Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004. En: Revista de Derecho (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, n° 2, 2005, p. 96.

También proponemos que una solución acorde a los fines que se buscan garantizar mediante la inscripción registral consiste en aceptar una acción declarativa de dominio, como se dirá en el título siguiente.

4. Avances hacia una posible acción de restitución de carácter general y la necesaria reforma al sistema registral

4.1. Utilidad de las acciones declarativa y restitutoria de dominio

Entendido el problema que se presenta en la forma actual en que se aplican e interpretan la acción de demarcación y la acción reivindicatoria por parte de la jurisprudencia, con la inadecuada extensión de la primera y la excesiva limitación de la segunda, se hace necesario buscar alternativas que permitan otorgar soluciones a problemas reales como los expuestos en este trabajo. Más importante aún es esta búsqueda si observamos las dificultades prácticas que implica la aplicación de otras acciones que teóricamente podrían entregar una solución coherente a dichos problemas, como son la misma acción de demarcación, la querrela de amparo o la acción de precario.

Ante esto, un sector de la doctrina nacional aboga por una solución legislativa a los problemas expuestos, que permita una solución coherente y armónica con nuestro ordenamiento civil a los problemas que la práctica plantea. Si bien los cambios legislativos presentan una serie de problemas prácticos, la ausencia de estos cambios es la que ha generado esta necesidad judicial de buscar en los remedios disponibles características que permitan suplir las fallas que el sistema legal presenta. En varias de las sentencias transcritas en este trabajo se observa que los tribunales de justicia se han visto frecuentemente obligados a interpretar los preceptos legales de un modo que ha sido extensamente criticado por la doctrina

y en este trabajo, pero cuya razón estriba en la falta de mecanismos legales que permitan al sentenciador llegar a la respuesta más cercana a criterios de justicia material.

Múltiples son los casos en que, ante una ocupación material de un terreno propio, el demandante se encuentra con que la imposibilidad de interponer interdictos posesorios o una acción de precario, sea porque la acción está prescrita o porque un contrato impide tratar el caso como uno de precario. Es por esto que, habiendo descartado el sentenciador la aplicación de la acción de demarcación, no ve otra alternativa que admitir la procedencia de la acción reivindicatoria, aun cuando esto implique tratar a un mero ocupador de una porción de terreno como poseedor del mismo y sostener que el poseedor inscrito del mismo ha perdido su posesión por dicho acto de detentación.

Entre las distintas soluciones a los problemas que surgen de la aplicación del régimen tradicional de acciones en el contexto de la teoría de la posesión inscrita, nos parece de especial interés la propuesta que la profesora Fabiola Lathrop ha planteado, en cuanto sostiene que es posible, bajo el actual marco jurídico, reconocer y aplicar en Chile una acción meramente declarativa de dominio¹²⁸. La acción señalada tiene por finalidad la declaración de una determinada relación de derecho puesta en duda; es decir, busca que se aclare la existencia de un determinado derecho y brindar certeza jurídica sobre una determinada cuestión¹²⁹. La acción presenta una gran ventaja práctica respecto a las acciones tratadas en este trabajo, en cuanto no requeriría probar que se ha perdido la posesión, sino simplemente que se es dueño del bien cuyo dominio se busca declarar, lo que se puede realizar mediante el título inscrito.

Para la profesora Lathrop la acción en cuestión es innominada y puede interponerse de acuerdo a las normas vigentes de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la autora la deduce de la misma definición de dominio en conexión con la acción de jactancia. Si bien su propuesta se realiza en una óptica distinta a la analizada en este trabajo, nos parece de una

¹²⁸ LATHROP, F. (2011). *Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el Derecho Chileno*. En: Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 2, 2011, p. 3-24. Quien también ha abogado por una nueva acción, en este caso restitutoria de dominio, es PEÑAILLILLO, D. (2006). *Los Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 535. En contra de estas construcciones doctrinarias, PÉREZ, M. (2014). *La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del artículo 915 del Código de Bello*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 21, N° 1, 2014, p. 410.

¹²⁹ LATHROP, F. *Op. Cit.* p. 10.

enorme utilidad práctica. Señala la autora que esta acción permitiría compatibilizar y preparar un eventual uso posterior de la acción reivindicatoria, para lo que será necesario “*redefinir el concepto de posesión, haciéndolo inclusivo de la tenencia material, de manera de hacer procedente la acción reivindicatoria, expresamente, para hipótesis en que la privación alcance la tenencia material y no sólo la posesión, armonizando, en suma, este sistema de protección con las normas del Código Civil en materia de adquisición, prueba y garantía de la posesión*”¹³⁰.

Es importante destacar cómo la autora reconoce el problema tratado en este trabajo y la imperiosa necesidad de dar con una solución armónica que evite desnaturalizar, mediante el uso de la acción de dominio, el régimen que regula el dominio y la posesión en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando la autora opte por reformar el concepto de posesión bajo la teoría de la posesión inscrita, en lugar de robustecer el régimen de remedios civiles.

Concordamos con la profesora Lathrop en que el dominio y la posesión, especialmente considerando la relevancia que tienen en nuestra sociedad, pueden ser afirmados mediante una acción cuya finalidad es la de generar certeza acerca del dominio del demandante sobre un inmueble determinado. Pese a que una acción declarativa excluye, por su propia naturaleza, la ejecución en contra del demandado, ella no excluye la ordenación de actos materiales, como son la cancelación de un asiento registral o la inscripción de un título de dominio a favor del demandante¹³¹. En principio es posible que en casos en los que la acción de demarcación se torne insuficiente una acción declarativa de dominio (y, por tanto, de posesión) conduzca a la dictación de una sentencia que ordene cancelar parte de la inscripción del demandado, en casos en que existan títulos sobrepuestos, o la modificación del título del demandante, en casos en que éste sea insuficiente para fijar los deslindes en una acción de demarcación. Lo anterior permitiría concluir con el debate jurídico que se presenta en aquellos casos en que la acción de demarcación se mostraba insuficiente, sobreviviendo únicamente el conflicto de facto derivado de la ocupación que hace un tercero de un retazo del inmueble del demandante, en cuyo caso la sentencia que declara su dominio debiese ser suficiente para solicitar el auxilio de la fuerza pública y de ese modo detener los actos de ocupación.

¹³⁰ *Ibíd.* p. 21.

¹³¹ LATHROP, F. *Op. Cit.* p. 15.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que la acción propuesta no resuelve el problema que presenta la imposibilidad de interponer la acción reivindicatoria respecto a inmuebles inscritos y la ausencia de una acción restitutoria nominada que permita solucionar conflictos como los descritos en este trabajo. Nos parece, sin embargo, que a diferencia de lo que ocurre en materia de bienes muebles, no se hace necesario que la acción restitutoria en materia de bienes inmuebles sea una acción de lato conocimiento como la reivindicatoria, toda vez que la teoría de la posesión inscrita ya hizo gran parte del trabajo que debe hacer un juez a la hora de decidir quién es dueño de un determinado bien. La existencia de un título inscrito implicará que los conflictos de dominio se reduzcan a casos muy limitados, en que una acción declarativa de dominio será más eficaz para resolver los casos excepcionales en que los títulos no permiten acreditar de forma eficaz la posesión actual, y por tanto la presunción de dominio, respecto a determinado bien.

Habiendo aclarado lo anterior, será necesario entonces que nuestro ordenamiento otorgue una herramienta de carácter general que permita a un dueño o poseedor, según sea el caso, cuyo dominio o posesión conste de título inscrito, una restitución rápida y eficaz de su inmueble que está siendo ocupado por un tercero. Si dicho dominio o posesión es controvertido, ya sea porque parte del inmueble reclamado también fue inscrito a favor del demandado, o porque el título no es claro, podrá ejercer la acción declarativa de dominio propuesta. Si los títulos son claros, la acción de demarcación debiese ser más que suficiente para que los límites queden fijados con precisión. Esta acción general restitutoria puede asimilarse en gran medida a lo que son los interdictos posesorios explicados al inicio de este trabajo, pero es necesaria una reforma legislativa que elimine las trabas para su correcto y normal ejercicio.

Nuestra propuesta es reconocer una acción, sea mediante la modificación de las actualmente disponibles o a través de la creación de una nueva acción restitutoria, que otorgue al poseedor cuyo título ha sido inscrito y cuya posesión no ha sido controvertida, o habiendo sido controvertida ha sido declarada en juicio declarativo, la posibilidad de solicitar la entrega material del inmueble que posee y utiliza un tercero, y de solicitar el auxilio de la fuerza pública de ser necesario. Esta acción deberá ser sumaria y excluir de su aplicación cualquier debate de fondo. Su procedencia podrá estar justificada en la existencia de una sentencia

declarativa de dominio o simplemente en la claridad de los títulos inscritos, para lo cual el Conservador de Bienes Raíces debiera ser la institución técnica y experta que permita al juez adquirir la convicción sobre dicha claridad. Excede el propósito de este trabajo la descripción del marco jurídico ideal para resolver estos conflictos, pero sí podemos enfatizar la urgencia de dar una solución efectiva a estos problemas reales, solución que permita de una vez por todas, citando al profesor Alfredo Bullard, que la propiedad deje de estar *inconclusa*.

4.2. La postergada y necesaria reforma al Reglamento del Conservador de Bienes Raíces

No podemos pretender solucionar todas las controversias sobre los deslindes y restitución de terrenos ocupados a través de las acciones de demarcación y reivindicatoria, que no son más que remedios que buscan destrabar los diversos problemas que ha presentado el sistema registral en la práctica. Por ello, creemos que el primer paso hacia una correcta solución del problema pasa, lógicamente, por prevenir la ocurrencia de los diversos inconvenientes que ha presentado el régimen de posesión inscrita de los bienes inmuebles.

La prevención a los problemas que presentan los deslindes parte necesariamente desde el título, y sobre todo de la forma en que los deslindes quedan materializados en la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Los que hemos tenido la oportunidad de ir a apreciar los registros y las diversas formas en las cuales se encuentran individualizadas las propiedades que se inscriben, podemos dar fe de la vulnerabilidad del sistema ya sea en materia de recursos, en materia de conservación y especialmente en materia administrativa. Si hasta el día de hoy existen inscripciones paralelas, inscripciones superpuestas u oscuros e indeterminados límites señalados en los títulos inscritos, ello obedece a que el sistema no permite controlar la ocurrencia de estos hechos y ampara todos los errores en que no debiese incurrir una institución que consagra valores esenciales relacionados con la fe pública, la publicidad de los registros y la legalidad. Como señala Peñailillo, “*En este entorno, que sea difícil reconstruir la historia jurídica de un inmueble con la debida exactitud no es una situación de rara*

ocurrencia, y es explicable la consecuencia de innumerables litigios, a veces dilatados en el tiempo por generaciones y, en ocasiones, con consecuencias lamentables”¹³².

No hay que profundizar en demasía, para constatar que gran parte de las imperfecciones del sistema se deben a la carencia de reformas sustanciales que hayan modernizado el sistema a los tiempos actuales. El Conservador de Bienes Raíces aún se rige por el “*Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*” del año 1857 dictado por mandato del artículo 695 del Código Civil, y que ha sufrido una serie de reformas menores que no han modificado en lo sustancial lo que desde los orígenes del Código Civil, rige para este organismo público. Por lo mismo, resulta natural que las imperfecciones del sistema sean solucionadas casuísticamente, en base a remedios, en vez de atacar sus causas de origen.

Entre las críticas que se plantean por la doctrina, se señala la falta de un catastro que determine con certeza la ubicación, cabida y deslindes de los inmuebles y de un plano por cada predio, la ausencia de un organismo central que pueda velar por la uniformidad de los criterios de los Conservadores, su carácter de folio personal, entre otras. Para lo que atañe al presente trabajo, la primera de las dificultades planteadas es la que permite el florecimiento de los múltiples litigios que hemos expuesto, relacionados con los deslindes y la cabida de los predios.

Gran parte de las soluciones a estos problemas, parten por el orden que debe presentar un organismo con tales funciones. En este sentido, y relativo a los deslindes y los problemas que su indeterminación genera, es necesario incorporar las nuevas herramientas aportadas por la tecnología para individualizar las cabidas de los predios, o la utilización de sistemas de coordenadas que permitan mantener el orden entre uno y otro predio colindantes entre sí.

Gran paso ha dado recientemente nuestro ordenamiento al incorporar mecanismos tecnológicos en los procedimientos ordinarios, a través de la Ley 20.886 o denominada “*Ley de tramitación electrónica*” que incluso contempla el mecanismo de la *geolocalización*, a través de una aplicación incorporada a un dispositivo electrónico para la validez de ciertos procedimientos que deben realizar auxiliares de justicia como los receptores.

¹³² PEÑAILILLO, D. (2006) Los Bienes. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 291.

Sumado a esto, resulta urgente la digitalización de los procesos y la posibilidad de contar con los registros públicos mediante plataformas electrónicas, ya sea mediante mecanismos como la firma electrónica avanzada o la visualización mediante páginas web¹³³. Así, no solo la determinación de los predios resulta esencial para evitar el tipo de problemas que hemos mencionado, sino también la posibilidad de que las partes comprueben de manera fácil y rápida la calidad de sus títulos mediante mecanismos digitales de fácil acceso.

Por tanto, la digitalización de los procesos administrativos del Conservador de Bienes Raíces es una herramienta que tiene que encabezar la necesaria reforma a un sistema que no quiere cambiar. Más aún cuando el avance de la legislación sigue confiando en él, asignándole nuevas cargas, como fue en su momento la dictación del D.L. 2695, que buscó impulsar la inscripción de la pequeña propiedad raíz en sus registros, o como lo es actualmente la Ley 20.930 que estableció el derecho real de *conservación medioambiental*, cuyo artículo octavo establece la inscripción del contrato mediante el cual se constituye tal derecho, en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del CBR, así como sus modificaciones, lo cual constituye “*requisito, prueba y garantía del mismo*”.

¹³³ Hacemos presente que al día de hoy existen Conservadores (Santiago, Puente Alto), que han impulsado el tratamiento electrónico de sus registros, y que permiten obtener documentación mediante plataformas web. La idea es que dicha operatividad se vuelva una realidad para todos los Conservadores, lo cual se ve dificultado debido a la carencia de un organismo central que los regule, como se ha expuesto en este trabajo.

CONCLUSIÓN

El objetivo del presente trabajo ha sido exponer, a la luz de casos actuales y recurrentes, una problemática sostenida en el tiempo y que pone en jaque la coherencia interna de las normas que regulan el dominio y la posesión de nuestro derecho civil. Mediante una breve exposición teórica de las normas que regulan el dominio y la posesión de bienes inmuebles, de la manera en que están definidas las diversas acciones en nuestro derecho y la forma en que la jurisprudencia ha entendido su aplicación en el último tiempo, quisimos dar cuenta de modo claro y conciso de este mal que aqueja a nuestro sistema jurídico. En los dos últimos capítulos intentamos exponer nuestra visión crítica sobre la forma en que se ha buscado dar solución a este problema, el que entendemos pone en entredicho la lógica interna que pretendía conseguir Andrés Bello mediante la instauración del sistema de posesión inscrita en materia de inmuebles en el Código Civil. Nos propusimos enfatizar la importante finalidad que podría cumplir la acción de demarcación para solucionar una serie de conflictos de general ocurrencia, para lo cual abogamos para que en el futuro la jurisprudencia reconozca mayor amplitud a dicha acción.

Como pudimos ver, la jurisprudencia ha dado, a expensas del artículo 842 del Código Civil, una aplicación restringida a la acción de demarcación. En nuestra opinión, ésta puede desempeñar una importante función práctica en la solución de problemas cotidianos, y al mismo tiempo, cooperar en la consolidación de la teoría de la posesión inscrita como régimen que regula a los bienes inmuebles. En este sentido, la jurisprudencia frecuentemente ha minimizado la extensión de la acción de demarcación, quizás asumiendo que su escasa regulación positiva reflejaría la intención del legislador de asignarle un rol reducido, pero sin ofrecer justificaciones que impidan una aplicación como la propuesta en este trabajo. En su lugar, la jurisprudencia ha dado extensa aplicación a la acción reivindicatoria, aun cuando, en nuestra opinión, lo ha hecho alterando el régimen posesorio aplicable a los bienes inmuebles, régimen de generalizada aceptación tanto por la doctrina como por la misma jurisprudencia.

Pero esta aplicación expansiva o excesiva de la acción reivindicatoria impulsada por un sector importante de la jurisprudencia, y en menor medida por la doctrina, que muchas veces

ha llegado a proponer la consagración de esta acción como la única acción cautelar de la propiedad, se ha vuelto precisamente en su contra. En efecto, e inevitablemente, la inadecuada extensión de esta acción se ha visto enfrentada a una teoría construida bajo cimientos claros, expresados en el propio Mensaje del Código Civil, y –por tanto– ineludible para aquellos que han deseado atribuir a la acción reivindicatoria características que no posee.

No sólo la extensa aplicación de la acción reivindicatoria produce preocupación, sino que las numerosas cargas artificiales que se han impuesto a la acción de demarcación, afectando su esencia al punto de acotar su uso a un número muy reducido de casos, han derivado en la escasa utilidad de una acción que podría ser de gran importancia práctica. Creemos que ejemplos como el de rechazar la acción de demarcación simplemente porque existen vestigios de “cercos previos” le hacen un profundo daño al sistema legal y a la predictibilidad que éste debe ofrecer, además de obstaculizar la eficiencia económica y jurídica, fin al cual debiesen propender los remedios civiles y procesales. Parece de toda lógica que si entre dos propietarios colindantes no existe acuerdo previo sobre el cerco que los separa, uno de ellos pueda utilizar una acción que precisamente permita, de forma rápida y sumaria, establecer los límites reales que los mismos títulos inscritos contemplan, dejando inalterado el derecho de ambos a debatir cuestiones de dominio en un juicio de lato conocimiento.

Por lo mismo, las principales críticas que podemos hacer al razonamiento jurídico que impera actualmente en la jurisprudencia nacional consisten en la incorrecta comprensión de una acción –la de demarcación– que han desprestigiado y en la falta de interpretación de la misma conforme a los principios que inspiran el sistema registral inmobiliario en nuestro ordenamiento. Al delimitar adecuadamente la extensión de la acción de demarcación, hemos mostrado que ésta responde precisamente a los problemas que la doctrina autorizada ha enfatizado respecto a la expansión de la acción reivindicatoria.

Nos parece, como se expuso en los capítulos anteriores, que es clara la improcedencia de la acción reivindicatoria en casos como el referido al principio de este trabajo, en los que los títulos de ambos poseedores de predios colindantes no muestran discrepancias y la controversia radica en los signos o hitos que debiesen reflejar materialmente la posesión

inobjetada de ambos poseedores. Asimismo, concordamos con aquella doctrina que rechaza aplicar la acción reivindicatoria contra el mero tenedor amparándose en el artículo 915 del Código Civil e interpretando que ésta, al reconocer la aplicación de las reglas de la acción reivindicatoria a quien “posee a nombre ajeno”, estaría ampliando la legitimación pasiva de dicha acción a cualquier persona que ocupe materialmente un bien inmueble, también llamado “poseedor material”.

Finalmente, aun en aquellos casos de superposiciones de títulos, casos en que efectivamente la acción de demarcación es improcedente por haber una porción de terreno en disputa, nos parece discutible la procedencia de la acción reivindicatoria si se tiene en cuenta que no se cumplirían los requisitos de legitimación activa por parte del reivindicante cuyo título fue inscrito con anterioridad, toda vez que el nuevo título superpuesto no extingue su posesión: ésta no se pierde mientras su título no sea cancelado conforme a la ley. Lo anterior es aún más evidente en el caso que el título superpuesto que esgrime el actor es posterior al del demandado, pues ello demuestra que el reivindicante nunca ha gozado de la posesión de la porción de terreno que reclama. Casos como estos generan incertidumbre respecto a la acción aplicable, lo que se da con relativa frecuencia en la práctica, donde si bien es posible argumentar la procedencia de acciones como la querrela de amparo, consideramos que una modificación legal puede ser de especial relevancia para otorgar una mayor claridad y predictibilidad al sistema de remedios civiles para tutelar el dominio y la posesión de bienes inmuebles.

No obstante que abogamos por una interpretación y aplicación extensiva de la acción de demarcación, reconocemos las limitantes prácticas y teóricas a las que se ha visto enfrentada la misma. Esta acción no sirve para solucionar casos en que existen superposiciones de títulos. Asimismo cabe mencionar, entre otras, las dificultades para acreditar alteraciones unilaterales a los deslindes fijados de común acuerdo, casos en que la oscuridad de los títulos entraba la posibilidad de fijar los deslindes; las particularidades físicas de un terreno que impiden o entorpecen la fijación teórica y práctica de deslindes; y el reducido alcance que se le ha dado a la acción de demarcación. Para los casos en que una interpretación extensiva de la acción de demarcación no ofrezca una solución satisfactoria,

proponemos ciertos mecanismos para lograr una necesaria corrección de los títulos en pos de establecer límites claros entre terrenos colindantes.

Estamos convencidos que nada hay en la breve regulación de la acción de demarcación que impida que la misma altere límites fijados de forma unilateral y arbitraria por un vecino, mientras los títulos que consten en el respectivo Conservador de Bienes Raíces permitan al juez llegar a la convicción que es posible determinar de forma breve y sumaria dónde debiesen ponerse los signos materiales que separen dos predios colindantes.

Buscamos también en este trabajo reconocer las limitaciones que una acción tan parcamente regulada como la acción de demarcación tiene en la práctica. Casos en que existen superposiciones de títulos inscritos u oscuridad en los mismos son de difícil solución utilizando la acción en comento. Quisimos, por lo tanto, esbozar otras formas de solucionar este tipo de conflictos, en parte utilizando las instituciones que actualmente reconoce nuestro ordenamiento, en parte abogando por una intervención legislativa que permita hacer de los remedios civiles verdaderos “remedios” ante situaciones de hecho que no ponen en entredicho elementos intrínsecos de la propiedad inscrita, sino que ajenos a ella, como es la ocupación material de un inmueble ajeno.

Pero por sobre todo intentamos sacar nuevamente a la luz una problemática que debiese preocupar a todos quienes creemos en la coherencia interna del Código Civil y pensamos que su redacción refleja una alta sofisticación de la que no debe prescindirse por el solo hecho que existan lagunas por llenar. La coherencia interna del Código Civil se ha puesto en jaque cada vez que señalamos que el hecho de que alguien “ocupe” un inmueble ajeno hace perder su posesión al propietario del mismo. Esto, que podría parecer un simple detalle del alcance de la palabra “posesión”, es un tema de fundamental importancia en el que no podemos permitir imprecisiones.

A fin de cuentas, la doctrina imperante actualmente nos deja frente a la siguiente paradoja: por un lado se nos señala que la acción a utilizar para casos como los expuestos es la acción reivindicatoria, aun cuando su aplicación entra en conflicto directo con un sinnúmero de textos legales expresos; mientras por otro lado se nos indica que la acción de demarcación no procede en dichos casos, aun cuando el texto legal que consagra dicha acción es lo

suficientemente amplio como para entender lo contrario. La explicación de por qué se ha producido esta paradoja escapa del objeto de este trabajo, sin perjuicio que nuestra intención es que al reflotar la problemática los tribunales encuentren en ella una oportunidad para dar una solución eficaz, rápida y congruente con nuestro régimen posesorio a problemas cotidianos como los expuestos en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS O ARTÍCULOS

1. ALCALDE SILVA, Jaime. *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 N° 7769-2014.* En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 23, diciembre de 2014, pp. 391-397.
2. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Tratado de Los Derechos Reales. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
3. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos. *No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil.* En: Revista Chilena de Derecho, vol. 36, N°3, 2009, pp. 505-525.
4. ATRIA, Fernando. *Derechos Reales. Comentario de la Jurisprudencia del año 2004.* En: Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, N°2, 2005, pp. 29-97..
5. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema.* En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 21, diciembre 2013, pp. 363-376.
6. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo IV. De los Bienes.* Editorial Jurídica de Chile, 2010.
7. BARRIENTOS GRANDON, Javier. *De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce. Comentario de Jurisprudencia.* En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 4, 2005. pp. 221-249.
8. BELLO, Andrés. *Obras Completas de don Andrés Bello. Proyectos de Código Civil.* Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1887.
9. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La propiedad inconclusa.* En: The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, Volume 3, Issue 1, 2008.
10. CABRERA HERNÁNDEZ, José María. *Reivindicación y deslinde: Sus diferencias.* En: Anuario de Derecho Civil, Fascículo 3, 1962, España.

11. CARRANZA-ÁLVAREZ, Cesar, TERNERA-BARRIOS, Francisco. *Posesión y propiedad inmueble: historia de dos conceptos colindantes*. En: Revista de Estudios Socio-Jurídicos, 2010, 12, Bogotá, pp. 87-108.
12. CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal*. Derecho Procesal Civil. Tomo VI, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
13. COLLINS VON HAUSEN, Catherine & SABAJ VÉLIZ, Jorge. *Derecho de Propiedad, Limitaciones y Expropiación*. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas: Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008.
14. CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen IV, De Los Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
15. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, 2009.
16. Departamento de Estudios Jurídicos PuntoLex. *Acción de Demarcación y Cerramiento, Reivindicatoria y Posesorias*. Editorial PuntoLex Thomson Reuters, año 2009.
17. GARRET, H. “*The Tragedy of Commons*”, Publicada en Science, v. 162 (1968), pp. 1243-1248 (traducción de Horacio Bonfil Sánchez)
18. GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema Español*. Estudios Monográficos, tomo XLVIII, Fascículo II, abril-junio, 1995.
19. GORDILLO CAÑAS, Antonio. El principio de la fe pública registral. En: Anuario de derecho civil, publicado por el Ministerio de Justicia de España y el Boletín Oficial del Estado. Vol. 59, N° 2, 2006, pp. 509-656.
20. HALABÍ RIFFO, Fuad; SAFFIRIO SUÁREZ, Carlos. *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia*. Editorial Jurídica Conosur, año 1996.
21. HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil, Introducción histórico-dogmática*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1987.
22. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Obras Completas, Tomo II, La posesión como institución jurídica y social*. Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1987.
23. HUME, David. *Tratado de la Naturaleza humana*. Editorial Tecnos, Cuarta Edición, Madrid, 1988.

24. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Diferencias entre la acción de demarcación y la acción reivindicatoria. Comentario Sentencia Corte Suprema del 17 de agosto de 2010, Rol N° 5565-2010*. En: Revista de derecho Escuela de Postgrado, N°1, diciembre 2011, pp. 257-261.
25. LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el Derecho Chileno*. En: Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 2, 2011, p. 3-24
26. LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel. *Algunas consideraciones sobre el precario en la jurisprudencia*. En: Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, "Ars Boni et Aequi", N° 4, año 2008.
27. LOCKE, John. *Ensayos sobre el Gobierno Civil*. Aguilar S.A. Ediciones Juan Bravo, Madrid, 1989.
28. PACHECO, Juan Ronald. *Análisis jurisprudencial sobre las teorías de la "inscripción ficción" e "inscripción garantía" durante la década del 2000. Tendencias y proyecciones*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013.
29. PEÑAILILLO, Daniel. *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*. Editorial Jurídica de Chile, IV Edición, año 2010.
30. PÉREZ PEÑA, María Francisca. *La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del artículo 915 del Código de Bello*. En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, sección ensayos, Año 21, N° 1, 2014, pp. 387-421.
31. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2006). N° 2-2006, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, diciembre de 2006.
32. ROMERO SEGUEL, Alejandro. *Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
33. ROSTIÓ CASAS, Ignacio. *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*. Editorial LegalPublishing, Santiago de Chile, 2014.
34. ROUSSEAU, J.J. *El Contrato Social*. Editorial Losada, Buenos Aires
35. ROZAS VIAL, F. *Los Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago, 1998.
36. ROZAS VIAL, Fernando. *Los Bienes*. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2007.

37. SELMAN NAHUM, Arturo. *Artículo 915 del Código Civil: Una solución jurisprudencial a la limitación de las acciones tradicionales*. En: Revista Ius et Praxis, Año 17, N°1, 2011, pp. 57-80.
38. TAVOLARI, R. (Director). *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
39. TAVOLARI, R. (Director). *Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil. Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
40. TRUCCO, Humberto. *Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil*. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo VII, Nro. 6. p. 131-155.
41. URRUTIA, Leopoldo. *Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil Chileno*. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXI, 1934, pp. 5-12.
42. VERGARA BEZANILLA, José Pablo. *Reivindicación contra el poseedor a nombre ajeno o injusto detentador*. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVI, Nro. 2. p. 55 a 62.

JURISPRUDENCIA

1. Causa Rol C-2680-2008 del 1° Juzgado de Letras de Coquimbo, “Comunidad Agrícola Cuesta el Manzano con Enlasa Generación Chile S.A. y otros”
2. Causa Rol N° C-205-2011, 2° Juzgado Civil de Puerto Montt, 13 de Junio de 2013. Considerandos 6° y 7°.
3. Causa Rol N° 7085-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 30 de mayo de 2013. Considerandos 3°, 5°, 6° 7° y 8°.
4. Causa Rol N° 7402-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 11 de junio de 2013. Considerandos 2°, 5° y 6° (S. de reemplazo).
5. Causa Rol N° 6826-2012, Corte Suprema, Sala Primera, 13 de agosto de 2013. Considerandos 4°, 14, 16 y 18.
6. Causa Rol N° 7402-2012, C. San Miguel, 9 de enero de 2014. Considerandos 6°, 7°, 8°, 9° y 10.
7. Causa Rol N° 24706-2014, Corte Suprema, Sala Tercera, 5 de Noviembre de 2014. Considerandos 2°, 4°, 5° y 6°.

8. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 22-23.
9. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 114-117.
10. Causa Rol N° 820-2008, Corte Suprema, Sala Primera, 26 de Enero de 2009. Considerandos 5°.
11. Causa Rol N° 656-2008, Corte Suprema, Sala Primera, 30 de Marzo de 2009. Considerando 10
12. Causa Rol N° 4340-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 22 de Julio de 2010. Considerandos 10° y 11°.
13. Causa Rol N° 4623-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 12 de Agosto de 2010. Considerandos 6° y 7°.
14. Causa Rol N° 4815-2010, Corte Suprema, Sala Primera, 17 de Agosto de 2010. Considerandos 7° y 17°.
15. Causa Rol N° C-2924-2011, 2° Juzgado de Letras de Los Ángeles, 14 de Junio de 2013. Considerandos 6°, 7° y 8°.
16. Causa Rol N° 452-2013, C. Puerto Montt, 16 de Agosto de 2013. Considerandos 8°, 9°, 10°, 11° y 12°.
17. Causa Rol N° C-1406-2012, Juzgado de Letras de San Javier, 10 de Diciembre de 2013. Considerandos 6°, 7°, 8° y 9
18. Causa Rol N° C-1159-2011, 1° Juzgado de letras de Rengo, 28 de Enero de 2014. Considerandos 25°, 26° y 27°.
19. Causa Rol N° C-83-2012, Juzgado de Letras de Constitución, 10 de Abril de 2014. Considerandos 9° y 11°.
20. Causa Rol N° 178-2014, Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), 24 de junio de 2014. Considerandos 4°, 6°, 7°, 8° y 9°.
21. Causa Rol N° 3650-2014, Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), 14 de Octubre de 2014. Considerandos 2°, 3° y 4°.
22. Causa Rol N° 3545-2014, Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), 4 de Noviembre de 2014. Considerandos 5°, 9° y 10°.

23. Causa Rol N° 27484-2014, Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), 12 de Enero de 2015. Considerandos 8° y 9°.
24. Causa Rol N° C-263-2012, Juzgado de Letras y Garantía de Pucón, 11 de Febrero de 2015. Considerandos 5° y 6°.
25. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 22-23.
26. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2004). N° 1-2004, Junio 2004. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 114-117.
27. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. (2006). N° 2-2006, Diciembre 2006. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 810-813.
28. TAVOLARI, R. (Director). (2010). Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 649-652.