

DERECHO CIVIL IV

MATERIALES (5)

Saneamiento propiedad raíz
Precario
Prescripción adquisitiva

1. Decreto Ley N°2.695 (1979), Ministerio de Tierras y Colonización (actual Ministerio de Bienes Nacionales).
2. Atria, Fernando. Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004. En: Revista de Derecho (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, N°2, 2005, pp. 76-87.
3. Halabí, Faud y Saffirio, Carlos. La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, pp. 1-20; 50-93.
4. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Tratado de los derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica, 6ª ed., 2005, t. II, pp. 9-65.

datos falsos al solicitar la reconstrucción de una inscripción o al deducir oposición.

Art. 22. Derógase la Ley N.º 15.567, de 17 de marzo de 1964, sobre reconstrucción de inscripciones vigentes en los Registros de los Conservadores de Bienes Raíces que sean destruidos total o parcialmente por siniestros.

ARTICULO TRANSITORIO

El Presidente de la República deberá complementar los aranceles vigentes para los Notarios, Conservadores y Archiveros, con los derechos que tales funcionarios podrán cobrar con motivo de la aplicación de la presente ley, por el término que falle hasta el 28 de diciembre de 1967, fecha en que deberán dictarse nuevos aranceles en conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N.º 16.250, de 21 de abril de 1965.

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto, publíquese y llévase a efecto como ley de la República.

Santiago, veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y siete.— **EDUARDO FREI MONTALVA.— Pedro J. Rodríguez G.**

DECRETO LEY N.º 2.695

Ministerio de Tierras y Colonización

FJA NORMAS PARA REGULARIZAR LA POSESION DE LA PEQUEÑA PROPIEDAD RAIZ Y PARA LA CONSTITUCION DEL DOMINIO SOBRE ELLA¹

(Publicado en el Diario Oficial N.º 30.420, de 21 de julio de 1979)

Núm. 2.695.— Santiago, 30 de mayo de 1979.

Visto: lo dispuesto en los Decretos Leyes N.ºs 1 y 128, de 1973; 527, de 1974; 991, de 1976, y

Considerando:

1.º Que la deficiente constitución del dominio de las pequeñas propiedades raíces rurales y urbanas genera problemas de índole socioeconómico de crecimiento progresivo, al impedir que gran número de ellas se incorpore efectivamente al proceso productivo nacional;

2.º Que por ello se ha creado un sistema que la legislación ha denominado "sanamiento del dominio de la pequeña propiedad", que tiene por objeto regularizar la situación del poseedor material que carece de títulos o que los tiene imperfectos, lo que es previo, en el caso de la pequeña propiedad agrícola, a la elaboración de planes de desarrollo y de asistencia técnica o crediticia, así como a cualquier reordenamiento destinado a atacar e impedir el minifundio;

¹ Véase el Decreto Supremo N.º 541, de 20 agosto de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 17 de octubre de 1996, que reglamenta este Decreto Ley.

3.º Que la legislación vigente sobre la materia no ha permitido dar solución eficaz al problema, por lo cual es conveniente modificarla, adecuándola a la realidad actual y estableciendo un nuevo procedimiento que dé facultades a la autoridad administrativa para ordenar la inscripción de los predios a nombre de sus poseedores materiales que reúnan los requisitos establecidos en la ley, y que contemple la intervención de la justicia ordinaria sólo en los casos de legítima oposición o para garantizar los derechos de terceros, y

Habiéndose oído además al Consejo de Estado sobre esta iniciativa,

La Junta de Gobierno de la República de Chile ha acordado dictar el siguiente

DECRETO LEY:

Título I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º Los poseedores materiales de bienes raíces rurales o urbanos, cuyo avalúo fiscal para el pago del impuesto territorial sea inferior a ochocientas o a trescientas ochenta unidades tributarias, respectivamente, que carezcan de título inscrito, podrán solicitar de la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales que se les reconozca la calidad de poseedores regulares de dichos bienes a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción, de acuerdo con el procedimiento que se establece en la presente ley.¹

Para estos efectos se considerará el avalúo que esté vigente en la fecha que se presente la respectiva solicitud, referido al total o parte del bien raíz, según corresponda, proporcionado por el Servicio de Impuestos Internos.²

¹ Inciso modificado, como aparece en el texto, por el artículo único de la Ley N.º 18.866, de 5 de diciembre de 1989.

² Inciso modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N.º 1, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

Art. 2.º Para ejercitar el derecho a que se refiere el artículo anterior, el solicitante deberá reunir los siguientes requisitos:

1.º Estar en posesión del inmueble, por sí o por otra persona en su nombre, en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, durante cinco años, a lo menos, y

2.º Acreditar que no existe juicio pendiente en su contra en que se discuta el dominio o posesión del inmueble, iniciado con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud.

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

En las casas o edificios poseídos en común por varias personas que deseen acogerse al procedimiento de regularización de la posesión establecido en el presente texto legal, no se aplicarán estas disposiciones sino en los casos en que esos inmuebles cumplan con las prescripciones de la Ley N.º 6.071.

Art. 3.º El solicitante podrá agregar a su posesión la de sus antecesores, sea ésta legal o material, siempre que el inmueble no forme parte de uno inscrito de mayor extensión, y que exista, a lo menos, un título aparente que haga presumible la continuidad de las posesiones.

Se tendrá, entre otros, como título aparente la promesa de compraventa de plazo vencido; la adquisición de mejoras o de derechos y acciones sobre el inmueble, sea por instrumento público o privado, y el hecho de ser el solicitante descendiente o heredero presunto del poseedor anterior. La calidad de descendiente podrá acreditarse también con las partidas de bautismo y de matrimonio religioso o con la partida de nacimiento en que conste el nombre del padre o de la madre.

El hecho de invocar como antecedente un contrato de promesa de compraventa o cualquier otro instrumento público o privado en que conste la voluntad de transferir la propiedad, no significará que el poseedor reconozca dominio ajeno.

Art. 4.º La posesión material deberá acreditarse en la forma establecida en el artículo 925 del Código Civil.

El pago del impuesto territorial podrá ser considerado como plena prueba de la posesión material cuando por su regularidad, continuidad y duración reúna los caracteres establecidos en el inciso segundo del artículo 426 del Código de Procedimiento

Civil. El pago del mismo tributo durante los cinco años anteriores a la presentación de la solicitud hará plena prueba de dicha posesión respecto del peticionario.¹

El solo hecho de existir una inscripción anterior que ampare el inmueble, no significará que el poseedor material esté reconociendo dominio ajeno, sin perjuicio de los derechos del titular de esa inscripción contemplados en el Título IV de la presente ley.

Art. 5.º El solicitante deberá acompañar una declaración jurada, prestada ante Notario, o, en su defecto, ante el Oficial del Registro Civil en cuyo territorio jurisdiccional se encuentre el inmueble, o ante el funcionario que el Servicio determine, acerca del hecho de cumplir con el requisito contemplado en el N.º 1.º del artículo 2.º, sobre el origen de su posesión y respecto de los antecedentes legales y de hecho de los poseedores anteriores, si los conociere, como, asimismo, sobre el conocimiento que tuviere de la existencia de inscripciones que se refieran al inmueble y de las otras personas que pudieran tener derechos sobre el predio.²

Art. 6.º El cumplimiento del requisito de no existir juicio pendiente se acreditará mediante declaración jurada que deberá presentarse conjuntamente con la que exige el artículo anterior.

Art. 7.º La presente ley será aplicable a los inmuebles ubicados en cualquier punto del territorio de la República, incluyendo a aquellos cuyos títulos de dominio no hayan sido reconocidos como válidos por el Fisco en conformidad a las leyes sobre propiedad austral.

En el caso de terrenos ubicados en zonas fronterizas, se requerirá autorización previa de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado.

Art. 8.º No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las normas de la presente ley no serán aplicables a los terrenos

¹ Inciso modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N.º 2, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

² Modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, letra a), de la Ley N.º 18.148, de 28 de julio de 1982.

comprendidos en las poblaciones declaradas en situación irregular, de acuerdo con la Ley N.º 16.741, a las tierras indígenas regidas por la Ley N.º 17.729, a las comunidades sujetas a las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley N.º 5, de 1967, del Ministerio de Agricultura, y a los terrenos de la provincia de Isla de Pascua.

Tampoco serán aplicables a las propiedades fiscales, entendiendo por tales las que se encuentren inscritas a nombre del Fisco, ni a las de los gobiernos regionales, municipales y servicios públicos descentralizados, ni a las comprendidas en las herencias deferidas a favor de ellos, ni a los inmuebles en que estén efectuando hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio.¹

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Bienes Nacionales, mediante resolución fundada, podrá aplicar el procedimiento de regularización establecido en este decreto ley, respecto de los inmuebles de propiedad de las municipalidades y de servicios públicos descentralizados, como los Servicios Regionales de Vivienda y Urbanización. Para efectuar esta regularización, dicha Secretaría de Estado deberá contar con la autorización previa y expresa de los representantes legales de las instituciones propietarias de los inmuebles de que se trata, y se regirán en todo lo demás por las disposiciones generales de este cuerpo legal, y las demás normas que les sean aplicables.²

Asimismo, el Ministerio de Bienes Nacionales, mediante resolución fundada, podrá aplicar el procedimiento de regularización establecido en este decreto ley, en todos aquellos inmuebles donde exista incerteza de quién es su propietario por encontrarse éstos ubicados en localidades del país donde los conservadores de bienes raíces competentes hayan sufrido algún siniestro, y como consecuencia de éste, no exista historia de la propiedad raíz, o ésta no se haya podido conservar, en uno y otro caso, por pérdida o destrucción de los registros respectivos.³

Si fuera necesario acreditar que el inmueble no se encuentra en alguno de los casos a que se refieren los incisos primero y

¹ Inciso sustituido, por el que aparece en el texto, por el artículo único, N.º 3, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

² Inciso agregado por el artículo 3.º, N.º 1 de la Ley N.º 19.858, de 11 de febrero de 2005.

segundo de este artículo, será suficiente prueba un certificado expedido por el Servicio o por el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, según corresponda.¹

Art. 9.º El que maliciosamente obtuviere el reconocimiento de la calidad de poseedor regular de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente ley, será sancionado con las penas del artículo 473 del Código Penal.

Se presumirá el dolo cuando el interesado tuviere, en la fecha de presentación de su solicitud, la calidad de arrendatario o mero tenedor o haya reconocido dominio ajeno mediante un acto o contrato escrito.

Si como consecuencia de lo señalado en el inciso primero se interpusiere acción penal, y ésta fuere acogida, el tribunal ordenará que se cancele la inscripción de que tratan los artículos 12 y 14.²

Si falleciere el procesado antes de existir sentencia firme, sin perjuicio del sobreseimiento definitivo, que corresponda, si no hubiere demanda civil, el querellante podrá solicitar por vía incidental al tribunal de la causa la cancelación de la inscripción a que se refiere el inciso anterior en el plazo de sesenta días contados desde la muerte de aquél, debiendo emplazarse a los herederos mediante tres avisos publicados en un diario o periódico de circulación provincial, a su costa, entre cada uno de los cuales deben mediar a lo menos diez días, para que expongan lo que crean conveniente a sus derechos. En su rebeldía, el tribunal realizará de oficio todas las diligencias que estimare necesarias para decidir si ordena o no la cancelación imputada o resolverá de plano si hubiere mérito para ello. Si en la causa criminal hubiere demanda civil, o ella se hubiera interpuesto independientemente, se proseguirá conforme a las normas generales contra los respectivos herederos.³

¹ Inciso modificado, como aparece en el texto por el artículo 3.º, N.º 2 de la Ley N.º 19.858, de 11 febrero de 2003.

² Inciso agregado por el artículo único, N.º 4, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

³ Inciso agregado por el artículo único de la Ley N.º 19.686, de 5 de agosto de 2000.

Título II DEL PROCEDIMIENTO

Art. 10. Presentada la solicitud en el Servicio, éste la admitirá a tramitación previo informe jurídico, cuando a su juicio sea difícil u onerosa la regularización de la posesión inscrita por los procedimientos establecidos en otras leyes. El Servicio oficiará al Servicio de Impuestos Internos para que este organismo informe, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción del oficio respectivo, sobre el nombre, rol único tributario y domicilio de quien aparezca, según sus antecedentes, como propietario del inmueble.¹

Recibidos los antecedentes a que se refiere el inciso anterior, si se tratare de personas naturales, el Servicio oficiará al Servicio de Registro Civil e Identificación y al Servicio Electoral para que, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción del oficio respectivo, informen del último domicilio que registra en dichos organismos la persona que, según el Servicio de Impuestos Internos, aparece como supuesto propietario, o de su fallecimiento.²

Con estos antecedentes el Servicio procederá a notificar la solicitud, mediante carta certificada, al supuesto propietario del inmueble, adjuntando copia íntegra de ella.³

Cumplidos los trámites anteriores, o sin ellos cuando los organismos pertinentes no hubiesen aportado información dentro de los plazos señalados acerca del supuesto titular, el Servicio dispondrá que el personal técnico de su dependencia, o el contratado en la forma dispuesta en el artículo 40, compruebe en el terreno la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 2.º, y reúna los datos necesarios para individualizar el inmueble, levantando el respectivo plano, todo ello si procediere. De la vista a terreno que se efectuare deberá dejarse constancia en la unidad de Carabineros correspondiente más cercana.⁴

¹ Inciso modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N.º 5, letra a), de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

²⁻⁴ Inciso agregado por el artículo único, N.º 5, letra b) de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

Art. 11. Cumplidos los trámites a que se refiere el artículo anterior y previo informe jurídico, el Servicio deberá pronunciar-se denegando o aceptando la solicitud presentada. En este último caso la resolución respectiva deberá disponer que ella se publique por dos veces en un diario o periódico de los de mayor circulación en la región que determine el Servicio y ordenará, asimismo, fijar carteles durante quince días en los lugares públicos que él determine.

Asimismo, tratándose de procedimientos de regularización cuyo objeto sean bienes raíces ubicados en zonas geográficas de difícil acceso, que el Servicio señale, dicha resolución se comunicará mediante mensaje radial en el medio que el mismo Servicio determine.¹

Las publicaciones se harán indistintamente los días primero y quince del mes o en la edición inmediatamente siguiente si el diario o periódico no se publicare en los días indicados.²

Los avisos y carteles contendrán en forma extracada la resolución del Servicio, la individualización del peticionario, la ubicación y deslindes del inmueble, su denominación, si la tuviere, su superficie aproximada y la respectiva inscripción si fuere conocida, y en ellos deberá prevenirse que, si dentro del plazo de treinta días hábiles contado desde la publicación del último aviso, no se dedujere oposición por terceros, se ordenará la inscripción a nombre del solicitante.

Art. 12. Si no se dedujere oposición dentro del plazo indicado en el artículo anterior y previa certificación de este hecho y del de haberse efectuado las publicaciones y colocado los carteles, el Servicio podrá dictar resolución ordenando la inscripción del inmueble en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Esta resolución contendrá la individualización de él o los peticionarios, la ubicación y deslindes del predio, su denominación, si la tuviere, y su superficie aproximada; estará exenta del trámite de toma de razón y no será necesario reducirla a escritura pública.

¹ Inciso modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N.º 6, letras a) y b), de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

² Inciso modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N.º 6, letra c), de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

Art. 13. Cuando el Servicio rechazare una solicitud, el interesado podrá recurrir al Subsecretario de Tierras y Colonización, el que resolverá sin ulterior recurso.

Art. 14. El Conservador de Bienes Raíces deberá practicar la inscripción del inmueble a requerimiento del Servicio o del interesado, de acuerdo con las indicaciones que contenga la resolución dictada por el Servicio, y agregará, al final del Registro de Propiedad, una copia autorizada de dicha resolución, junto con el plano correspondiente, en su caso, y además practicará la inscripción de la prohibición a que se refiere el artículo 17 de la presente ley.

Para proceder a la inscripción no será necesario que se acredite el pago del impuesto territorial, ni que el inmueble está al día en lo relativo a deudas de pavimentación.

A solicitud del interesado, el Servicio podrá ordenar que se practique una sola inscripción, a nombre del mismo poseedor material, cuando dos o más predios o retazos rurales estén ubicados en un mismo departamento y sus avallíos, en conjunto, no excedan el límite establecido en el artículo 1.º¹

En lo demás, el Conservador se ceñirá a las normas del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, en lo que no fueren modificadas por el Reglamento de la presente ley.

Título III

DE LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCION

Art. 15. La resolución del Servicio que acoja la solicitud se considerará como justo título. Una vez practicada su inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, el interesado adquirirá la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales, aunque existieren en favor de otras personas inscripciones que no hubieran sido materialmente canceladas.

¹ Inciso agregado por el artículo único, letra b), de la Ley N.º 18.148, de 28 de julio de 1982.

Transcurrido un año completo de posesión inscrita no interrumpida, contado desde la fecha de la inscripción, el interesado se hará dueño del inmueble por prescripción, la que no se suspenderá en caso alguno.

La resolución indicada en el inciso primero y la sentencia a que se refiere el artículo 25 de esta ley se subinscribirán al margen de la respectiva inscripción de dominio a la que afecte el saneamiento, si se tuviere conocimiento de ella.¹

Art. 16. Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo precedente, expirado el plazo de un año a que esa disposición se refiere, prescribirán las acciones emanadas de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas y el de hipotecas relativos al inmueble inscrito de acuerdo con la presente ley.

Las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, así como la de los otros derechos reales mencionados, las de los gravámenes y prohibiciones que lo afectaban, una vez transcurrido el citado plazo de un año, se entenderán canceladas por el solo ministerio de la ley, sin que por ello recobren su vigencia las inscripciones que antecederían a las que se cancelan.

Con todo, si las hipotecas y gravámenes hubiesen sido constituidas por el mismo solicitante o por alguno de los antecesores cuya posesión legal o material se hubiera agregado a la suya, dichas hipotecas y gravámenes continuarán vigentes sobre el inmueble. Subsistirán, igualmente, los embargos y prohibiciones decretados en contra del solicitante o de alguno de sus antecesores; pero ello no será obstáculo para practicar las inscripciones que correspondan.

Art. 17. Los poseedores de inmuebles inscritos con arrego a esta ley no podrán gravarlos ni enajenarlos durante el plazo de un año, contado desde la fecha de la inscripción.

Los Conservadores de Bienes Raíces deberán inscribir de oficio esta prohibición, la que quedará cancelada, por el solo ministerio de la ley, una vez transcurrido el referido plazo de un

¹ Inciso agregado por el artículo único, N.º 7, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

año. Vencido este término, dichos funcionarios deberán alzarlas de oficio, sin necesidad de requerimiento de parte interesada.

Los mencionados poseedores podrán, sin embargo, constituir en cualquier tiempo gravámenes en favor de organismos de crédito estatales o privados, servicios públicos o instituciones creadas por ley o en las cuales el Estado tenga participación o representación.

Los poseedores de predios rústicos podrán, asimismo, enajenar el inmueble en favor de los organismos o instituciones mencionados en el inciso anterior o en beneficio de una persona natural dueña de otra pequeña propiedad agrícola cuya explotación pueda complementarse con la de dichos predios. En este último caso el cumplimiento de los requisitos mencionados se acreditará mediante certificado expedido por el Servicio Agrícola y Ganadero.

Título IV

DEL EJERCICIO DE DERECHOS POR TERCEROS

Art. 18. Los terceros que pretendan impugnar la solicitud o la inscripción practicada a nombre del peticionario, sólo podrán hacerlo ejerciendo los derechos que se les confieren en el presente título, dentro de los plazos y de acuerdo con las normas que se establecen en los artículos que siguen.

Párrafo 1.º

De la oposición

Art. 19. Los terceros que formulen oposición a la solicitud en la oportunidad establecida en el artículo 11 de la presente ley, sólo podrán fundarla en alguna de las causales siguientes:

1.º Ser el oponente poseedor inscrito del inmueble o de una porción determinada de él, siempre que su título le otorgue posesión exclusiva.

Sin embargo, no podrá invocar esta causal el que sólo tenga la calidad de comunero; el que por sí o sus antecesores haya

vendido o prometido vender al peticionario o a aquellos de quien o quienes éste derive sus derechos, aunque sea por instrumento privado, el todo o parte del predio y recibido dinero a cuenta del precio, ni tampoco el que invoque una inscripción especial de herencia cuando en la respectiva resolución de posesión efectiva se haya omitido a otros herederos con derecho a ella.

Los que se encuentren en las situaciones previstas en el inciso anterior, sólo podrán ejercer el derecho de pedir compensación en dinero establecido en el párrafo 3.º del presente título. Igual derecho tendrá el comunero, sin perjuicio de lo que dispone el número 4.º de este artículo.

Con todo, podrá invocar esta causal aquel que hubiere solicitado judicialmente la resolución del contrato o interpuesto acción de petición de herencia, siempre que se haya notificado la demanda con antelación a la fecha de presentación ante el Servicio de la solicitud correspondiente por el requirente.

2.º Tener el oponente igual o mejor derecho que el solicitante, esto es, reunir en sí los requisitos señalados en el artículo 2.º, respecto de todo el inmueble o de una parte de él.

En este caso, el oponente deberá deducir reconvención, solicitando que se practique la correspondiente inscripción a su nombre, que producirá los efectos señalados en el Título III de la presente ley.

3.º No cumplir el solicitante todos o algunos de los requisitos establecidos en el artículo 2.º, y

4.º Ser una comunidad de que forme parte el oponente, poseedora inscrita del inmueble o de una porción determinada de él, siempre que aquélla se encuentre en liquidación, al momento en que fue presentada la solicitud a que se refiere el artículo 1.º

Art. 20. La oposición deberá deducirse ante el Servicio dentro del plazo de treinta días hábiles, contado desde la última publicación a que se refiere el artículo 11, y deberá contener la individualización de el o los oponentes, sus fundamentos, los documentos y demás medios de prueba en que se apoya y las peticiones concretas que se formulen.

Presentada la oposición, la cual se entenderá como demanda para todos los efectos legales, el Servicio deberá abstenerse de continuar la tramitación y remitirá de inmediato los antecedentes al juez de letras en lo civil dentro de cuyo territorio jurisdiccio-

nal se encuentre el predio, lo que será notificado por carta certificada tanto al peticionario como al oponente.¹

Si el predio estuviere en dos o más territorios jurisdiccionales, será competente el juez de cualquiera de ellos. Si existen varios juzgados de igual jurisdicción, será competente al que se encontrare de turno en el momento de la interposición de la oposición.²

Art. 21. El Servicio podrá asumir, por excepción, el patrocinio y representación del peticionario de escasos recursos contra quien se dirija la oposición, ante el Tribunal mencionado.

Art. 22. Recibida la demanda, el tribunal examinará si invoca alguno de los fundamentos descritos en el artículo 19 o si reúne los requisitos del artículo 20. Si careciere de ellos, la declarará inadmisibles, ordenando en la misma resolución la inscripción a que se refieren los artículos 12 y 14 de esta ley, la cual será apelable conforme a las reglas generales, notificándose dicha negativa por el estado diario al actor y personalmente al demandado.³

Si el tribunal estimare que la demanda aparece revestida de fundamentos plausibles y reúne los requisitos legales, citará a las partes a una audiencia de contestación en día y hora determinados, por verificarse entre los diez y treinta días hábiles contados desde su ingreso, con el fin de que las partes expongan lo que convenga a sus derechos. La demanda y su proveído serán notificados, a lo menos, con tres días hábiles de anticipación a la verificación de la audiencia, bajo apercibimiento de tenerse por no deducida, debiendo el tribunal proceder conforme al inciso anterior ordenando la respectiva inscripción, resolución que será inapelable.⁴

Si hubiere necesidad de prueba, ésta se rendirá en el plazo y forma establecidos para los incidentes y se apreciará en concidencia.

^{1,2} Inciso sustituido, por el que aparece en el texto, por el artículo único, N.º 8, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

^{3,4} El primitivo inciso primero fue sustituido por los actuales incisos primero y segundo conforme a lo dispuesto por el artículo único, N.º 9, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

En igual forma serán apreciados por el juez los antecedentes acumulados en la instancia administrativa, que le hayan sido remitidos por el Servicio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 20.

Art. 23. El juez dictará sentencia dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde que haya vencido el término probatorio o se hayan cumplido las medidas para mejor resolver que hubiere decretado.

Art. 24. La sentencia que rechace total o parcialmente la oposición, ordenará la inscripción en favor del peticionario, de la totalidad del inmueble o de la porción determinada del mismo respecto de la cual aquél haya acreditado el cumplimiento de los requisitos del artículo 2.º.

En el evento que el Tribunal acepte la oposición deberá ordenar la inscripción a nombre del oponente, en el caso en que ella procediere.

La inscripción se hará en la forma establecida en el artículo 14.

Art. 25. La sentencia judicial que ordene la inscripción, será considerada como justo título, y la inscripción que se practique producirá los mismos efectos establecidos en el Título III de la presente ley.

Párrafo 2.º

De las acciones de dominio

Art. 26. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, los terceros podrán, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de la inscripción del inmueble practicada por resolución administrativa o judicial, deducir ante el Tribunal señalado en el artículo 20, las acciones de dominio que estimen asistiles.

El procedimiento se ajustará a las reglas del juicio sumario establecido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil.

Art. 27. Si el Tribunal acogiere la acción a que se refiere el artículo anterior, ordenará la cancelación de la inscripción practi-

cada con arreglo a esta ley, conservando su plena vigencia las inscripciones que existían sobre el inmueble con anterioridad a ella.

Párrafo 3.º

De la compensación de derechos en dinero

Art. 28. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 y 26, los terceros que acrediten dominio sobre todo el inmueble o una parte de él y que no hayan ejercido oportunamente las acciones a que se refiere el párrafo 2.º de este título, así como los que pretendan derechos de comunero sobre el mismo o ser titulares de algún derecho real que lo afecte, podrán exigir que tales derechos le sean compensados en dinero en la proporción que corresponda hasta la concurrencia del valor del predio, manteniendo para estos efectos sus respectivos privilegios.

La determinación del valor de los derechos a falta de acuerdo de las partes, se hará por el Tribunal oyendo al Servicio Agrícola y Ganadero o a la Corporación Nacional Forestal, en su caso, tratándose de predios rurales, y al Servicio de Impuestos Internos respecto de los inmuebles urbanos. Para los efectos de la tasación se estará al valor comercial que tenga el bien en la fecha en que se practique, excluyendo las mejoras adquiridas o realizadas por el poseedor material. Si la tasación se refiriere a todo el inmueble o a una parte de él, no podrá ser inferior a su avalúo fiscal total o proporcional, reducidas las mencionadas mejoras que estuvieren comprendidas en él.

Art. 29. La acción a que se refiere el artículo anterior deberá ejercerse dentro del plazo de cinco años, contados desde la fecha de la inscripción, ante el tribunal que señala el artículo 20, y se tramitará de acuerdo con las reglas del procedimiento sumario.¹

Art. 30. Si la sentencia reconociere los derechos invocados, el valor de los mismos fijados en ella se pagará, a falta de acuer-

¹ Artículo modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N.º 10, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

do entre las partes, con un máximo de hasta un diez por ciento al momento de quedar firme la sentencia y el saldo en un plazo no inferior a cinco años, ni superior a diez, contado desde esa misma fecha, con un interés que no excederá del seis por ciento anual y reajustado en un porcentaje no superior al aumento que experimentare el Índice de Precios al Consumidor fijado por el Instituto Nacional de Estadísticas.

Título V DISPOSICIONES VARIAS

Art. 31. Los predios rústicos inscritos de acuerdo con las disposiciones de la presente ley, sólo serán divisibles de acuerdo con las normas legales contempladas en el Decreto Ley N.º 752, de 1974, y sus modificaciones.

No se entenderá que hay división, cuando se solicite de acuerdo con esta ley la regularización de la posesión o la constitución del dominio de un inmueble que forma parte de otro de mayor extensión.

Art. 32. Las facultades que esta ley confiere al Servicio, podrán delegarse en sus Directores Regionales, Jefes de Oficinas Provinciales o abogados del Servicio, mediante resoluciones fundadas exentas del trámite de toma de razón.

Se entenderá por Servicio a la Subsecretaría del Ministerio de Bienes Nacionales, la que actuará a través de la División de Constitución de la Propiedad Raíz.¹

Art. 33. Por decreto supremo, dictado a través del Ministerio de Tierras y Colonización, podrán señalarse zonas, áreas o regiones de aplicación preferente de la presente ley.

Las personas que en estos casos no impetaren los derechos que les concede esta ley, podrán hacerlo después, siempre que las disponibilidades y planes de trabajo del Servicio le permitan atender su solicitud.

¹ Inciso sustituido, por el que aparece en el texto, por el artículo único, N.º 11, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

Art. 34. Los organismos, instituciones o empresas del Estado y aquellos en que éste tenga participación o representación, deberán dar preferencia en el otorgamiento de préstamos o asistencia técnica, a las personas que los soliciten para propiedades inscritas a su nombre o que estén en trámite de inscripción, en conformidad a esta ley.

Art. 35. Las solicitudes de regularización de la posesión de acuerdo con las normas del presente texto, así como los documentos, escrituras públicas, inscripciones y sus copias y las demás actuaciones a que dé lugar este procedimiento, estarán exentas de todo impuesto fiscal.

Art. 36. El Servicio gozará de privilegio de pobreza en todas sus actuaciones.

Art. 37. La mujer casada se considerará separada de bienes para los efectos de ejercitar los derechos que establece esta ley en favor de los poseedores materiales, y para todos los efectos legales referentes al bien objeto de la regularización.¹

Art. 38. Derógase el Decreto con Fuerza de Ley N.º 6, de 1968, del Ministerio de Agricultura, y sus modificaciones.

Art. 39. Las normas de los artículos 58 y 101 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces no se aplicarán a los inmuebles a que se refiere el inciso primero del artículo 1.º de la presente ley, a menos que la inscripción sea requerida por el Fisco.

Art. 40. Para el cumplimiento de las funciones que le asigna el presente texto, aparte de su dotación normal, el Servicio podrá contratar personal en forma permanente o transitoria, por jornadas completas o parciales, sobre la base de honorarios o en cualquier otra forma, de acuerdo con las normas legales vigentes sobre la materia.

¹ Artículo modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N.º 12, de la Ley N.º 19.455, de 25 de mayo de 1996.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Bienes Nacionales podrá contratar con las personas naturales o jurídicas que se encuentren incorporadas en el Registro Nacional a que se refiere la letra d) del artículo 42, los trabajos topográficos y jurídicos y demás acciones de apoyo necesarias para acogerse a los beneficios que establece este cuerpo legal, al amparo de lo que dispone la Ley N.º 18.803.

Cuando los particulares contraten directamente la realización de los trabajos topográficos y jurídicos indicados, con algunas de las personas a que se refiere el inciso anterior, el Ministerio de Bienes Nacionales podrá cobrar los gastos que demande la recepción y visación conforme de los trabajos encargados, los cuales deberán ser determinados mediante resolución fundada y enterarse en favor del Ministerio de Bienes Nacionales.^{1,2}

Art. 41. Los gastos que demande la aplicación del procedimiento de regularización establecido en este decreto ley, determinados mediante resolución fundada, serán de costo del solicitante, quien deberá enterarlos oportunamente en el Ministerio de Bienes Nacionales.

Con todo, las personas que acrediten debidamente no contar con recursos suficientes, conforme lo establezca el reglamento de la presente ley, podrán optar a su financiamiento total o parcial, con cargo a los recursos públicos que se destinen al efecto.

El Ministerio de Bienes Nacionales podrá recibir, de parte de las municipalidades y de entidades de derecho público o privado, los aportes suficientes para el financiamiento, total o parcial, de las acciones de apoyo y complementarias que este procedimiento hiciere necesario. Estos recursos serán empleados para el financiamiento de los casos señalados en el inciso anterior. La transferencia de estos aportes deberá realizarse mediante un convenio celebrado entre el aportante y el Secretario Regional Mi-

¹ El inciso segundo de este artículo fue sustituido por los actuales incisos segundo y tercero, por el artículo 2.º, N.º 1 de la Ley N.º 19.930, de 4 de febrero de 2004.

² Véase el Decreto Supremo N.º 13, de 23 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 17 de octubre de 1996, que Reglamenta el Registro Nacional a que se refiere este Decreto Ley.

nisterial de Bienes Nacionales competente, en el marco de lo dispuesto en la legislación vigente.

Se entenderán por acciones de apoyo a las potestades públicas establecidas en este decreto ley, entre otras, los trabajos topográficos y jurídicos necesarios para acogerse al beneficio de la regularización. Asimismo, serán acciones de apoyo y complementarias, entre otras, las publicaciones, inscripciones y copias que este procedimiento hiciere necesario.¹

Art. 42. El Servicio tendrá, además, en las materias de que trata esta ley, las siguientes atribuciones:

a) Requerir de los Conservadores de Bienes Raíces, Notarios y oficinas públicas, los documentos que estime indispensables para resolver las solicitudes, los que deberán serle proporcionados sin costo;

b) Solicitar y finar ante los Conservadores de Bienes Raíces las inscripciones, subinscripciones y anotaciones necesarias para el cumplimiento de los fines de esta ley;

c) Asesorar jurídicamente a los propietarios que hayan obtenido la inscripción de sus predios, de conformidad al procedimiento establecido en esta ley, en materias relativas al dominio y explotación del predio, y

d) Establecer un Registro Nacional en el que se inscribirán las personas naturales o jurídicas que se interesen en realizar los trabajos topográficos y jurídicos a que se refiere el artículo 40.

Cualquier persona natural o jurídica podrá incorporarse a este Registro, siempre que cumpla con los requisitos técnicos, profesionales, de infraestructura, capacidad e idoneidad establecidos por el Ministerio de Bienes Nacionales para realizar los trabajos topográficos o jurídicos, o ambos. El Ministerio de Bienes Nacionales autorizará la incorporación al Registro mencionado por resolución fundada, una vez que haya verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos. Dada la referida resolución, el contratista deberá pagar por única vez el derecho de incorporación al Registro, el que deberá enterarse a favor del Ministerio de Bienes Nacionales. El monto del derecho deberá ser fijado por resolución fundada de la jefatura del servicio, sobre la base de

¹ Artículo sustituido, por el que aparece en el texto, por el artículo 2.º, N.º 2 de la Ley N.º 19.930, de 4 de febrero de 2004.

las acciones de control y fiscalización que el Estado deba ejercer para regular el funcionamiento de las personas naturales y jurídicas inscritas en el Registro.

El Registro y su funcionamiento estarán bajo la superintendencia y fiscalización del Ministerio de Bienes Nacionales el cual, por medio del Secretario Ministerial Regional respectivo, podrá, en caso de incumplimiento, hacer efectivas las garantías que deberán constituir a su nombre los contratistas para garantizar el fiel y oportuno cumplimiento de sus obligaciones y eventuales daños materiales a terceros, como asimismo, aplicar las siguientes sanciones: a) amonestación escrita; b) multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales; c) suspensión hasta por un año, y d) eliminación del Registro.

El Ministerio de Bienes Nacionales deberá mantener un repertorio en el que depe constancia de la individualización de los contratistas, su comportamiento, actividades, sanciones, incorporación y retiro del Registro, el que tendrá carácter público.

Un reglamento establecerá las normas que sean necesarias para la aplicación de esta ley, el funcionamiento del Registro y las demás condiciones en que han de operar los contratistas inscritos.¹

El Secretario Regional Ministerial respectivo será competente para conocer y resolver sobre las sanciones referidas en la letra d), precedente, conforme a lo dispuesto en la ley N.º 19,880.²

Art. 43. Las transferencias, adjudicaciones y todas las actuaciones encaminadas a transmitir las propiedades a que se refiere el artículo 1.º, estarán exentas de todo impuesto fiscal y pagarán solamente el cincuenta por ciento de los derechos arancelarios que correspondan a Notarios, Conservadores de Bienes Raíces, Archiveros, Procuradores del Número y Receptores Judiciales.

¹ Letra reemplazada, como aparece en el texto, por el artículo 2.º, N.º 3, letra a) de la Ley N.º 19,930, de 4 de febrero de 2004.

Véase el Decreto Supremo N.º 13, de 23 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 17 de octubre de 1996, que Reglamenta el Registro Nacional a que se refiere este Decreto Ley.

² Inciso agregado por el artículo 2.º, N.º 3, letra b) de la Ley N.º 19,930, de 4 de febrero de 2004.

Art. 44. En relación con las propiedades a que se refiere la presente ley, los Conservadores de Bienes Raíces deberán practicar las inscripciones dentro del plazo máximo de treinta días contado desde la fecha en que fueron requeridas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 1.º Las solicitudes que en la fecha en que entre en vigor esta ley se encontraren en tramitación judicial en conformidad a las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley N.º 6, de 1968, del Ministerio de Agricultura, continuarán substancándose de acuerdo con las normas de ese cuerpo legal. Las que se encontraren en la etapa de tramitación administrativa, se sujetarán al procedimiento establecido en la presente ley.

Art. 2.º Mientras se dicte el reglamento de la presente ley, la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales y el Departamento de Títulos mantendrán las facultades que les confiere el Decreto con Fuerza de Ley N.º 6, de 1968, en cuanto no se opongan a las disposiciones de este texto.

Regístrese en la Contraloría General de la República, publíquese en el Diario Oficial e insértese en la Recopilación Oficial de dicha Contraloría.—Augusto PINOCHET UGARTE, General de Ejército, Presidente de la República.—José T. MERRINO CASTRO, Almirante, Comandante en Jefe de la Armada.—César MENDOZA DURÁN, General Director de Carabineros.—Javier LOPATEGUI TORRES, General de Aviación, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, subrogante.—*Lautaro Recabarren Hidalgo*, General Inspector de Carabineros, Ministro de Tierras y Colonización.

**REVISTA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD
ADOLFO IBÁÑEZ**
NÚMERO 2: 2005

**COMENTARIO DE LA
JURISPRUDENCIA DEL
AÑO 2004**

**CORTE SUPREMA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES**

y no simplemente ignorado, eso mostraría que, contra lo que creía Ihering, el fundamento de la posesión no es reducible a la propiedad⁵³. Si lo fuera, el sistema de Bello, como ha sido construido por la dogmática chilena, sería suficiente. Pero la posesión también debe protección a quien ha desencausado en la apariencia de las cosas, en el hecho de que una persona se ha comportado como dueño sin que nadie le dispute tal título. Aquí se ha producido la misma divergencia que antes observábamos, pero ahora se produce entre propiedad y posesión, por un lado, y detentación material por el otro. La posesión, nacida para servir de puente entre la propiedad y su contenido económico, "se hace sinónimo" de la propiedad, como quería Bello, al precio de perder su conexión con la detentación material. Por eso hay algún sentido en que la manera correcta de entender el sistema de posesión inscrita de bienes inmuebles en el Código Civil chileno es sostener que en Chile la posesión de inmuebles no está protegida por el derecho.

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

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

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

⁵³ Hernández Gil, A., *La Tercera Sección de la Posesión* (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1907), 15-31.

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

Lo que esta legislación significa es precisamente que la posesión registral de bienes inmuebles no cumple el objetivo que corresponde a la posesión. Las reglas sobre saneamiento de la posesión contienen el verdadero régimen de la posesión de bienes inmuebles en el derecho chileno⁵⁴. En ellas lo determinante vuelve a ser el hecho del control material de la cosa, de actuar como dueño de algo aun cuando no haya, en el sentido del régimen general, posesión.

Para verificar este aserto basta considerar los requisitos para poder solicitar una inscripción regularizadora. Los fija el artículo 2 del decreto ley 2669: posesión, actualmente no litigiosa, del inmueble, que sea continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, por cinco años. Desde luego, el uso de la expresión "posesión" en el artículo 2 merece cierto comentario, porque la referencia no debe ser entendida al régimen de posesión de bienes inmuebles del Código Civil (si el inmueble se posee en términos del Código Civil no hay necesidad de saneamiento), sino a la posesión en términos del artículo 700: la cosa debe estar bajo el control del solicitante quien debe públicamente detentarla como dueño. Es decir, el decreto ley 2669 abandona la "gloriosa ilusión" de Bello y vuelve al concepto tradicional, fáctico, de posesión en que la apariencia es inmediatamente relevante. Esto es particularmente evidente al tenor de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 2:

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

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

⁵⁴ Desde luego, el régimen se aplica a los predios urbanos cuyo arrollo fiscal para los efectos del pago del impuesto territorial sea inferior a ochocientas unidades tributarias, y a los urbanos de arrollo inferior a trescientas ochenta unidades tributarias (art. 1 del DL 2669). Para los de arrollo superior no hay saneamiento posible. Esto es razonable atendido el hecho de que mientras más valioso el predio menos probable es que quien lo detenta carezca de acceso a la asistencia legal.

La regularización de posesión ha sido regulada por sucesivas disposiciones jurídicas⁵⁵. La primera fue la ley 6382, de 1939, sobre cooperativas de pequeños agricultores, cuyo título 4º establecía normas para el saneamiento del dominio de la pequeña propiedad agrícola. En 1960 esta ley fue derogada, salvo su título IV, que es el que nos interesa, y pasó a denominarse "Ley de saneamiento del dominio de la pequeña propiedad agrícola", manteniendo su número (art. 133 DFL 326 de 1960). En 1963 se dictó el DFL RRA 7, que creaba un procedimiento especial de saneamiento para la pequeña propiedad agrícola a la que se refería el artículo 80 de la ley 15020⁵⁶. Este decreto no se refirió al régimen establecido por la ley 6382, que continuó vigente. El DFL 6 de agricultura, de 1968, unificó todas las reglas sobre saneamiento de títulos de dominio de pequeños predios rústicos o urbanos, derogando lo que quedaba aun vigente de la ley 6282. El DFL RRA 7 no fue derogado, pero el DFL 6 fijó su texto refundido (véase su art. 35), por lo que en todo caso podría concluirse que está orgánicamente derogado (en realidad, el DFL 6 hizo más que fijar el texto refundido el texto del DFL RRA 7 de 1963, como veremos). El DFL 6 estuvo en vigor hasta la dictación del decreto ley 2695, que lo derogó, aun cuando su contenido prácticamente lo reproduce (las modificaciones introducidas por el DL 2695 al DFL 6 fueron fundamentalmente procesales). El decreto ley 2695, con algunas modificaciones, se encuentra actualmente vigente.

El régimen contenido en la ley 6382 era significativamente distinto al de la legislación posterior, en que no pretendía afectar el régimen general del Código Civil. En efecto, para solicitar el saneamiento de la posesión era necesario "haber poseído materialmente sin violencia, clandestinidad ni interrupción" por el lapso de 10 años (art. 2.1.6382). Sin embargo, era condición negativa de la solicitud que el predio no "forme parte de otro predio inscrito a favor de un tercero" (ibid.).

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

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

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

Si, a la inversa, se dedujere oposición por cualquiera persona que alegare tener igual o mejor derecho, se procederá de conformidad a lo prevenido en los artículos 704 a 715, inclusive, del Código de Procedimiento Civil (art. 1.6382).

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

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

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

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

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

El régimen creado por el DFL RRA 7 fue un régimen especial aplicable a la pequeña propiedad agrícola definida en el artículo 80 de la ley 15020⁵⁷.

57 Según el art. 80.1.15020, "Para los efectos de la presente ley se entenderá [...] la pequeña propiedad agrícola, las parcelas y huertos familiares formados por la Caja de Colonización

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

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

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

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

Conforme al artículo 7 del decreto,

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

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

⁵⁸ Agrícola y por la Corporación de la Reforma Agraria, que la nuda, los sitios en villorios agrícolas, la "propiedad familiar agrícola" y todo predio rústico cuyo avalúo fiscal, para los efectos de la constitución territorial, no sea superior a cinco estudios vitales, anuales para empleado particular de la industria y el comercio del departamento de Santiago".

⁵⁹ De acuerdo al art. 9, la oposición sólo podía fundarse en ser el oponente dueño exclusivo del inmueble, o cumplir el con los requisitos del art. 7, o no cumplir el solicitante con esos mismos requisitos.

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

El DFL 6 de agricultura, de 1968, convirtió el régimen doblemente excepcional del DFL RRA 7 de 1963 en el régimen general de saneamiento. Ahora los requisitos establecidos en el artículo 7 de éste serían los requisitos generalmente exigidos para el saneamiento de la posesión de la pequeña propiedad, urbana o rural (véase art. 6 DFL 6, para bienes rústicos y rurales y 43 para predios urbanos). Cumplidos estos requisitos, y no habiendo oposición, el solicitante tenía derecho a que se dictara una resolución ordenando la inscripción, reinscripción o adjudicación del bien. Las reglas del DFL RRA 7 sobre derechos de terceros por causas anteriores a la inscripción de saneamiento pasaron al DFL 6 (el que, siguiendo al DFL RRA 7, no declaraba expresamente dueño al beneficiario de la inscripción de saneamiento⁵⁹, aunque lo trataba como tal⁶⁰).

En cuanto a la oposición al saneamiento, el DFL 6 sigue la regulación contenida en el DFL RRA 7, aunque califica la primera causal de oposición ("que el oponente es dueño exclusivo del inmueble") con una regla que declara de modo particularmente evidente que la finalidad legislativa ahora es efectivamente derogar (parte de) el régimen de posesión inscrita, introduciendo la regla de clausura que le faltaba⁶¹.

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

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

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

⁶⁰ Art. 12 DFL 6: "Inscrito el inmueble en conformidad a los artículos anteriores, no podrán deducirse por terceros acciones de dominio fundadas en causas anteriores a la inscripción".

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

transferir el dominio pero que tiende hacia esa transferencia (promesa) seguida de tradición *longa manu*, o pretensión de heredero. En estos casos la ley prefería al poseedor material, a diferencia de lo que hemos observado respecto de la ley 6382⁶³.

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

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

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

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

La resolución que acogía la solicitud se considerará como *jusso título*. Una vez practicada su inscripción en el registro del conservador de bienes raíces el inmueble no es problemático que aquí la ley se contente con mencionar el contrato y no exija prueba de la tradición. En primer lugar, porque si la posesión necesita ser *sanada* es porque no habrá habido tradición en términos del art. 686. Pero por otro lado, la ley entiende que si el que vendió o prometió vender aparece cinco o más años después reclamando la posesión, es porque en el lapso intermedio el solicitante la ha decretado públicamente, por lo que la tradición *longa manu* puede presumirse (art. 702 Inc. final Co., con la excepción que la legislación de saneamiento pretende salvar).

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

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

El DFL 6, entonces, abandonó la "gloriosa ilusión" de Bello, y el decreto ley 2695 no volvió a ella. Ahora podemos entender por qué esa ilusión nunca fue más que eso: una ilusión. En particular, una ilusión que, siguiendo la lógica propia del liberalismo del siglo XIX, muestra desprecio, o al menos indiferencia, hacia los intereses de quienes adquieren control sobre inmuebles a través de mecanismos irregulares, normalmente quienes carecen de acceso a la asistencia jurídica. Esos son precisamente los grupos cuya participación política fue en aumento durante el siglo XX, en un proceso que culmina con la reforma agraria y en lo que nos interesa ahora, el DFL 6 de 1968. La legislación dictada en 1979 muestra que, a pesar de que esos grupos habían perdido toda relevancia política, a esas alturas el proceso era irreversible⁶⁴.

Ahora bien, el hecho de que el procedimiento de saneamiento, tanto en el DFL 6 como en el decreto ley 2695, estén en leyes especiales que co-existen junto al régimen general es particularmente problemático. En efecto, la combinación del régimen de posesión inscrita y el régimen de regularización del decreto 2695 parece configurar el peor de los mundos posibles: la inscripción por sí sola no es suficiente ni para adquirir la posesión ni para mantenerla, pero para obtener la regularización es necesario recurrir a "multiplicados y embarrasosos procedimientos judiciales", y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración⁶⁵, prescindiendo de los cuales era uno de los méritos, según Bello, del sistema registral. La necesidad del procedimiento lleva a que quien siguiendo el procedimiento adecuado habría podido acceder a la posesión regular y, en sólo un año, al dominio pleno (art. 15 DL 2695), no tiene, faltando tal procedimiento,

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

64. Véase el *Memor* Co. 531.

nada que oponer a la demanda de precatario de quien no podía haberse opuesto a la solicitud de regularización⁶⁵.

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

Jurisprudencia de regularización de la posesión

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

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

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

⁶⁵ Como correctamente nota Humberto Tizco, estrictamente hablando el demandando no tenía ni siquiera mejor tenedor "porque [éste] es el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro" (Tizco, op. cit. en n.º 43, p. 135n).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La demandante posee un título inscrito de año 1928, pero no ha sido capaz de desvirtuar lo asseverado por el poseedor, quien sí ha acreditado actos de posesión real e integral de los predios desde 1982 a la fecha, por actos a los que sólo da derecho el dominio (c.4).

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

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

En el caso comentado, la cuestión no recibió pronunciamiento definitivo, porque la Corte Suprema casó en la forma de oficio, en una decisión objetable⁶⁶, y sin pronunciarse sobre el fondo, ordenó retrotraer los autos al estado en que la corte de apelaciones solicitó a la Dirección Nacional de Fronteras y Límites la autorización a la que se refiere el artículo 7 inciso 2º del decreto 2695. La cuestión probablemente aparecerá en un comentario futuro.

El problema de las dobles inscripciones

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

66 Véase el comentario de Proceso Civil.



FUNDACION FERNANDO FUEYO
Constituida por la Universidad Diego Portales - Escuela de Derecho - y la sucesión de don Fernando Fueyo L.

346.073

H157a

\$ 9.000 + IVA

LA ACCION DE PRECARIO ANTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Fuad Marcos Halabí Riffó
Carlos Alberto Saffirio Suárez

Registro 00068
Código: 107

CELESTINO VILLALBA
BIBLIOTECA

Ed. CONOSUR 05-03-1996



EDITORIAL JURIDICA
CONOSUR

INDICE

Página

INTRODUCCION 1

CAPITULO I

CONTRATO DE COMODATO Y PRECARIO

1.- Nociones generales 3
2.- Conceptos 10
3.- Paralelo 12

CAPITULO II

REQUISITOS DE LA ACCION DE PRECARIO

Generalidades 19

Primer requisito: Derecho de dominio del demandante

1.- Nociones generales 21
2.- Restitución de una cosa singular y determinada 23
3.- La acción de precario no puede prosperar si el de-
mandado desconoce el dominio del actor y esgrime
antecedentes que hacen plausible su defensa 25

Es propiedad de los Autores

Ruad Marcos Halabí Rifo
Carlos Alberto Salfarín Suárez

Registro de Propiedad Intelectual Nº 95.314

ISBN 956 - 238 - 076 - 9

LA ACCION DE PRECARIO
ANTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Esta obra se terminó de imprimir en enero de 1996

Impresa en los Talleres de Editorial Jurídica Conosur Ltda.
Panor Velasco 16, Teléfono: 6955770, Fax: 6986610
Santiago de Chile

	Página
4.- La prueba de este requisito.....	27
5.- Quiénes pueden ejercitar la acción de precario	32
5.a) Propietario pleno	32
5.b) Nudo propietario	32
5.c) Propietario fiduciario	37
5.d) Conneros	38
5.e) Usufructuario	44

Segundo requisito: Tenencia de cosa ajena sin título

1.- Aspectos generales.....	51
2.- Naturaleza del título que debe exhibir el demandado para enervar la acción de precario	56
3.- Relación entre el título de tenedor y el dueño de la cosa	57
4.- El demandado invoca un contrato de arrendamiento para enervar la acción.....	63
5.- El demandado invoca como título de su tenencia un contrato de promesa de compraventa.....	71
6.- El demandado invoca como título el matrimonio que lo une con la demandante	75
7.- El demandado invoca el concubinato para enervar la demanda.....	77
8.- Tenencia en razón de servicios	78
9.- El demandado invoca como título un contrato de comodato.....	79
10.- El demandado opone un título imperfecto	80
11.- Títulos no acreditados	83

Tercer requisito: Ignorancia o mera tolerancia del dueño.

1.- Conceptos y generalidades	85
2.- Relación entre la ausencia de título y la ignorancia o mera tolerancia	90

II

CAPITULO III

ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCION DE PRECARIO

	Página
1.- Razón de aplicársele el procedimiento sumario	95
2.- Disposición legal que hace aplicable el procedimiento sumario	96
3.- Medida prejudicial vinculada a la acción de precario	98
4.- La acción de precario y las medidas precautorias	99
5.- Procedencia de la citación de evicción en el juicio de precario	99
6.- Onus probandi en la acción de precario.....	102
7.- Cumplimiento del fallo que acoge la demanda de precario	103
8.- La acción de precario y otras acciones	104
9.- Indemnizaciones entre dueño y precatista	107

BIBLIOGRAFIA	115
--------------------	-----

III

ABREVIATURAS USADAS EN ESTA MEMORIA

C.	:	Corte
C. Supr.	:	Corte Suprema
cas.	:	Casación
F. del M.	:	Fallos del Mes
G. J.	:	Gaceta Jurídica
J.	:	Jurisprudencia
Nº	:	Número
ob. cit.	:	Obra Citada
pág.	:	Página
rec.	:	Recurso
RDJ.	:	Revista de Derecho y Jurisprudencia
sec.	:	Sección
T.	:	Tomo

Nota: Los artículos indicados sin expresar ley o Código, corresponden a nuestro Código Civil.

INTRODUCCION

En nuestro Derecho Civil, la acción que por excelencia corresponde al propietario, para la protección de su derecho, es la reivindicatoria.

Sin embargo, debido a una fuerte discusión doctrinaria acerca del valor que corresponde asignarle a la inscripción de los inmuebles en el Conservador de Bienes Raíces, ha cobrado gran importancia la figura del precario no contractual contemplada en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil.

La acción que de dicho inciso se desprende, es empleada frecuentemente como un medio rápido y eficaz para obtener la restitución de los inmuebles inscritos, cuando el dueño se encuentra privado de su tenencia material y quien lo detenta, siguiendo una determinada doctrina formada respecto a la posesión de esa clase de bienes, no puede ser considerado poseedor.

Su gran aplicación práctica justifica que, a partir del año 1930, hayan sido publicadas, en diversas revistas especializadas, más de ciento cincuenta sentencias que se refieren a ella. Su escueta reglamentación explica las profundas discrepancias que se observan en nuestra jurisprudencia.

Por otra parte, la circunstancia de que el legislador describa el precario no contractual en un solo inciso, no debe llevar a pensar que estamos en presencia de una figura aislada, pues, por el contrario, ella se relaciona con variadas materias de primera importancia en nuestro Derecho Civil, tales como la posesión, los efectos de los contratos, la responsabilidad, etc.

Esas son, en breves palabras, las razones que han despertado nuestro interés por el estudio de esta acción. Para el desarrollo del tema utilizaremos principalmente la abundante jurisprudencia que existe al respecto, pero, sin olvidar, naturalmente, la doctrina, aunque ella sea escasa sobre la materia a que se refiere esta monografía.

CAPITULO I

CONTRATO DE COMODATO PRECARIO

Sumario:

1.- Nociones generales. 2.- Conceptos. 3.- Paralelo

1.- NOCIONES GENERALES

En el libro IV del Título XXX del Código Civil, que contiene las normas que reglamentan el contrato de comodato, se encuentra un precepto que contempla una figura que dada su particular naturaleza jurídica —no contractual— aparentemente no correspondería que fuera tratada en aquel lugar.

Para demostrar la efectividad de la afirmación anterior, basta revisar las principales disposiciones que se relacionan con esta materia.

El artículo 2174 define al comodato o préstamo de uso como un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.

El artículo 2194, por su parte, señala que el comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo.

Luego, el artículo 2195 agrega que se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

Y, finalmente, el inciso 2º del mismo artículo, expresa que "constituye también precario la tenencia de una cosa, ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

De la lectura de los preceptos citados aparece de manifiesto que este último inciso se está refiriendo a una situación no contractual, lo cual, en apariencia, es una grave deficiencia legislativa, por cuanto ese Libro del Código está destinado a regir un contrato, el de comodato.

De allí, entonces, que se haya criticado la ubicación de la norma que describe esta figura jurídica de hecho, que consiste en tener una cosa ajena sin previo contrato y por la ignorancia o mera tolerancia de su dueño. Se ha opinado que "el Código Civil, en esta parte, no ha sido explícito, ha empleado mal el lenguaje e incurre en el error técnico de referirse en una misma disposición a situaciones absolutamente distintas, a las que quiere relacionar con el adverbio "también". Pero, resulta obvio para nosotros que la situación contemplada en el inciso 2º del artículo 2195, es totalmente ajena al contrato de comodato. No hay en ella comodato de ningún tipo, no hay en ella contrato de ninguna clase. Se trata únicamente de una situación de hecho que probablemente pudo el Código haber establecido en el Libro II, a propósito de los bienes" (1).

Es de interés, por lo tanto, poder determinar cuales fueron las razones del autor del Código Civil para situar en aquel lugar este precepto que contempla la figura no contractual del precario. Para ese objeto, es necesario recurrir a los antecedentes que reconoce dicha norma.

En el Proyecto Inédito, al pie del artículo 2336, que corresponde al actual 2194, existe una nota de don Andrés Bello, en los siguientes términos: "Troplong, Du prêt, n.28".

(1) RAMOS PASCUAL, GRACIELA: "Comodato precario y precario", Memoria de prueba, Concepción, 1982, pág.5.-

Pues bien, Troplong allí sostiene que "el contrato con el cual el préstamo de uso tiene más similitud es el de precario. No queremos hablar aquí de aquella especie de precario considerada por el derecho canónico y que transfiere, aun irrevocablemente, la posesión de una cosa en la cual el propietario conserva un derecho superior. Nosotros nos limitaremos a tratar el precario en el sentido restringido del derecho romano, y como un préstamo revocable a voluntad del comodatario..."

"Las relaciones del precario y del préstamo de uso son apreciables; y puede decirse que, en nuestro derecho francés, el primero es una variedad del segundo; difiere de él sólo en que, en el préstamo de uso, el comodatario no puede reclamar su cosa sino después de la expiración del tiempo convenido o que se presume necesario para que el comodatario use de esta cosa, mientras que, en el precario, el comodatario puede recobrar su cosa a su voluntad".

"En el derecho romano, el precario se distingue del comodato por diferencias más tajantes. El comodato era un contrato nominado; el precario no lo era. Aquel que había dado en comodato su cosa precariamente, no tenía para recuperarla sino remedios pretorianos, tales como el llamado 'interdictum de precarium' o la acción 'proscriptis verbis', cuyo fundamento se encontraba en la equidad y la jurisdicción del pretor". (2)

Por otra parte, en el artículo 2337 del Proyecto Inédito, correspondiente al actual artículo 2195, hay otra nota del autor del Código Civil: "C. Bávaro, libro IV, c.2, art. 11". Este Código allí disponía, "respecto al préstamo de tolerancia, o sea, a título precario (precarium), se observarán las mismas reglas (las del préstamo propiamente dicho o comodato), excepto en cuanto el prestador puede pedir la cosa prestada cuando le acomode" (3)

(2) TROPLONG: "Commentaire du prêt, du dépôt, du séquestre et des contrats analogues", Bruxelles, Melin, Cans et Compagnie, 1845, pág. 84, N° 28. Cita en el índice del repertorio del Código Civil, tomo IX, Arts. 2192-2194, nota 7, pág. 7.

(3) Cita extraída del repertorio del Código Civil, art. 2195, nota 11, pág. 8.

De dichas notas se desprende que don Andrés Bello se apartó del derecho francés para redactar los artículos 2194 y 2195, y se inspiró, para regular la materia sobre la cual ellos tratan, en el precario que conocieron los romanos.

En consecuencia, para buscar el sentido del inciso 2° del artículo 2195, especialmente la razón que pueda justificar su incorporación dentro de las normas que reglamentan un contrato, no obstante describir una figura no contractual, es pertinente referirse, aunque brevemente, a las características del precario según fue concebido en el derecho romano.

Los tratadistas están de acuerdo en que el precario surge vinculado a las relaciones entre patrono y cliente. Entre ambos existen deberes recíprocos de índole moral, que consisten, básicamente, por parte del primero, en otorgar protección, apoyo, consejo y asistencia en los juicios, mientras que el segundo le debe fidelidad y prestación de determinados servicios a su favor.

En el orden de los derechos privados, el cliente no puede adquirir bienes raíces ni participar del disfrute de los pastos públicos. En tales circunstancias su patrono le concede el goce pleno de terrenos cultivables, pero con la facultad de revocarlo a su entero arbitrio.

La relación de dependencia y sujeción a que se encuentran sometidos los clientes respecto al patrono explican que aquella concesión no genere obligaciones en sentido estricto y que este último pueda revocarla a voluntad. Es la sola liberalidad la causa de dicha concesión y por eso se justifica que en cualquier momento pueda cesar si cambia la voluntad del concedente.

En esta época la propiedad no concebía limitaciones al goce, de manera que cualquier gravamen sobre ella extinguía el dominio. Sólo admite el disfrute por otro en los términos en que lo hace el precarista, pleno, pero sujeto a la potestad revocatoria del concedente.

Esa potestad del concedente sumada al goce ilimitado del precarista arrojan como resultado el dominio pleno y por tal razón se habla que entre ambos exista una especie de "coposesión".

En esta etapa, el precario está desprovisto de defensas de orden procesal, inexistentes entonces, sobre todo por el poder autónomo del jefe de la colectividad para hacer cumplir sus decisiones, ya que en él coincide la persona del juez y del concedente.

Posteriormente cuando el precario irradiaba a las relaciones meramente privadas, en las cuales el concedente carece del poder legítimo para hacer efectiva la revocación, es el pretor quien le proporciona la defensa judicial, mediante el denominado interdicto de precario.

Por este interdicto se debe restituir lo recibido a su primer estado, y el no hacerlo, trae como consecuencia que se deban los frutos desde el momento en que dicho interdicto se propuso; antes de ello, el precarista sólo responde de los daños causados con dolo o culpa lata.

El precarista es considerado un verdadero poseedor y de allí que se le reconozca el derecho a entablar los interdictos "Uti possidetis", "Unde vi" y el de "Vi armata". Pero, como su posesión es viciosa frente al precario, no puede oponer en su contra los dos primeros interdictos, sino que únicamente le sirven de defensa frente a terceras personas que lo perturban o despojen de la posesión. Asimismo, siendo viciosa su posesión, aunque sólo sea relativamente (frente al precario), no lo habilita para usucapir.

En el Derecho Romano Clásico, la figura del precario conserva su rasgo fundamental: la singular posesión que supone, manifestada en el disfrute pleno del precarista, limitada únicamente por la potestad revocatoria que le asiste al concedente.

Miguel Moreno Mocholi, señala que "el contenido propio de la figura arcaica de la posesión "sui generis" que la constituye y, a base de ella, para

explicarla y como causa que se obtiene por inducción principalmente, se supone la concesión, que lo mismo puede ser expresa que tácita, estrictamente real, como presunta; como tácita y presunta es a su vez aquella noia de ruego o súplica que antecede a la posesión. Emplee por la concesión expresa para originarse la situación, o fíjemonos en ésta para inducir aquella y a su vez el ruego o "preces", esos elementos de súplica y concesión expresas no integran la esencia y médula de la institución, donde no hay contrato, lo que no quiere decir que por contrato no pueda constituirse..." (4).

El mismo autor, más adelante, agrega "pero en definitiva, si el ruego no requiera solemnidad alguna y en tantos casos no es preciso -lo que acusa su falta de esencialidad- ¿Qué resta de interés y contenido en la "rogatio"?; algo que simplemente se infiere, aunque naturalmente la idea del precarista que pide y el "rogatus" que concede, constituyen la causa o explicación de la situación que el precario presenta, causa que va implícita desde el momento en que nos encontramos con una posesión en la que el poseedor no puede invocar derecho de otra clase que la justifique, y que en su virtud se obtiene por exclusión, una vez agotados los supuestos del sistema posesorio ordinario, aunque a su vez, por obra del interdicto (de precario), con su sentido provisional e interino, se produzca una inversión de términos y en vez de analizar primeramente el derecho del poseedor para llegar a la exclusión dicha, ésta se produzca automáticamente, de momento, por la simple circunstancia de no alegar el supuesto precarista otro título, o alegando no justificarlo "prima facie" (5).

Avanzada esta época, surgió como una variante de la figura referida, el denominado precario de tenencia; el cual, al igual que el anterior, podía originarse en la voluntad expresa del concedente, quien, de ese modo, limitaba el beneficio del precarista a la sola tenencia, o bien en el cambio de causa de la tenencia, vale decir, cuando la causa de origen, que se

- (4) MORENO MOCHOLI, MIGUEL. "El Precario", 2ª Edición, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1976, pág. 107.
(5) MORENO MOCHOLI, MIGUEL. Ob. cit., pág. 114.

extinguió absolutamente, otorgaba la simple detentación. La singularidad de esta clase de precario, que por lo demás fue excepcional en el derecho clásico, radica en que el tenedor precarista tiene una limitada defensa frente a los terceros que lo perturban en su goce, pues, en tal evento debe recurrir al "precario dans", al carecer él del interdicto "uti possidetis".

Con posterioridad, en el derecho justinianeo, el precario de tenencia desplaza al de posesión. El precarista, entonces, deja de ser un verdadero poseedor de la cosa y se transforma en un simple tenedor, equivalente, por ejemplo, al arrendatario.

Asimismo, el precario ahora se entiende como un contrato, similar al de comodato, aunque innominado.

Como puede apreciarse, si bien existen claras diferencias entre el precario de nuestro código y aquel que se desarrolló en el derecho romano, no es menos cierto que también hay aspectos que los asemejan y que, en lo que nos interesa, permiten entender por qué se encuentra esta figura no contractual confundida dentro de las normas del contrato de comodato.

No parece aventurado sostener que, tal como en el Derecho Romano, en que se concebía el precario en virtud de una concesión que no sólo podía ser expresa sino también tácita, produciéndose esta última cuando quien gozaba de la cosa en forma pública y pacífica no podía invocar algún derecho que justificara ese disfrute, nuestro Código siguió igual criterio al establecer la norma del inciso segundo del artículo 2195, suponiendo una especie de préstamo cuando el tenedor de un bien ajeno no tiene título para gozar de él, entendiéndose que la permanencia de esta situación es resultado de la ignorancia o tolerancia del dueño.

En síntesis, y fundados en los anteriores antecedentes, creemos que don Andrés Bello tomó, con naturales adaptaciones, el precario de tenencia del Derecho Romano, el cual en la última fase tendió a ser absorbido por el contrato de comodato. De allí entonces que esta situación de hecho que consiste en tener una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera

tolerancia del dueño, esté contemplada en una disposición que se encuentra inmersa en un Libro que regula un contrato.

El punto de contacto que presenta esta figura no contractual con el contrato de comodato precario radica en que, en ambos casos, el término del uso y goce del tercero depende de la sola voluntad de quien los ha otorgado en forma expresa o del dueño del bien que se infiere los proporcionó.

En ambas situaciones, la permanencia del tercero en el goce tendría como causa la liberalidad, tomada ésta en un sentido muy amplio, significando que el titular del derecho, para obtener su restablecimiento, sólo debe accionar para conseguirlo y que, al no hacerlo, por una actitud de desprendimiento, permite que se prolongue ese disfrute ajeno.

Cabe destacar que el autor de nuestro Código se preocupó de hacer notar la naturaleza jurídica singular de la figura que describe el inciso segundo del artículo 2195, consignando que en este caso la tenencia es "sin previo contrato". De ese modo resalta la principal diferencia que hay entre ella y el precario nacido de un contrato.

Para evitar confusiones, en lo sucesivo nos referiremos a la situación que contempla el inciso 2º del artículo 2195, lisa y llanamente, como precario, reservando la denominación de comodato precario a aquellas contenidas en los artículos 2194 y 2195 inciso 1º.

2.- CONCEPTOS

2.A.- Comodato.

El comodato o préstamo de uso en un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso (artículo 2195).

10

Nuestra jurisprudencia, por su parte, ha proporcionado la siguiente definición: "El comodato que es el préstamo gratuito de una cosa, por un tiempo determinado, o para un servicio especial que se señale, constituye un título de mera tenencia; y adopta el carácter de contrato real desde que según los términos del artículo 2174 del Código Civil - una de las partes entrega a la otra una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso". (6).

2.B.- Comodato Precario.

Según el artículo 2194, el comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo; y el inciso 2º del artículo 2195 agrega que se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

Relacionando esos dos preceptos con el artículo 2174, se podría extraer la siguiente definición del comodato precario: es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie en el momento en que lo exija el comodante, ya sea, porque éste se reservó la facultad de pedir su devolución en cualquier tiempo, o bien, debido a que la cosa no fue prestada para un servicio particular ni se fijó un plazo para la restitución.

2.C.- Precario.

Es una situación de hecho en que una persona, denominada precarista, goza de una cosa singular y determinada, mueble o raíz, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

(6) C. Supr., RDI., 1971, T.68, sec.1, pág.264 y F. del M., N°154, pág. 202. Idéntica doctrina se sostiene por la misma Corte en RDI., 1973, T.70, sec.1, pág.1 y RDI. mismo año, N° y sec., pág.47.

Ramón Meza Barros, define el precario como "el goce gratuito de una cosa ajena, sin ningún título que lo legitime, tolerado por el dueño o que se verifica por ignorancia suya" (7).

3.- PARALELO

3.A.- Comodato Propiamente Tal y Comodato Precario.

a) El comodato precario constituye una simple modalidad del contrato de comodato (que llamaremos "propiamente tal" para diferenciarlos). Entonces, como lógica consecuencia, participa de las mismas características de este último, vale decir, es un contrato real, pues se perfecciona por la entrega de la cosa; unilateral (en doctrina, sinagmático imperfecto, debido a que al momento de perfeccionarse el comodato, mediante la entrega de la cosa prestada, únicamente se obliga el comodatario, pero con posterioridad pueden surgir determinadas obligaciones para el comodante); esencialmente gratuito (sólo el comodante sufre el gravamen) (8); principal (subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención); intuito personae, es válido si recae sobre cosa ajena; y, finalmente, constituye un título de mera tenencia, porque el comodatario tiene la cosa reconociendo dominio ajeno.

b) En el comodato propiamente tal, el préstamo es por un tiempo determinado o para un servicio especial que se designa; en este último caso, la duración del contrato está determinada por la naturaleza del servicio para el cual fue prestada la cosa.

- (7) Manual de Derecho Civil, De la fuente de las obligaciones, Tomo II, colección manuales jurídicos N° 40, 5ª edición, año 1975, Editorial Jurídica de Chile.
- (8) El pacto de algún tipo de retribución hace que el comodato degene en otro contrato diferente, que podrá ser un arrendamiento de cosa o uno inominado, dependiendo de la naturaleza de la contraprestación. Sobre la gratuidad del contrato de comodato puede verse C. Supr., 12 de abril de 1956, R.D.J., T.53, sec.1, pág.67.

En el comodato precario contemplado en el artículo 2194, el comodante hace expresa reserva de su derecho al pedir la restitución en cualquier momento, agregando de ese modo en el contrato una cláusula accidental que importa una condición resolutoria meramente potestativa del acreedor (Arts. 1479 y 1477, respectivamente), ya que la extinción del derecho del comodatario a usar de la cosa depende de la sola voluntad del comodante (9).

Tratándose del comodato precario establecido en el artículo 2195 inciso 1º, la particularidad consiste en que la cosa no es prestada para un servicio especial y tampoco se fija un plazo de restitución; y, como no es lógico que sea indefinido un préstamo gratuito, recibe aplicación una cláusula de la naturaleza, en virtud de la cual el legislador subentende que la intención de los contratantes ha sido que el comodante puede pedir la devolución de la cosa en cualquier momento, sin que sea necesaria una estipulación especial en tal sentido (10).

c) Vinculada con la materia precedente se encuentra la determinación del momento en que el comodante debe restituir la cosa que le ha sido prestada. En el comodato propiamente tal, es preciso distinguir si se pactó o no un plazo; si se estipuló, la devolución debe efectuarse una vez que él expire, y a falta de esa estipulación, tendrá que hacerlo después del uso para la cual fue prestada la cosa (artículo 2180). Sin embargo, aquel precepto sólo consagra la regla general, pues los artículos 2177 inciso 2º y 2180 inciso 2º contemplan diversos casos en que, por excepción, el comodante puede exigir la restitución antes del tiempo estipulado. En el

- (9) Don Pablo Saavedra Belmar, opina que dicha reserva es una condición resolutoria meramente potestativa del acreedor. "El contrato de comodato", memoria de prueba, Concepción, año 1954, pág.68.
- (10) Existe (comodato) precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución en cualquier tiempo; facultad que se entiende le asiste al acreedor, aunque no se la ha reservado, cuando la duración del contrato no está determinada por la naturaleza del uso a que se destina la cosa o cuando no haya plazo para la restitución". DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN: "El Precario", artículo publicado en Revista de Derecho Español y Americano, Tomo VI, N° 25, año 1971, pág.748.

comodato precario, en cambio, la cosa debe ser restituída cuando el comodante la reclame (11).

d) Difieren también en cuanto a las normas de procedimiento que rigen la acción encaminada a obtener la restitución de la cosa prestada. En el comodato propiamente tal, aplicando las reglas generales, debería tramitarse de acuerdo al juicio ordinario (12). No obstante, un autor sostiene que sería pertinente el procedimiento sumario, en virtud del inciso 1° del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, estimando que dicha acción requiere, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz (13). No parece tan clara la validez de esta opinión, debido a que si el legislador en el artículo 680 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, indicó expresamente que el procedimiento sumario se aplica a los juicios de comodato precario, al guardar silencio respecto al comodato propiamente tal, implícitamente manifiesta su voluntad en orden a que no sea sustanciado en este procedimiento, sino que con arreglo al ordinario, por remisión a la norma del artículo 3° de este mismo código.

(11) "En el verdadero contrato de préstamo de uso, la cosa se presta por un cierto uso determinado, o por un cierto tiempo; y la restitución no puede demandarse antes de la expiración del tiempo convenido, o necesario para que el comodatario pueda emplear la cosa en el uso para el cual ha sido prestada; en tanto que en la convención de precario, el que recibe la cosa precariamente lo hace para servirse de ella indistintamente, y con cargo de restituirla al comodante en cuanto él la reclame". Pothier, *Oeuvres de Pothier*, Tomo V, Imprenta J.L. Chanson, pág. 371, citado por Pablo Saavedra Belmar, ob. cit., pág. 68.

(12) El problema del procedimiento con arreglo al cual debe tramitarse la acción de restitución que nace del comodato propiamente dicho, fue planteado mediante un recurso de casación en la forma, interpuesto para ante la Corte Suprema. El recurrente sostuvo que se había incurrido en el vicio de casación formal contemplado en el N°9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, configurándose según él, por el hecho de haberse sometido la acción a los trámites del juicio sumario que la ley señala para el comodato precario, no obstante que correspondía aplicar el procedimiento ordinario, por tratarse la demanda de un comodato propiamente tal (puro y simple lo denominó). La Corte no dió lugar al recurso sin referirse al asunto de fondo, porque la demandada había promovido en primera instancia incidente de sustitución del procedimiento y, siendo éste rechazado por extemporáneo, la resolución que así lo declaró quedó a firme al no ser objeto de recursos. C) Supr., RDI, 1970, T. 67, sec. 1, pág. 225.

(13) RAMOS PÁZOS, RENÉ: "Del precario", artículo publicado en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año LIV, julio-diciembre 1986, N° 180, pág. 8.

En tanto que si se ejercita la acción de restitución emanada del comodato precario debe someterse al juicio sumario, ya que así lo ordena expresamente el artículo 680 N° 6 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, ni siquiera es procedente que se decrete su continuación conforme al procedimiento ordinario, según lo dispone el artículo 681 de ese mismo cuerpo legal.

3.B.- Comodato (Propiamente Tal y Comodato Precario) y Precario. (13 bis)

a) El comodato propiamente tal y el comodato precario, al ser una simple modalidad del primero, constituyen un contrato. Entre las partes media un acuerdo de voluntad destinado a crear obligaciones, o, en otros términos, "un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones" (14). Este acuerdo consiste fundamentalmente en la entrega de una cosa determinada por el comodante al comodatario, con la intención de que éste la use y posteriormente se la restituya, y, por parte de este último, la voluntad de recibir dicha cosa para usarla, y, más tarde, restituírsela.

El precario, en cambio, constituye una simple situación de hecho, en donde no existe un vínculo contractual entre el tenedor de la cosa y el dueño de la misma. La detentación material que lo configura está, frente al dueño, desprovista de un título jurídico, justificándose únicamente por la ignorancia o mera tolerancia de éste. La naturaleza jurídica no contractual del precario se desprende en forma manifiesta de la redacción del inciso 2° del artículo 2195, cuando señala que la tenencia es "sin previo contrato" por "ignorancia o mera tolerancia del dueño". Además al indicar el código que la tenencia puede ser ignorada por el dueño, implícita-

(13 bis) En esta parte hemos seguido de cerca el desarrollo que sobre el tema efectúa don René Ramos Pazos, en su artículo citado.

(14) LOPEZ SANTA MARIA, JORGE: "Los contratos" (parte general), Editorial Jurídica de Chile, 1986, pág. 3.

mente, reafirma la ausencia de contrato característica de esta figura (15), (16), (16 bis).

b) El contrato de comodato es válido si recae sobre una cosa ajena, según se desprende de los artículos 2183, 2185 y 2188, sin perjuicio, naturalmente, del derecho del verdadero dueño de la cosa prestada. Por consiguiente, es perfectamente posible que el comodante, no obstante no ser dueño de la cosa que entregó en comodato, acreditada que sea la existencia del contrato y su calidad de tal, obtenga sentencia favorable en el juicio en que intente la respectiva acción restitutoria en contra del comodatario. Ejercitada dicha acción por el comodante, únicamente podrá plantearse discusión sobre el derecho de dominio de la cosa prestada en los casos de los artículos 2183 (en que el comodatario está facultado para suspender la restitución, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante y ella ha sido perdida, hurtada o robada a su dueño) y 2185 (cuando el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada y el comodante le disputa el dominio, siempre que se halle en estado de probar breve y sumariamente que dicha cosa le pertenece).

(15) "...el comodato precario es el convenio, contrato o acuerdo de las partes en que el comodante entrega la cosa al comodatario, reservándose en el primer caso la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo, y en el segundo, cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución. Pero en todos estos casos tiene que haber un convenio entre las partes; el comodante entrega la cosa y el comodatario la recibe y se obliga a restituirla; que es materia totalmente diversa a lo que queda expresado, la que establece el inciso 2° del artículo 2195, que dispone que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, *sin previo contrato*, con la concurrencia disyuntiva de dos circunstancias enteramente diversas una de otra: a saber: o bien el dueño ignora la ocupación de la cosa que le pertenece; o bien aunque la conoce, "la tolera" (C. Supr. F. del M., 1976, N° 217, pág. 297).

(16) En el precario existe "una simple situación de hecho, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante; se trata entonces de una situación radicalmente opuesta al comodato, desde el momento que supone, como requisito esencial, la ausencia del contrato" (C. Pedro Aguirre C. 27 de noviembre de 1986, RDJ., T. 83, sec. 2, pág. 101).

(16 bis) Con todo, don Arturo Alessandri Rodríguez, en su artículo titulado "El valor del silencio", publicado en RDJ. N° 38, 1ª parte, pág. 133, sostiene: "El silencio de una de las partes puede importar voluntad suficiente para generar un contrato como en el caso de los artículos 2125 y 2195, inciso 2° del Código Civil".

En el precario, el actor debe tener la calidad de dueño de la cosa cuya restitución reclama, siendo esta circunstancia uno de los elementos constitutivos de la acción respectiva, de manera que si no logra acreditar su dominio, la demanda indefectiblemente tendrá que ser rechazada (17), (18).

c) La CAUSA DE PEDIR de la acción restitutoria propia del comodato (propriadamente tal o comodato precario), es precisamente ese contrato y la consiguiente obligación de restituir la cosa prestada que le impone al comodatario (19), (20).

En tanto que, tratándose de la acción de precario la causa de pedir es el dominio que el actor invoca para obtener la restitución de la cosa que el demandado ocupa, sin título y por mera tolerancia o ignorancia (21).

d) En el comodato (propriadamente tal y comodato precario), la acción de restitución tiene el carácter de personal debido a que, conforme a la clasificación del artículo 578, ella nace de un derecho personal. Concretamente, surge del derecho personal del comodante a que la cosa

(17) Este punto se analiza en detalle en las págs. 22 y siguientes.

(18) Sobre demandas de precario rechazadas por no haber probado el actor su dominio sobre la cosa reclamada, puede verse: RDJ. 1949, T. 46, sec. 1, pág. 499; RDJ. 1971, T. 68, sec. 1, pág. 164 y F. del M., N° 151, pág. 108; RDJ. 1981, T. 78, sec. 1, pág. 5 y F. del M., N° 266, pág. 480.

(19) Se ha fallado que la causa de pedir de la acción de comodato precario es "la ocupación de una cosa en forma gratuita y sin fijación de plazo" (RDJ., 1959, T. 56, sec. 1, pág. 126). Esta sentencia no asienta claramente si se refiere al comodato precario o al precario. En cualquier caso, nos parece criticable la definición que allí se formula respecto a la causa de pedir.

(20) "Para tener por establecida la existencia del contrato de comodato es necesario probar: a) La entrega de la cosa; b) Que la entrega fue gratuita; y c) Que la entrega se hizo para que la cosa fuera usada por el que la recibió, y al respecto debe probarse que hubo concurso de voluntades para ese uso, pues el comodato es un contrato" (C. Supr., RDJ., 1972, T. 69, sec. 4, pág. 287).

(21) Véase C. Sigo., RDJ., 1950, T. 47, sec. 2, pág. 57 y, especialmente C. Supr., RDJ., 1971, T. 68, sec. 1, pág. 164 y F. del M., N° 151, pág. 108. En esta última sentencia el Tribunal de Casación declara expresamente que el dominio es la causa de pedir de la acción de precario.

prestada le sea restituida por el comodatario, quien contrajo la obligación correlativa.

En el precario, la acción del dueño para obtener la restitución de la cosa que otro detenta sin título y por su ignorancia o mera tolerancia, tiene el carácter de acción real porque nace del derecho real de dominio y tiene por finalidad que al dueño se le reintegre en el ejercicio del uso y goce de ella (22).

e) La acción de restitución que nace del contrato de comodato, al tener el carácter de personal, prescribe en conformidad al artículo 2515, o sea, en el plazo de tres años, en el caso de la ejecutiva, y en cinco años, tratándose de la ordinaria; ambos términos contados desde que la obligación se haya hecho exigible, según lo dispone el artículo 2514 inciso 2°.

Como la acción de precario es real, prescribirá con arreglo al artículo 2517. De tal manera que se extingue para el dueño cuando su derecho prescribe y esto sucederá en el momento en que otra persona lo gane por la prescripción adquisitiva. Por lo tanto, no existe un plazo único de prescripción de esta acción, pudiendo ser de dos, cinco o diez años, dependiendo si el bien es mueble o inmueble y si la prescripción adquisitiva es ordinaria o extraordinaria (artículo 2506, 2508 y 2511 del Código Civil) (23), (24).

(22) Véase la jurisprudencia citada en la nota anterior.

(23) En un impreciso fallo de la Corte Suprema, publicado en RDI, 1938, T.35, sec.1, pág. 153, se desechó la excepción de prescripción de la acción de precario opuesta por el demandado, fundada en que había adquirido el inmueble reclamado por prescripción adquisitiva extraordinaria. La sentencia, sin establecer si existía precario o comodato precario rechazó la excepción, porque el demandado carecía de título a su favor, mientras que la actora tenía inscripción vigente respecto de dicho inmueble, agregando que además, la tenencia del demandado sólo importaba "ejecutar actos de mera tolerancia de que no resulta gravamen ni confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna, en conformidad al artículo 2499".

(24) Sin embargo, la Corte Suprema en una sentencia, asimilando la acción de precario a la de comodato precario, sostuvo que la primera prescribe igual que la segunda (RDI. 1981, T.78, sec.1, pág.5 y R. del M. N°266, pág.480).

CAPITULO II

REQUISITOS DE LA ACCION DE PRECARIO

Sumario:

1.- Derecho de dominio del demandante. 2.- Tenencia de cosa ajena sin previo contrato. 3.- Ignorancia o mera tolerancia del dueño de la cosa.

Nuestros tribunales han mostrado gran uniformidad al enunciar los requisitos de la acción de precario, salvo algunas pequeñas diferencias de orden formal. Sin embargo, las discrepancias de fondo emergen al momento de determinar el verdadero alcance de aquellos requisitos formalmente indicados.

Se ha declarado que 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 simple tenedora 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 dueño (25).

Algunos fallos formulan una pequeña adición al primer requisito y expresan que el actor debe ser dueño absoluto de la cosa reclamada (26). La propiedad absoluta se contrapone a la fiduciaria, pero entendemos que

(25) C. Chilaín, RDI, 1947, T.44, sec.2, pág. 49 y C. Supr., RDI. 1963, T. 60, sec.1, pág.345.

(26) C. Supr., RDI. 1967, T.64, sec.1, pág.54 y F. del M. N° 101, pág. 42; y C. Supr., RDI. 1970; T. 67, sec.1, pág. 358 y F. del M. N° 141, pág. 187.

el término "dueño absoluto" es usado en un sentido más amplio, aludiendo al titular que le corresponden todas las facultades propias del derecho de dominio, más concretamente al propietario exclusivo y pleno (27).

Otras sentencias se refieren al segundo requisito, afirmando que "entre las partes no debe existir vínculo contractual que legitime dicha tenencia" (28). Esta doctrina adolece del error de exigir que el vínculo jurídico medie entre el tenedor y el actual dueño, lo que es incorrecto tratándose, por ejemplo, de aquel que tiene la cosa en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con el dueño anterior y que consta por instrumento privado.

En resumen, para que la acción de precario pueda prosperar, deben concurrir los siguientes elementos:

- a) El demandante debe ser dueño de la cosa cuya restitución pretende.
- b) Falta de un título que sirva de fundamento jurídico a la tenencia que ejerce el demandado.
- c) La tenencia del tercero debe ser ignorada o tolerada por el dueño.

PRIMER REQUISITO: DERECHO DE DOMINIO DEL DEMANDANTE

Sumario:

1.- Nociones generales. 2.- Restitución de una cosa singular y determinada. 3.- La acción de precario no puede prosperar si el demandado desconoce el dominio del actor y esgrime antecedentes que hacen plausible su defensa. 4.- La prueba de este requisito. 5.- Quiénes pueden

- (27) Últimamente se ha resuelto que el usufructuario puede ejercitar la acción de precario, incluso contra el nudo propietario de la cosa fructuaria, pues él se encuentra en relación con el uso y goce de la cosa en que recae el usufructo en la misma situación jurídica que el propietario pleno. Véase pág. 40 y siguientes. C. Supr., RDI., 1971, T. 68, sec. I, pág. 264 y F. del M., N° 154, pág. 202; C. Supr., RDI., 1973, T. 70, sec. I, pág. 47; C. Supr., F. del M., 1980, N° 261, pág. 242.

ejercitar la acción de precario: 5. a) Propietario pleno; 5. b) Nudo propietario; 5. c) Propietario fiduciario; 5. d) Conuneros; 5. e) Usufructuario.

1. NOCIONES GENERALES

El artículo 582 del Código Civil define el dominio o propiedad como "el derecho real en una cosa corporal para poder gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno". Por su parte, el artículo 583 del mismo Código complementa esa definición, señalando que "sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo".

La mayoría de la doctrina nacional, basada en dichos artículos, estima que nuestro Código no formula distinciones entre dominio y propiedad, sino que los trata como un mismo derecho.

Sin embargo, otros autores entienden que dominio y propiedad tienen alcances diferentes: el derecho de dominio sería aquel que recae sobre cosas corporales, mientras que el derecho de propiedad tendría un carácter más bien genérico y comprendería también a las cosas incorporales (29). El dominio o propiedad, en cuanto derecho, constituye una cosa incorporal, al igual que todos los demás derechos reales (artículos 565, 576 y 577). Creemos que, en nuestro ordenamiento jurídico, su objeto puede referirse tanto a cosas corporales como incorporales.

El dominio se caracteriza por ser un derecho real, porque se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona; absoluto, por cuanto otorga al titular la totalidad de las facultades posibles sobre la cosa, teniendo como únicos límites la ley y el derecho ajeno; exclusivo, atendido que no pueden existir, al mismo tiempo, respecto a una cosa, dos derechos de propiedad.

- (29) En este sentido se pronuncia VICTORIO PESCIO VARGAS (Manual de Derecho Civil, de las Personas, De los bienes y De la Propiedad, Tomo III, Colección Manuales Jurídicos N° 22, Editorial Jurídica, 1978, pág. 295).

Creemos que esta última posición es la correcta, pero discrepamos de aquellas razones extraladas de las normas que regulan el contrato de comodato, ya que, la naturaleza jurídica singular de la figura del precario, no permite una irrestricta aplicación de la mayoría de esos preceptos, que parten de la base de una relación contractual.

El argumento que nos parece concluyente, es el que consiste en que usufructuario se encuentra en relación con el uso y goce de la cosa sobre la cual recae el usufructo, en la misma situación jurídica que el propietario pleno, en cuanto a la acción a que se refiere la figura del artículo 2195, inciso 2°.

Para evitar repeticiones innecesarias nos remitimos a lo expuesto al tratar el caso del nudo propietario, pues se encuentra directamente relacionado con esta materia (65).

Tal vez, se podría agregar que si el usufructuario, conforme al artículo 2315, tiene acción de indemnización de perjuicio en contra de los terceros que, con culpa o dolo, causen daño a su derecho de usufructo, ¿no es también lógico pensar que cuando un detentador sin título le impide gozar de la cosa en que su usufructo recae y le ocasiona el perjuicio consiguiente, aquel se encuentra habilitado para hacerlo cesar mediante la acción de precario?

SEGUNDO REQUISITO: TENENCIA DE COSA SIN TITULO

Sumario:

1.- Aspectos generales. 2.- Naturaleza del título que debe exhibir el demandado para enervar la acción de precario. 3.- Relación entre el título del tenedor y el dueño de la cosa. 4.- El demandado invoca un contrato de arrendamiento para enervar la acción. 5.- El demandado invoca como título

(65) Véase páginas 31 y siguientes.

de su tenencia un contrato de promesa de compraventa. 6.- El demandado invoca como título el matrimonio que lo une con la demandada. 7.- El demandado invoca el concubinato para enervar la acción. 8.- Tenencia en razón de servicios. 9.- El demandado invoca como título un contrato de comodato. 10.- El demandado opone un título imperfecto. 11.- Títulos no acreditados.-

1.- ASPECTOS GENERALES

En el precario existe una relación simple, de hecho, entre el sujeto y la cosa ajena; media entre ambos una vinculación física o corporal que consiste en que el precarista tiene materialmente esa cosa en su poder. Así lo exige explícitamente el inciso 2° del artículo 2195, al definir el precario como "la TENENCIA de una cosa ajena".

Por consiguiente, para que el dueño de la cosa pueda obtener su restitución a través de la acción de precario, es indispensable que acredite que el demandado la tiene en su poder, ya que sobre él recae la carga procesal de probar este hecho.

Si la persona demandada como supuesto precarista no tiene realmente la cosa reclamada, o el actor no logra demostrar esta circunstancia en el curso del juicio, la demanda de precario no podrá prosperar. Así lo resolvió la Corte Suprema en sentencia de fecha 6 de julio de 1938 (66). En otro fallo más reciente se casó de oficio la sentencia de primera instancia que había acogido la demanda, por haberse fallado al emplazamiento del verdadero tenedor del inmueble cuya restitución se pedía (67).

Pero, naturalmente, el solo hecho de que alguien tenga materialmente una cosa es insuficiente para entender configurada la situación propia del precario, puesto que esa no es una característica privativa suya, sino que

(66) R.D.I., T.36, sec.1, pág.55.

(67) Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, 31 octubre 1985. G.J., N°64, pág.60.

también participan de ella otras instituciones, tales como la posesión y la mera tenencia, por lo cual esta exterioridad de la figura, por sí sola, no permite distinguir al precarista de un poseedor o un mero tenedor legítimo.

Por esa razón, una vez establecido que una persona disfruta de una cosa ajena, para determinar si concurre o no el estado de precario, es preciso examinar el antecedente o causa de la tenencia.

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, como tendemos oportunidad de observar.

Sobre este requisito, tenencia "sin previo contrato", se plantean las siguientes interrogantes, ¿ese contrato previo debe emanar del dueño, o, al menos, obligarlo?, o bien, ¿basta un contrato celebrado con cualquier persona, haya tenido o no derecho sobre la cosa, para que el tenedor no pueda ser calificado un precarista?

Advertimos que existiendo entre el dueño y el tenedor del bien un contrato que constituya un título de mera tenencia, la posibilidad de una situación de precario debe descartarse absolutamente, esté vigente o no el contrato. La no vigencia del contrato carece de relevancia para estos efectos, puesto que no cabría sostener que no hay "contrato previo". Si el dueño pretende recuperar la cosa, tendrá que ejercitar la acción personal nacida del respectivo contrato (arrendamiento, comodato, etc.) o bien, si se acepta, podría emplear la acción contemplada en el artículo 915 del Código Civil, contra el mero tenedor que retiene indebidamente la cosa.

La falta de título debe verificarse en el momento constitutivo de la detentación y durante todo el tiempo que ella perdure, pues si con posterioridad hay una ratificación de la tenencia por quien tiene derecho a

ello, el estado de hecho inicial se transforma en una relación contractual de comodato o arrendamiento, según el caso.

Por otra parte, esta materia, ausencia de título, se complica aún más si se relaciona con la ignorancia o mera tolerancia, a que se refiere la última parte del inciso 2º del artículo 2195. ¿Constituye la ignorancia o mera tolerancia, por sí solas, un requisito adicional, o, simplemente, deben presumirse cuando no hay contrato previo?

La inmensa mayoría de los fallos más antiguos dictados sobre precario, distinguen entre la falta de título jurídico y la ignorancia o mera tolerancia, sosteniendo que esto último es un elemento independiente del anterior. Se considera, pues, que no es bastante la ausencia de un título jurídico perfecto para que haya precario, además se exige que la tenencia sea consecuencia de la ignorancia o tolerancia del propietario. Incluso, aparte de diferenciar ambos elementos entre sí, varias sentencias impusieron al actor el peso de la prueba de la ignorancia o mera tolerancia. Con el tiempo esta doctrina sobre el onus probandi fue siendo abandonada, pero se mantuvo la distinción entre la falta de título y la ignorancia o mera tolerancia del dueño. Actualmente la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido que al demandado incumbe demostrar que estas circunstancias no concurren, sin perjuicio de existir diferentes opiniones en cuanto al verdadero alcance de ellas.

En la evolución de la doctrina de nuestros Tribunales acerca de este tema, en los últimos años se ha ido imponiendo una fuerte corriente, encabezada por la Corte Suprema, que sostiene que no existiendo un contrato que obligue al propietario a respetar la tenencia del demandado, debe inferirse o presumirse que ésta sólo se justifica por la ignorancia o mera tolerancia. De este modo, la acción de precario se desprende de todo rasgo o elemento subjetivo y adopta el carácter de una acción objetiva. Esta posición puede resumirse en los siguientes términos: establecido que el demandante es dueño de la cosa que detenta el demandado, si éste, a su vez, no demuestra un título que lo habilite para tenerla en su poder y que el propietario deba respetar, la ignorancia o mera tolerancia (aspectos

subjetivos) son motivaciones que corresponde presumir, es decir, fluyen naturalmente de los otros presupuestos acreditados en el juicio (68).

Desde ya dejamos planteado que entendemos que la ausencia de un título jurídico perfecto y la ignorancia son elementos que, analizados estrictamente, no se confunden, pudiendo por lo tanto, concurrir uno de ellos y faltar el otro. Así, es posible que alguien tenga una cosa sin contrato, pero no por la ignorancia o mera tolerancia del dueño; o, a la inversa, que existiendo un contrato previo válido que sirva de antecedente a la tenencia, en definitiva, ésta sea ignorada o tolerada por el dueño de la cosa en que se ejerce.

Sin perjuicio de lo recién señalado, debemos reconocer que la tendencia que infiere la ignorancia o mera tolerancia del dueño cuando el tenedor no exhibe un título para su tenencia, permite completar coherentemente el sistema de protección del dominio de los inmuebles inscritos. Ella, al asignarle a la acción de precario una naturaleza objetiva, soluciona, mediante un procedimiento rápido, las dificultades que se le presentan al dueño poseedor inscrito para recuperar el goce de su inmueble, cuando un tercero entra a ocuparlo, sin que este último, por su parte, ostente otra inscripción sobre ese bien raíz en el Registro Conservatorio, ni medie entre ambos algún vínculo jurídico que le otorgue el derecho a la tenencia. En este caso, se ha discutido la procedencia de la acción reivindicatoria contra el ocupante, debido a que al carecer éste de un título inscrito a su nombre, no puede ser considerado poseedor actual de la cosa. Aplicando, entre otros, los artículos 728 y 730, el dueño no ha perdido la posesión. Por otro lado, los interdictos posesorios prescriben en corto tiempo y la acción contemplada en el artículo 915 ha sido motivo de disímiles interpretaciones en cuanto a su verdadero sentido y alcance (69).

- (68) Esta doctrina reconoce su primer antecedente en una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán, 21 agosto 1945, publicada en RDI, año 1947, T. 44, sec. 2, pág. 49.
- (69) La jurisprudencia, sin embargo, ha aceptado la procedencia de la acción reivindicatoria en contra de aquel que ocupa un inmueble inscrito, sin tener, por su parte, inscripción conservatoria. Véase RDI, año 1955, T. 52, sec. 1, pág. 294 y RDI, año 1959, T. 56, sec. 1, pág. 126.

Si el dueño de un inmueble inscrito se encuentra privado de su tenencia material, porque lo ocupa otro sujeto con ánimo de señor y dueño, y, además, tiene una inscripción paralela sobre dicho inmueble, no cabe ninguna duda que, siendo el ocupante poseedor actual, el titular del derecho de dominio deberá ejercitar la acción reivindicatoria; y, en el mismo caso, así quien se ha visto privado de la posesión no es dueño, sino que poseedor y regular del bien raíz inscrito y se hallaba en vías de poder ganarlo por inscripción, podrá deducir la acción publiciana del artículo 894 del Código Civil, aparte, naturalmente, de las acciones posesorias.

Cuando alguien se apodera de un inmueble inscrito, con ánimo de hacerse suyo, pero sin tener título inscrito a su favor, el dueño tendrá la posibilidad de interponer, dentro del plazo de quince días, recurso de protección, fundado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. Si el tercero empleó la violencia para apoderarse del bien raíz, el poseedor inscrito podrá, dentro del plazo de seis meses, entablar la querrela de restablecimiento que le concede el artículo 928. Haya mediado o no violencia en el apoderamiento, el poseedor inscrito que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo, tendrá, además, a su alcance la acción posesoria de amparo, para cuyo efecto le asiste el plazo de un año, según lo dispuesto en el artículo 916 y siguientes, pues ha sido perturbado en su posesión (algunos opinan que la privación material del inmueble importa para el poseedor inscrito un despojo de su posesión, y, en consecuencia, la acción posesoria adecuada sería, para ellos, la de restitución) (70). También podría ser procedente la acción criminal proveniente del delito de usurpación tipificado en los artículos 457 y 458 del Código Penal. Sin olvidar la acción de precario que, en el caso propuesto, aparentemente, no puede merecer reparos.

Sin embargo, existen otras situaciones de mayor complejidad en donde el dueño o poseedor de un bien raíz inscrito se encuentra separado de la tenencia material de la cosa por obra de un tercero, no siendo posible

- (70) En este sentido RDI, año 1955, T. 52, sec. 1, pág. 294.

calificar al tenedor como un despojador o usurpador. Así, por mencionar sólo algunos ejemplos, el caso de quien ocupa un inmueble inscrito en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito con un propietario anterior o con un tercero que se pretende dueño, sin serlo, sea que tenga o no título inscrito a su nombre; o, el tenedor que celebró un contrato de promesa de venta con el actual dueño o con un antecesor en el dominio y allí estipularon la entrega material inmediata de la cosa prometida vender, o, lisa y llanamente, fue puesta a su disposición, sin que, más tarde, se haya otorgado el contrato prometido; o, un anterior dueño cuya inscripción en el conservador de Bienes Raíces fue cancelada, pero continúa gozando del inmueble, sin haber celebrado algún contrato con el nuevo propietario que le habilite para mantenerse en él; o la tenencia en razón de servicios, etc.

En todos estos casos se ha intentado la acción de precario, muchas veces con éxito y otras tantas sin él, como tendremos ocasión de apreciar.

2.- NATURALEZA DEL TITULO QUE DEBE EXHIBIR EL DEMANDADO PARA ENERVAR LA ACCION DE PRECARIO

En relación a la naturaleza que debe tener el título que el demandado oponga con el objeto de enervar esta acción, se ha dicho que "debe tratarse de uno que por su naturaleza sea idóneo para poner la cosa en poder del demandado", como, por ejemplo, un contrato de arrendamiento, comodato, etc. (71).

Estamos de acuerdo en que si el demandado exhibe un título apto para conferirle el derecho a la tenencia material de la cosa reclamada —sin pronunciarnos, por ahora, respecto a si debe ser oponible o no al demandante— no puede estimarse que dicha tenencia cumpla con el requisito de ser "sin previo contrato" y, por añadidura, tampoco concurrirá la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

(71) RAMOS PAZOS, RENE, artículo citado, pág. 12.

Si bien la anterior conceptualización sobre la naturaleza del título, es apropiada para determinar si se verifica o no el presupuesto de ser la tenencia del demandado sin previo contrato, ella es un tanto rígida si se acepta que la ignorancia o mera tolerancia del dueño constituyen un requisito adicional de la figura de precario. En efecto, en varios casos el demandado fundó su defensa en un título jurídicamente imperfecto o "no idóneo por su naturaleza para poner la cosa en su poder" y, sin embargo, la demanda de precario fue rechazada porque, no obstante que el título esgrimido en sí mismo era insuficiente para estimar que la tenencia provenía de un contrato perfecto, a lo menos tenía la cualidad de demostrar que ella no era ignorada o tolerada por el dueño de la cosa (72).

Por otra parte, es interesante destacar que muchas veces la existencia de un título que justifica la ocupación del demandado, paralelamente, importa la no concurrencia de otro requisito del precario: la calidad /indiscutida de dueño que debe tener el actor (73).

3.- RELACION ENTRE EL TITULO DEL TENEDOR Y EL DUEÑO DE LA COSA

El artículo 2195 inciso 2º, supone para que exista precario que la tenencia de una cosa ajena sea sin previo contrato.

Cuando el demandado pretende enervar la acción de precario, alegando que no concurre este elemento, porque tiene un título de mera tenencia, ese

(72) Así, por vía ejemplar: C. Supr., cas. fondo, RDI, 1935, T.32, sec.1, pág.357; C. Concepción, RDI, 1965, T.62, sec.2, pág.139; C. Supr., rec. queja, F. del M., 1976, N° 212, pág.137; C. Supr., cas. forma y fondo, F. del M., 1980, N° 256, pág. 17; C. Santiago, RDI, 1983, T. 80, sec.2, pág.17.

(73) Véase, C. Supr., cas. fondo, RDI, 1954, T.51, sec.1, pág.294; C. Supr., cas. fondo, RDI, 1967, T.64, sec.1, pág.54 y F. del M., N° 101, pág. 42; C. Supr., cas. fondo, RDI, 1971, T.68, sec.1, pág.140; C. Supr., cas. fondo, RDI, 1973, T.70, sec.1, pág.1; C. Supr., cas. forma y fondo, RDI, 1984, T.81, sec.1, pág.136; C. Pedro Aguirre Cerdá, G.J., 1985, N° 58, pág.76; C. Stgo., G.J., 1988, N° 94, pág.42 y C. Stgo., G.J., 1988, N° 95, pág. 37.

título ¿debe provenir del dueño, o, al menos, obligarlo?, o, por el contrario, ¿basta un contrato celebrado con cualquier persona, sea que ésta, al momento de su celebración, haya tenido o no derechos sobre la cosa?

La respuesta a este problema ha dividido a nuestra jurisprudencia.

Así, un fallo de la Corte Suprema declaró que "del texto del artículo 2195 inciso 2°, se desprende que el contrato que hace valer el tenedor de la cosa debe emanar del dueño de la misma y no de un tercero que no tiene tal calidad". Sin embargo, allí hubo un voto de minoría que se pronunció en el sentido contrario, y sostuvo que "no es legalmente posible calificar de precario aquella tenencia si el tenedor ha recibido la cosa en virtud de un contrato celebrado con el dueño o con otra persona distinta, ya que así aparece no sólo del propio tenor literal de ese precepto, sino también de su sentido gramatical, con arreglo al cual hay necesariamente que convenir que la frase "sin previo contrato", no está dentro del texto transcrito, modificada o delimitada en su significado por la frase complementaria "con el dueño", ni con ninguna otra que no permitiera interpretar la referida disposición en el sentido amplio que antes se ha expuesto" (74).

Poco después la misma Corte asumió la doctrina contenida en ese voto disidente, y resolvió que "no es necesario que el contrato o título que exhibe el demandado lo haya celebrado o emanado del actor, porque tal exigencia sería imposible tratándose de títulos de dominio que tengan un origen distinto; y también porque de la lectura del inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil, que define el estado de precario, se desprende que no se contempla tal exigencia, ya que la frase "sin previo contrato", no está modificada o limitada por la frase complementaria final "del dueño" ni por ninguna otra que impida interpretar la referida disposición en el sentido amplio que ha quedado dicho" (75).

(74) Corte Supr., pas. fondo, 21 diciembre 1949, RDI., T. 47, sec. 1, pág. 36.

(75) C. Supr., cas. fondo, 1 junio 1954, RDI., T. 51, sec. 1, pág. 294.

Otros dos fallos también estiman que cuando el demandado invoca un contrato celebrado con un tercero distinto al dueño, no concurre el requisito consistente en que la tenencia sea "sin previo contrato" (76).

Hacemos notar que varias sentencias han resuelto que si el tenedor de la cosa exhibe un contrato celebrado con una tercera persona, no existe precario, porque la tenencia no está causada por la ignorancia o mera tolerancia del demandante. De ese modo han eludido pronunciarse acerca de si, en tales casos, debía entenderse que había "contrato previo" para los efectos de esta figura (77).

La posición contraria adoptó la Corte Suprema al declarar que "para que un contrato de arrendamiento pueda enervar la acción de precario que se basa en el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil, es necesario que tal contrato obligue al dueño de la propiedad y no a un tercero que no tenga esa calidad" (78). Con anterioridad, la Corte de Santiago había manifestado un criterio similar, afirmando que "del contexto del artículo 2195 se desprende que el contrato en que el detentador debe fundarse, para tales efectos, es únicamente el que obliga al dueño de la propiedad reclamada" (79). Últimamente, esta misma Corte reiteró esa doctrina, al sostener que "cuando el artículo 2195 del Código Civil dispone que constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato, obviamente se refiere a uno celebrado con el dueño de la cosa en cuestión, que es el único que puede obligarlo como regla general" (80).

Antes de dar nuestra opinión sobre el fondo del problema, es necesario insistir que si entre demandante y demandado existe un contrato, en virtud

(76) C. Concep., 17 julio 1963, RDI., T. 60, sec. 2, pág. 101 y C. Stgo., 20 noviembre 1972, RDI., T. 69, sec. 1, pág. 197.

(77) Puede verse C. Stgo., RDI., 1970, T. 67, sec. 2, pág. 126; C. Iquique, Jurisp., 1984 N° 18, pág. 59; C. Stgo., G.J., 1985, N° 59, pág. 35; C. Stgo., G.J., 1987, N° 82, pág. 32; y C. Stgo., 1988, N° 100, pág. 32.

(78) C. Supr., cas. forma y fondo, 9 septiembre 1971, RDI., T. 67, sec. 1, pág. 264 y F. del M., N° 154, pág. 202.

(79) C. Stgo., 14 enero 1957, RDI., T. 54, sec. 2, pág. 21.

(80) C. Stgo., 13 marzo 1984, G.J., N° 45, pág. 40.

del cual éste entró a la tenencia de la cosa, sea que se encuentre vigente o no, debe eliminarse toda posibilidad de que haya precario, pues, en ese caso, la ocupación reconoce su origen en un "contrato previo".

Asimismo, es errado sostener que para que un título tenga el mérito de enervar la acción de precario, debe emanar del demandante, ya que éste puede resultar obligado por ese contrato, no obstante no haber concurrido personalmente a su formación.

Para fijar nuestra posición respecto a la materia que nos ocupa, partimos de la base que en artículo 2195, en su inciso 2º se refiere y regula una situación que se produce entre dos sujetos determinados: El dueño de un bien y el tenedor, sin título, del mismo.

En efecto, del texto de dicho inciso examinado en su conjunto, se desprende que no sólo la ignorancia o mera tolerancia se vincula al dueño de la cosa, sino que también el título que excluye al tenedor del estado de precario.

Ese supuesto lleva a concluir que el requisito en estudio no concurrirá cuando el demandado oponga un título que, además de conferirle la mera tenencia, obligue al dueño de la cosa. Estimamos que, asimismo, habría que incluir aquellos casos en que el dueño, no obstante no estar directamente obligado por el contrato que invoca el tenedor, en virtud de otra convención se encuentra en la necesidad de respetar esa tenencia, como ocurre por ejemplo en el subarrendamiento. En esta última hipótesis, si el arrendatario tenía la facultad de subarrendar -por haberlo autorizado expresamente el arrendador en el contrato de arrendamiento, o bien porque la ley se lo permite, sin necesidad de una estipulación especial, según el caso- el arrendador deberá respetar la tenencia del subarrendatario, mientras el contrato base o padre esté vigente y, por lo tanto, el subcontrato sería idóneo para enervar la acción de precario (81).

(81) El ejemplo supone que el arrendador sea el dueño del bien.

Si el arrendatario no estaba facultando para subarrendar o el contrato originario se ha extinguido, opinamos que sería eficaz la acción de precario deducida por el dueño arrendador en contra del subarrendatario.

Creemos que los mismos criterios expresados, tienen validez para la subcontratación en general, tanto propia como impropia.

Existe además una segunda excepción, en que tampoco es necesario que el contrato obligue al dueño para que tenga el mérito de impedir que prospere la acción de precario. Nos referimos al caso en que el arrendador enajena la cosa arrendada, produciéndose entonces la extinción del arrendamiento por la extinción del derecho de aquel, donde el nuevo propietario deberá deducir la acción resolutoria que emana precisamente de esa situación específica (artículo 1950 en relación al 1958 y siguientes).

En el sentido contrario, vale decir, que basta un contrato, que constituya un título de mera tenencia, celebrado con cualquier persona haya tenido o no derechos sobre la cosa, se ha proporcionado como argumento, aparte de sostener que el artículo 2195 no exige que el contrato emane u obligue al dueño, que estaríamos en presencia de lo que la doctrina ha denominado el efecto reflejo, absoluto o expansivo de los contratos.

El profesor Jorge López Santa María, se refiere a esta materia en los siguientes términos: "La premisa de la que hay que partir para referirse al efecto expansivo de los contratos consiste en que éstos, sin perjuicio de los derechos personales y obligaciones correlativas que generan para las partes, por sí mismos constituyen una situación de hecho. Un acontecimiento jurídico del mundo exterior, que nadie puede desconocer y que por lo tanto, tiene vigencia erga omnes. Así percibida la realidad de las cosas, es posible, en no pocas hipótesis traer al primer plano de una controversia, como antecedente fundamental, un contrato ajeno, sin que la correspondiente alegación pueda desestimarse sobre la base del principio del efecto relativo" (82).

(82) LOPEZ SANTA MARIA, JORGE. Ob. cit., pág. 261.