

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
II Semestre 2007

Profesores: Francesco Campora
David Núñez

DERECHO CIVIL IV

MATERIALES (6)

Acciones
Derechos reales limitados

1. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Tratado de los derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica, 6ª ed., 2005, t. II, pp. 255-301.
2. Peñailillo, Daniel. Los Bienes. Santiago, Editorial Jurídica, 2006, pp. 545-560.
3. Atria, Fernando. Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003. En: Revista de Derecho (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, N°1, 2004, pp. 48-56.
4. Peñailillo, Daniel. Los Bienes. Santiago, Editorial Jurídica, 2006, pp. 437-508.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

TRATADO DE LOS DERECHOS REALES

BIENES

SEXTA EDICION

TOMO II

© ANTONIO VODANOVIC H.
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago
Inscripción N° 85.830

Se terminó de reimprimir esta sexta edición
de 600 ejemplares en el mes de enero de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1027-5



LA REIVINDICACION

1. GENERALIDADES

1.187. LAS ACCIONES DE DEFENSA DE LA PROPIEDAD. La doctrina tradicional divide en dos grupos las acciones que protegen el dominio.

El primero está constituido por las acciones dominicales propiamente dichas y que son las que *lo protegen en forma directa*. Algunas de estas acciones se encaminan a reprimir violaciones o perturbaciones del derecho de propiedad *ya consumadas*. Ejemplos típicos en este sentido son la reivindicación y la acción negatoria. La *reivindicación* es la acción dirigida al reconocimiento del dominio y a la restitución de la cosa a su dueño por el tercero que la posee. La acción *negatoria* persigue que se reconozca que una cosa no está gravada con algún derecho real que el demandado pretende tener; se contrapone a la acción *confesoria*, que tiende a que se declare a favor del demandante la existencia de una servidumbre, o de un usufructo, o de un derecho de uso o de habitación sobre la cosa de que es propietario el demandado. En nuestro Código no existen como acciones autónomas la negatoria ni la confesoria; ambas quedan refundidas en la reivindicación, tal vez porque en último término con todas ellas se persigue la reivindicación del derecho, su reconocimiento. Otras acciones protegen en forma directa el dominio *previniendo el daño o peligro que puede temerse*: interdictos de *obra nueva* y de *obra ruinosa*; uno y otro sirven de tutela común a la propiedad y a la posesión; aunque nuestro Código los regula entre las acciones posesorias, su carácter es muy discutido, y se dice que no son posesorios, pues no tienen por fin conservar o recuperar la posesión, y tampoco petitorios, pues no entrañan una cuestión de propiedad. Por fin, entre las acciones que protegen directamente el dominio está la *de demarcación*, estudiada en el capítulo de las servidumbres. A su respecto, la Corte Suprema ha expresado que no obstante encontrarse la facultad de demarcación en el Título "De las servidumbres", su ejercicio no importa ni tiene el alcance de una acción de servidumbre, ya que por el hecho de darse acogida a la demanda, ninguno de los predios, ni el del actor ni el del demandado, pasa a convertirse en predio sirviente con respecto al otro; las acciones de demarcación y de cerramiento son acciones reales que se encaminan a la *conservación de la cosa*, pues el fallo sólo tiene un alcance declarativo

de derechos preexistentes y no constituye un nuevo título en favor o beneficio de ninguno de los litigantes.¹

El grupo de acciones que *protegen el dominio sólo en forma indirecta* (porque su misión específica es atender otras situaciones jurídicas) está constituido principalmente por las *acciones posesorias* y la *acción publiciana*: aquéllas tutelan la posesión, pero como ésta es una de las facultades del dominio, puede el dueño valerse de las acciones posesorias fundándolas en su posesión, y de esta manera indirectamente protege su derecho de propiedad; la acción publiciana, como más adelante se verá, es en el Código Civil chileno una variante de la acción reivindicatoria o esta misma acción concedida para la defensa de la posesión que reúne determinados caracteres: invocándose esta posesión en las condiciones que la ley señala; se logra, mediante la acción publiciana, proteger también en forma indirecta el dominio.

1.188. DEFINICIÓN Y SUPUESTOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. La *reivindicación* o *acción de dominio* es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (art. 889).

Son, pues, *supuestos* de esta acción: a) que el actor tenga el derecho de propiedad de la cosa que reivindica; b) que esté privado o destituido de la posesión de ésta, y c) que se trate de una cosa singular.

1.189. LOS LEGITIMADOS ACTIVA Y PASIVAMENTE EN LA CAUSA REIVINDICATORIA. *Legitimación en o para la causa* es la vinculación que tienen las partes de un proceso concreto con la relación jurídica substantiva sobre que éste recae y que habilita (la vinculación) a una de ellas para asumir la posición de demandante y coloca a la otra en la necesidad de soportar la carga de ser demandado.

La legitimación en causa revela si el demandante es el sujeto que tiene derecho a serlo en el proceso de que se trata, y el demandado la persona que debe sufrir la carga de tal posición en el mismo; en dos palabras, determina si un sujeto es el genuino demandante (legitimación activa) o el genuino demandado (legitimación pasiva) en una causa o juicio concreto.²

En el juicio reivindicatorio, legitimado en causa activo es el propietario de la cosa, y legitimado pasivo, por regla general, el actual poseedor de ella. Más adelante se precisa, en forma circunstanciada, quién puede reivindicar y contra quién se puede reivindicar.

¹ Sentencia de 28 de marzo de 1955, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, sec. 1^a, pág. 36.

² PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Zaragoza, 1946, N° 156, págs. 165-166; SCHÖNKE, *Derecho Procesal Civil*, traducción de la 5^a edición alemana, Barcelona, 1950, pág. 88; CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1936, N° 39, pág. 196; LEO ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Buenos Aires, 1955, págs. 254 y 255; COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo III, Buenos Aires, 1950, págs. 207 a 209.

Evítese confundir la legitimación *en causa* —que denota simplemente los titulares del derecho o relación jurídica que se cuestiona— con la legitimación *en el proceso*, que es la aptitud o facultad de gestionar o ejercer en juicio la tutela o protección de un derecho. Así, por ejemplo, si el reivindicador es un menor de edad, la demanda reivindicatoria la deberá interponer su representante legal: el menor es el legitimado en causa, y el representante legal, el legitimado en el proceso.

1.190. FUNDAMENTO. El fundamento de la acción reivindicatoria no es otro que el poder de persecución y la inherencia del derecho a la cosa, propios de todo derecho real y muy en particular del derecho de propiedad.³

1.191. ALCANCE Y EFECTOS JURÍDICOS. Por la acción reivindicatoria el actor no pretende que se declare su derecho de dominio, puesto que afirma tenerlo, sino que demanda al juez que lo haga reconocer o constar y como consecuencia ordene la restitución de la cosa a su poder por el que la posee.

Los efectos de la acción reivindicatoria son la restitución de la cosa con sus accesorios y los abonos por razón de frutos, impensas, mejoras o menoscabos, que deben hacerse entre sí el reivindicador y el poseedor vencido. Tales *prestaciones mutuas* dependen de diversas circunstancias, que se estudiarán oportunamente.

1.192. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LAS ACCIONES PERSONALES DE RESTITUCIÓN. La reivindicación es una acción *real*, pues nace de un derecho que tiene este carácter, el dominio (art. 577). Y es sobre todo por este rasgo que se distingue de otras acciones de restitución que, en razón de fundarse sobre una relación obligatoria o contractual del demandado, son de naturaleza *personal*. Así, por ejemplo, las acciones del arrendador y del comodante para exigir la restitución de la cosa al arrendatario y comodatario, en su caso, una vez cumplido el plazo del contrato, son acciones personales, ya que el demandante hace valer un derecho de crédito y no un derecho real, como el reivindicador, que afirma ante la justicia su derecho de propiedad.

Las acciones personales de restitución pueden interponerse por el que está ligado contractualmente con el demandado, sea o no dueño de la cosa cuya restitución se persigue. En estos casos basta probar el vínculo obligatorio entre el demandante y el demandado; la prueba del dominio es innecesaria, pues se puede ser acreedor a la entrega de una cosa sin tener la calidad de dueño de ella. Por ejemplo, puede arrendarse (o subarrendarse) una cosa ajena; el arrendador, aunque no sea propietario, siempre obtendrá la restitución de la cosa si prueba su derecho personal o de crédito.

Cuando el demandante es dueño de la cosa cuya restitución pide y está ligado contractualmente con el demandado, puede reclamar la cosa median-

³ MESSINEO, *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, Milano, 1947, pág. 106.

te la acción personal. Y el empleo de ésta es lo corriente: la prueba de la relación obligatoria en cuya virtud se pide la restitución es mucho más fácil que la del dominio. Se ha preguntado si cuando el demandante es dueño y está ligado con el demandado por una relación creditoria, debe necesariamente entablar contra éste la acción personal. ¿Podría hacer uso de la acción reivindicatoria? La Corte Suprema ha respondido que sí, porque ningún texto legal ni razón de derecho preceptúan o determinan lo contrario; jurídicamente, nada obliga a eliminar la acción reivindicatoria. Y ha resuelto que si después del contrato de compraventa y efectuada la inscripción a favor del comprador en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, el vendedor no hace la entrega material del inmueble vendido, dicho comprador puede exigir la entrega mediante la acción reivindicatoria; la circunstancia de que la ley (C. Civil, art. 1824) confiera al comprador acciones personales derivadas del contrato para exigir la entrega de la cosa, no significa que lo prive de las acciones reales que puedan corresponderle.⁴

Las acciones personales de restitución sólo pueden entablarse cuando el demandado está ligado por una relación personal o de crédito con el demandante. Por tanto, si se pide la restitución de la cosa de un tercero que la posee, forzoso es intentar la acción reivindicatoria. Esta última está subordinada o no a una acción personal contra el causante del tercero, según que el reivindicador haya estado ligado o no por una relación personal con dicho causante. Ejemplo: si el comprador, que aún adeuda parte del precio, vende la cosa a un tercero y aquél se constituye en mora de pagarlo, el primitivo vendedor, antes de proceder contra el tercero, deberá entablar la acción resolutoria (que es personal) contra el primitivo comprador; declarada la resolución si el demandante de ésta era dueño, revive su título de tal que hará procedente la acción reivindicatoria contra el tercero. Lo mismo sucede con la acción personal de nulidad, que debe dirigirse contra el cocontratante: declarada la nulidad, procede la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, pues la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, restituye a las partes al mismo estado en que se hallarían si no se hubiese celebrado el contrato nulo; el título de dominio del demandado desaparece y subsiste el del demandante, y en su virtud éste puede reivindicar la cosa del tercero poseedor.

Cuando el causante del actual poseedor no ha estado ligado por ninguna relación obligatoria con el reivindicador, la acción reivindicatoria procede sin depender de ninguna acción personal previa. Así, por ejemplo, la venta de cosa ajena es válida, pero como no afecta al dueño, puede éste dirigirse de inmediato contra el actual poseedor con la acción reivindicatoria: ésta, en dicho caso, no está subordinada por relación alguna de causalidad con una acción personal previa.⁵

⁴ Sentencia de 24 de mayo de 1930, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 51.

⁵ Corte de Temuco, 2 de septiembre de 1936, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVII, sec. 2ª, pág. 1.

1.193. EJERCICIO CONJUNTO DE LA REIVINDICACIÓN Y LAS ACCIONES RESOLUTORIAS O DE NULIDAD. Por razones de economía procesal la ley autoriza para que en un mismo juicio puedan intervenir como demandantes o demandados varias personas, siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho (C. de Procedimiento Civil, art. 18). La acción de nulidad y la reivindicatoria, cuando es consecuencia de ella, emanan de un mismo hecho, la nulidad: ésta permite, por un lado, la destrucción del acto o contrato nulo y, por otro, la restitución de lo que se dio o pagó en virtud de ese mismo acto o contrato. Luego, las acciones reivindicatoria y de nulidad pueden deducirse *conjuntamente* en un mismo juicio. La acción de nulidad, que es personal, se dirigirá contra los que celebraron el acto o contrato nulo, y la acción reivindicatoria, que es real, contra el actual poseedor de la cosa material del acto o contrato nulo; por cierto, la última sólo prospera si es acogida la primera.

También la acción resolutoria puede entablarse conjuntamente en un mismo juicio con la acción reivindicatoria, puesto que ambas emanan directa e inmediatamente de un mismo hecho: el incumplimiento de la obligación pactada en el contrato, que autoriza, por un lado, la destrucción del contrato y, por otro, la restitución de lo que dio o pagó el contratante que cumplió sus obligaciones. La acción resolutoria, que es personal, se dirigirá contra el contratante que no cumplió, y la reivindicatoria, que es real, contra el actual poseedor de la cosa materia del acto o contrato resuelto. Declarada la resolución del contrato, el dueño que vendió una cosa se reputa que nunca ha dejado de serlo y, por lo mismo, está legitimado para recuperar la posesión de la cosa. Naturalmente, el buen suceso de la acción reivindicatoria queda subordinado a la declaración de la resolución del acto o contrato en juicio seguido con legítimos contradictores. Todavía es de observar que aunque se declare resuelto un contrato, la acción reivindicatoria no procede contra terceros poseedores de buena fe (arts. 1490 y 1491).

1.194. LA INOPONIBILIDAD NO ES UNA ACCIÓN Y MENOS PREVIA A LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. Sabemos que cuando ha mediado una relación jurídica personal del reivindicador con el actual poseedor de la cosa o con su causante, el acogimiento de la reivindicación está subordinado a la aceptación previa de la acción personal, como la de nulidad o de resolución del acto o contrato. En cambio, si una persona ha sido privada de una cosa de su dominio en virtud de un acto o contrato que le es inoponible, no hay subordinación de la acción reivindicatoria a una acción previa personal, pues tampoco ha habido una relación jurídica del reivindicador con el actual poseedor de la cosa o con su antecesor. Piénsese en la venta de cosa ajena o en cualquier acto que conduce a la enajenación celebrado por un falso representante del dueño del bien objeto de tal acto. No existe acción de inoponibilidad. Este efecto del acto o contrato inoponible que alegue el reivindicador no es una acción, y menos una que deba ser acogida previamente para aceptar la petición de restitución de la cosa. La inoponibilidad sólo es un efecto del acto o contrato inoponible que si se aduce en el juicio deberá ser materia de las considera-

ciones del fallo y aceptado o rechazado conjuntamente con la acción reivindicatoria.^{5a}

1.195. LA REIVINDICACIÓN Y LAS ACCIONES POSESORIAS. Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos (art. 916).

La acción posesoria de restitución se encamina a recuperar la posesión de los bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos (C. de Procedimiento Civil, art. 549, N° 2°). Según la jurisprudencia, es compatible con la acción reivindicatoria, pues, como ésta, persigue el mismo fin jurídico de obtener la restitución de la cosa singular de que ha sido privado el demandante.⁶

Pero entre las acciones posesorias y la reivindicación hay profundas diferencias: a) en las primeras no se hace valer sino la posesión; en las segundas, la propiedad misma; b) el buen éxito de la acción reivindicatoria queda subordinado a la prueba del derecho de propiedad, que, en principio, es irrelevante en las acciones posesorias; c) la acción reivindicatoria procede tanto respecto de los muebles como de los bienes raíces; las acciones posesorias sólo pueden hacerse valer respecto de estos últimos; d) la acción reivindicatoria no prescribe extintivamente, al igual que el derecho de propiedad que ella garantiza; las acciones posesorias, por el contrario, no pueden intentarse sino en un plazo muy corto a contar del hecho que ellas sancionan.

1.196. CASOS EN QUE NO PROCEDE LA REIVINDICACIÓN. a) *Pago de lo no debido*. El que pagó lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída, por un *tercero de buena fe*, a título *oneroso* (art. 2303, inc. 1°). Por tanto, si el tercero que posee a título oneroso está de mala fe, la acción reivindicatoria es procedente, como también lo es cuando el tercero -de buena o mala fe- tiene la cosa por cualquier título *gratuito*, siempre que la especie sea reivindicable y exista en su poder (art. 2303, inc. 1°).

b) *Resolución de contrato*. Cuando se ha declarado resuelto un contrato no procede la acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores de buena fe (arts. 1490 y 1491).

1.197. PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA JUDICIAL. El juicio reivindicatorio es de lato conocimiento y se tramita con arreglo al procedimiento ordinario, que es el que se aplica a los juicios que, como el reivindicatorio, no están sometidos a una regla especial diversa (C. de Procedimiento Civil, art. 3°).

^{5a} Así se ha resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 5 de marzo de 1964, *R. de D. y J.*, tomo LXII, sec. 2°, pág. 53.

⁶ Corte Suprema, sentencias de 3 de noviembre de 1906, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo IV, sec. 1°, pág. 147; de 29 de julio de 1925, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXIII, sec. 1°, pág. 642; de 4 de enero de 1933, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, sec. 1°, pág. 436.

Si la acción entablada es *inmueble*, es competente para conocer del juicio el juez del lugar que las partes hayan estipulado en la respectiva convención. A falta de estipulación es competente, a elección del demandante: 1° el juez del lugar donde se contrajo la obligación; o 2° el del lugar donde se encontrare la especie reclamada. Si el inmueble o inmuebles que son objeto de la acción estuvieren situados en distintos territorios jurisdiccionales, es competente cualquiera de los jueces en cuya comuna o agrupación de comunas estuvieren situados (C. Orgánico de Tribunales, art. 135).

Si la acción entablada es *mueble*, es juez competente para conocer de la demanda de reivindicación el del domicilio del demandado (C. Orgánico de Tribunales, art. 134).

2. COSAS QUE PUEDEN SER REIVINDICADAS

1.198. COSAS CORPORALES E INCORPORALES. Si se considera que la reivindicación se funda en el dominio o propiedad y que, conforme a la concepción de nuestro Código, ésta también puede recaer sobre las cosas incorpóreas, los derechos, lógico resulta que pueden ser materia de reivindicación tanto las cosas corporales como las incorpóreas. Y así mismo lo enseñaba Pothier, a quien siguió muy de cerca don Andrés Bello en el Título "De la reivindicación".⁷

1.199. COSAS CORPORALES RAÍCES Y MUEBLES. Tanto las cosas corporales raíces como las muebles pueden reivindicarse (art. 890, incs. 1°).

1.200. COSAS MUEBLES COMPRADAS POR EL POSEEDOR EN UNA FERIA U OTRO ESTABLECIMIENTO INDUSTRIAL EN QUE SE VENDAN COSAS MUEBLES DE LA MISMA CLASE. Según la letra del Código, *exceptúanse* de la reivindicación "las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla" (art. 890, incs. 2° y 3°).

En verdad, el contexto mismo de la norma revela que las cosas compradas en feria, tienda, almacén, etc., no constituyen excepción a la regla general de que todas las cosas corporales pueden reivindicarse; dichas cosas no escapan a la reivindicación: la excepción consiste sólo en que el reivindicador no puede exigir lisa y llanamente la entrega de aquéllas, sino que debe reembolsar al poseedor lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. Naturalmente, el reivindicador puede repetir estas cantidades contra

⁷ POTHIER, *Tratado del derecho de dominio*, traducción de Manuel Deó, Madrid, 1882, N° 282, págs. 207-208.

el que se apoderó de la cosa y la llevó a la feria o la entregó para su venta al dueño de la tienda, almacén o establecimiento en que la compró el poseedor vencido.

Restitución de las cosas hurtadas o robadas adquiridas en feria, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Puede que la cosa mueble que se adquirió en la feria, tienda, etc., haya ido a parar ahí después de haber sido hurtada o robada. Ahora bien, el Código de Procedimiento Penal (art. 115) dispone que las cosas hurtadas, robadas o estafadas deben entregarse al dueño en cualquier estado del juicio, una vez que resulte comprobado su dominio y sean valoradas en conformidad a la ley. ¿Significa esta disposición que la cosa hurtada o robada debe restituirse a su dueño por el que la mantiene en su poder, sin ningún reembolso del primero, aun cuando el último la hubiera comprado en una feria? Hay dos respuestas contradictorias.

Una afirma que el poseedor que adquirió la cosa hurtada en una feria debe devolverla a su legítimo dueño sin poder reclamar de éste ningún reembolso, pues la disposición del Código de Procedimiento Penal, promulgado con posterioridad al Código Civil, concreta y determinadamente impone entregar las especies hurtadas o robadas al dueño, en cualquier estado del juicio, una vez comprobado su dominio y valuadas en conformidad a la ley; la norma del Código Civil es de carácter general y rige en las cuestiones civiles, pero no en cuanto pugna con lo establecido en el Código especial que es el de Procedimiento Penal.⁸

La otra respuesta dice que el poseedor que adquirió la cosa hurtada por compra en una feria no está obligado a restituir mientras no se hagan los reembolsos a que alude la disposición civil. La norma del Código adjetivo penal establece sólo la oportunidad en que deben restituirse las cosas referidas, después de cumplidas las formalidades procesales de la comprobación del dominio y la valuación legal; pero esto no se opone a la obligación de reembolsar que prescribe el Código Civil y, por lo mismo, no puede entenderse suprimida tal exigencia de la ley sustantiva. Entre la norma del artículo 890 del Código Civil y la del artículo 115 del de Procedimiento Penal no hay ninguna incompatibilidad y, por tanto, pueden aplicarse armónica y simultáneamente.⁹

⁸ En este sentido: Corte de Talca, 10 de junio de 1937, *Gaceta de los Tribunales*, año 1937, 1er. semestre, N° 99, pág. 420.

⁹ En este sentido: voto disidente de la sentencia citada en la nota anterior, suscrito por el ministro don Eduardo Preuss; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de agosto de 1954, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LI, sec. 4ª, pág. 172.

También sustentan el mismo parecer las sentencias de la C. Suprema de 31 de octubre de 1961, *R. de D. y J.*, tomo LVIII, sec. 4ª, pág. 259, y de la C. de Apelaciones de Santiago de 4 de octubre de 1966, *R. de D. y J.*, tomo LXIII, sec. 4ª, pág. 349; sentencia de la C. Suprema de 6 de octubre de 1971, *R. de D. y J.*, tomo LXVIII, sec. 4ª, pág. 238; sentencia de la C. Suprema de 28 de enero de 1976, *Fallos del Mes*, N° 206, sent. 3, pág. 319.

Según lo ha resuelto la Corte de Concepción, en sentencia de 12 de mayo de 1954 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LI, sec. 4ª, pág. 145), el tercero que adquirió el objeto hurtado con ocasión del delito no puede intervenir en el proceso criminal iniciado a causa del mismo delito, pretendiendo obtener la restitución de dicho objeto por la vía meramente incidental.

Decididamente, esta última es la interpretación certera. La imaginación del legislador civil precisamente está con la posibilidad de que una cosa adquirida en una feria, tienda, almacén, proceda de fuentes turbias. Redundaría en perjuicio de la industria y el comercio el que todo comprador estuviera expuesto a perder su dinero cada vez que hiciera una adquisición donde naturalmente debe hacerla. Si los establecimientos funcionan con el permiso de la autoridad pública, es de presumir que todo lo que ofrecen —y así es normalmente— tiene orígenes legítimos. Afirmar que el Código de Procedimiento Penal derogó la norma del Código Civil cuando las cosas provienen de hurto, robo o estafa, es dejarlo sin aplicación justo en la mayor parte de los casos en que tuvo en mira, barrenar el principio de la buena fe y el de la apariencia del tráfico legítimo de comerciante en el giro para el cual está autorizado y que públicamente ejerce. En los casos en que las cosas son mal habidas por el comerciante o por el que lo proveyó de ellas, el dueño de la cosa podrá repetir el pago del reembolso contra el dueño de la feria, tienda o almacén. Todo esto, por otra parte, no impide la sanción, cuando cabe, contra el sujeto que conoce el camino tortuoso del artículo que compra y que, al adquirirlo, en alguna forma participa en el complejo delictual. Pero eso es harina de otro almacén. Nada impide, pues, aplicar armónicamente las dos disposiciones en supuesta pugna, ya que una impone reembolsos al dueño de la cosa para que se la restituya el adquirente y la otra señala la oportunidad en que éste debe hacer la restitución. No hay ninguna antinomia.

Aplicación de las normas de los incisos 2° y 3° del artículo 890 a las cosas compradas en Bolsas de Comercio y en remates públicos. La jurisprudencia ha declarado que la enumeración consignada en el artículo 890 del Código Civil no es taxativa, sino ejemplar o, al menos, una enumeración cuyos miembros son genéricos. En consecuencia, ha dicho que los incisos 2° y 3° de este artículo se aplican a los bonos adquiridos en las Bolsas de Comercio^{9a} y a las cosas adquiridas en subastas públicas, sea que éstas se hagan en una casa de martillo o en algún establecimiento privado o público, pues en todos estos supuestos concurre la aparente legitimidad de las circunstancias que movieron al legislador a proteger al adquirente de buena fe.^{9b}

1.201. SINGULARIDAD DE LA COSA. Sólo pueden reivindicarse las cosas *singulares* (art. 889); pero también se consideran como tales las universalidades de hecho: rebaño, biblioteca, colección filatélica, etc.

La universalidad jurídica, como no es una cosa singular, no puede reivindicarse. Por eso la herencia está protegida por una acción especial, la de petición de herencia (art. 1.264).

^{9a} C. Suprema, 29 de diciembre de 1958, *R. de D. y J.*, tomo LV, sec. 4ª, pág. 224; C. Santiago, 31 de octubre de 1958, loc. cit.

^{9b} C. Suprema, 8 de junio de 1965, *R. de D. y J.*, tomo LXII, sec. 1ª, pág. 132. Esta sentencia lleva al pie un comentario favorable del profesor Fernando Fueyo L.

1.202. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA. La acción de petición de herencia es la acción judicial que corresponde al heredero para reclamar el reconocimiento de esta calidad y, como consecuencia, la entrega de todos los bienes que forman la herencia, o una parte de ellos o uno solo de los mismos, que en el hecho detenta otra persona pretendiendo también ser heredero.

La circunstancia de que la herencia esté protegida por la acción especial de petición de herencia no significa que el heredero no pueda entablar la acción reivindicatoria; la ley lo faculta expresamente para hacer uso de ella sobre cosas hereditarias reivindicables, que hayan pasado a terceros, y no hayan sido prescritas por éstos (art. 1268).

¿Cuándo procede una acción y cuándo la otra?

Corresponde la de petición de herencia si el demandante pretende ser heredero y a este título reclama toda la sucesión o una parte de la misma, y el demandado, sin discutir que los bienes en litigio forman parte de la herencia, se arroga él la calidad de heredero. El proceso gira, entonces, sobre la determinación de cuál de los dos contendientes es el heredero llamado; triunfará el que pruebe justamente esta calidad.

Por el contrario, compete entablar la acción reivindicatoria cuando el demandado no dice ser heredero, sino que los bienes que él posee no forman parte de la herencia, sea porque el difunto jamás ha sido dueño de ellos, sea porque se los enajenó en vida. No se discute en este caso el título de heredero del demandante, y éste, para vencer, no debe limitarse a probar su calidad de dueño, sino, además, que la cosa pertenecía al difunto cuando el demandado la adquirió de otra persona o que la enajenación es nula, si la obtuvo del difunto. La prueba resultó más difícil aquí que en la petición de herencia.

Las principales diferencias entre ambas acciones dicen relación con el objeto de la controversia y la prueba.

a) El objeto de la controversia en la reivindicación es la calidad de propietario, que el demandado discute al actor sobre las cosas que éste reivindica; en la petición de herencia se controvierte el título de heredero, y no el dominio de los bienes que componen la sucesión.

b) En la reivindicación la prueba recae sobre el dominio de las cosas reivindicadas, el reivindicante debe presentar la prueba de su propiedad; en la petición de herencia no es necesario probar el dominio de las cosas que integran el haber hereditario, sino el título de heredero, porque probado éste, cualquiera que haya sido el derecho —real o personal— del difunto sobre los bienes hereditarios, se entiende transmitido con los mismos caracteres al que demuestre su calidad de heredero.¹⁰

Por lo demás, la acción de petición de herencia expira en diez años; pero el heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión

¹⁰ Véase: LUIS DÍAZ BALTRA, *De la petición de herencia y de otras acciones del heredero*, memoria de prueba, Santiago, 1933, págs. 26 a 30, N° 8; HUGO E. GATTI, "Petición de herencia", monografía publicada en el libro *Estudios jurídicos en memoria de J. Irureta Goyena H.*, Montevideo, 1955, págs. 151 a 299.

efectiva puede oponer a esta acción la prescripción de cinco años (art. 1269). La acción reivindicatoria es imprescriptible, pues para perderla es necesario que otro adquiriera el dominio de la cosa por la prescripción adquisitiva (art. 2517); por tanto, mientras una persona conserve la propiedad subsistirá a su favor la acción reivindicatoria, transcurra el tiempo que transcurra.

1.203. COSAS INCORPORALES. Según nuestro Código Civil, sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad; así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo (art. 583). De ahí que los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia, que produce la acción de petición de herencia (art. 891).

El que reivindica su derecho de usufructo, por ejemplo, pide que le sea reconocido por el poseedor y que éste sea condenado a entregarle la cosa para poder ejercitar su derecho, esto es, para poder usufructuar la cosa. Del mismo modo, como ha declarado la Corte Suprema,¹¹ el titular de un derecho de habitación puede reivindicarlo de su poseedor actual y, en consecuencia, exigir las piezas sobre que recae su derecho.

1.204. REIVINDICACIÓN DE CUOTAS. El Código declara que "se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular" (art. 892).

Para que proceda esta reivindicación es necesario que la cosa singular *esté indivisa aún*, que no se haya efectuado la partición todavía; si ésta ya se hubiera realizado, no se podría hablar de reivindicación de cuota, pues cada parte de la cosa primitivamente única, desde que es asignada a un comunero, pasa a ser una cosa singular autónoma y distinta.

También se requiere que la cuota proindiviso que se reivindica en la cosa común *sea determinada*; de lo contrario, el juez no sabría cómo ordenar la restitución.

La reivindicación de cuotas ha dado lugar a una controversia. Nadie duda de que se puede reivindicar una cuota proindiviso, de una cosa singular cuando ésta constituye el único bien de la comunidad, o sea, cuando la comunidad es de objeto simple. Y no hay discusión porque existiendo un solo bien, la cuota en la masa o comunidad representa también la cuota en el objeto de ésta, en el bien mismo. Si un comunero tiene la mitad de los derechos en la comunidad, quiere decir que le pertenece la mitad del bien mismo.

La querella se suscita respecto de la reivindicación de cuota de una cosa singular que forma parte de una comunidad universal.

a) Algunos sostienen que en la comunidad universal, como una herencia, cada comunero es dueño sólo de su cuota en la comunidad total y abstracta; pero carece de cualquier derecho sobre los bienes individualmente considerados: respecto de ellos sólo tiene una expectativa de dominio, si se le

¹¹ Sentencia de 19 de mayo de 1903, *Gaceta de los Tribunales*, año 1903, sentencia 530, pág. 1553 (C. 3°, pág. 1555).

llegan a adjudicar. Antes de la adjudicación, ningún comunero puede decir, tratándose de una comunidad universal, que es dueño de una cuota determinada en un bien singular, y no pudiendo invocar la calidad de dueño, mal puede entablar la acción reivindicatoria que, por definición supone esa calidad.

La disposición que permite reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (art. 892) se refiere a cuotas indivisas de una cosa singular que desde un comienzo ha sido objeto único de una comunidad o que lo ha sido después de haber formado parte de una comunidad universal, una vez salida de ésta por haberse adjudicado singularmente a dos o más personas.^{11a}

b) Otros afirman que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, sea que ésta constituya el bien común único o forme parte de una universalidad, porque la letra de la ley no distingue; ésta sólo exige que la cuota que se trata de reivindicar se refiera a una cosa singular y no a la universalidad jurídica dentro de la cual pueda estar comprendida. Por otra parte, negar la acción reivindicatoria de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular que forma parte de una universalidad jurídica, sería dejar prácticamente en la indefensión al comunero que no se tomó en cuenta para efectuar la enajenación de esa cosa. En efecto, ese comunero para reivindicar debería, de acuerdo con la tesis contraria, pedir el consentimiento de los otros, de los que enajenaron, los que, indudablemente, se negarán, máxime si contra ellos el adquirente puede entablar la acción de evicción. Hay más: mientras dura la comunidad, todo comunero tiene interés y derecho a que se reconozca su coparticipación y se le ponga en la coposesión de la cosa común; ninguna ley subordina el ejercicio de ese derecho a la partición; a la realización de ésta para determinar que la cosa salida de la comunidad universal por la enajenación de los otros comuneros le pertenece o no en alguna medida.

La jurisprudencia última se inclina a esta tesis, según puede verse en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena* (Código Civil, tomo II, art. 892).

Y así, por ejemplo, se ha declarado que "el comunero de una comunidad universal puede, durante la indivisión, reivindicar su cuota en una cosa singular, y no necesita para ello el consentimiento de los demás comuneros".

1.205. DETERMINACIÓN DE LAS COSAS QUE SE REIVINDICAN. La cosa que se reivindicar debe determinarse e identificarse en tal forma que no quepa duda alguna que la cosa cuya restitución se reclama es la misma que el reivindicado posee. Respecto de los inmuebles, es necesario fijar de manera precisa la situación, cabida y linderos de los predios. Tratándose de la reivindicación de cuota, ella debe igualmente determinarse; no puede acogerse una acción reivindicativa

toria que se funda en una inscripción que no señala la cuota determinada proindiviso que el demandante pretende reivindicar.¹²

1.206. REIVINDICACIÓN DE TÍTULOS AL PORTADOR. a) *Concepto de título de crédito.* En un sentido propio, llámase *título de crédito* o, mejor todavía, *título-valor*, el documento escrito, destinado a una larga y expedita circulación, que consigna un derecho privado cuyo ejercicio está subordinado a la posesión del documento. En otras palabras, título de crédito es un documento escrito del que deriva la promesa de una prestación a favor del que lo posee y presenta, en condiciones legales, al deudor que lo ha emitido o suscrito.

Entre el título y el derecho a él incorporado hay comunidad de destino; el segundo es accesorio del primero; el poseedor del título es titular del derecho. Como el derecho está incorporado al título, aquél no puede ser ejercido sin la posesión de éste y la transferencia del documento importa también la del derecho en él incorporado.

Todo esto es en principio, pues hay casos de excepción (como los de hurto y extravío) en que, sin tener la posesión del título, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la prestación.

El título de crédito es una *cosa corporal mueble*,^{12a} sometido al régimen jurídico de ésta hasta donde lo permiten sus peculiaridades. Considérase como objeto de derecho porque el documento subsume, incorpora en sí, el derecho.

Ejemplos de título de crédito: cheques, letras de cambio, pagarés, billetes de banco, los títulos representativos de mercadería, los llamados por la doctrina títulos de participación, como las acciones de sociedades, etc.

Los títulos de crédito son de muy antigua data. Pero para los que hablamos español acaso ninguno más conocido que la libranza pollinesca escrita por don Quijote conforme a los términos comerciales de la época. ¿Por qué no recordarla? Decía la libranza relativa a borricos: "Mandaré vuestra merced por esta primera de pollinos, señora sobrina, dar a Sancho Panza, mi escudero, tres de los cinco que dejé en casa y están a cargo de vuestra merced. Los cuales tres pollinos se los mando librar y pagar por otros tantos aquí recibidos de contado, que consta, y con su carta de pago serán bien dados. Fecha en las entrañas de Sierra Morena a veinte y dos de agosto". Don Quijote no firmó, sino que sólo puso su rúbrica, que, según explicó a Sancho, "es lo mismo que firma, y para tres asnos, y aun para trescientos, fuera bastante".

b) *Distinción de los títulos de crédito.* La distinción más importante de los títulos de crédito se refiere a las diversas maneras en que el título puede ser

¹² Corte Suprema, 24 de julio de 1928, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVI, sec. 1ª, pág. 382.

^{12a} ISIDORO LA LUMIA, *Corso di Diritto Commerciale*, Milano, 1950, págs. 327 y siguientes; AGUSTÍN VICENTE Y GELLÁ, *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo*, México, 1948, págs. 391 y siguientes.

^{11a} VÍCTOR DELPIANO D., ob. cit., pág. 38.

transferido y, por consiguiente, a las diversas maneras en que se indica en el título la persona del poseedor, esto es, la persona que está legitimada como acreedor para obrar contra el deudor. Desde este punto de vista, los títulos de crédito pueden ser nominativos o personales, a la orden y al portador.

Títulos *nominativos* o *personales* son aquellos que se extienden a nombre de una determinada persona. Su cesión se perfecciona, entre cedente y cesionario, en virtud de la entrega del título (art. 1901), y respecto del deudor cedido y de terceros, en virtud de la notificación por el cesionario al deudor cedido o de la aceptación de la cesión por éste (C. Civil, art. 1902).

Títulos a *la orden* son aquellos que se extienden a nombre de una determinada persona, anteponiéndose al nombre la expresión "a la orden" u otra equivalente. La cesión de estos títulos se perfecciona en general por la entrega del título y el endoso.

El endoso, en términos genéricos, puede definirse como una declaración negocial formal estampada en un título documentado mediante la cual el legítimo portador de éste inviste a otro sujeto de derechos que, con relación a ese título, a él (el portador endosante) le corresponden.

Nuestra legislación ha definido el endoso al ocuparse de la letra de cambio, y ha dicho que es el escrito por el cual el legítimo tenedor transfiere el dominio de la letra, la entrega en cobro o la constituye en prenda. El endoso debe estamparse al dorso de la letra misma o de una hoja de prolongación adherida a ella, y debe ser firmado por el endosante. Bajo la responsabilidad del endosante, su firma puede estamparse por otros procedimientos que autorice el reglamento en los casos y con las formalidades que él establezca (Ley N° 18.092, sobre letras de cambio y pagarés, publicada en el Diario Oficial de 14 de enero de 1982, art. 17).*

Títulos *al portador* son aquellos que no contienen la designación del acreedor y, si indican el nombre de éste, agregan después la expresión "o al portador". La cesión o transferencia se efectúa por la simple entrega del título (C. de Comercio, art. 164).

Cualquiera que presente el documento puede exigir el pago, a menos que el deudor pruebe que el tenedor no es su poseedor legítimo, sea porque lo ha robado o por cualquiera otra causa.

c) *Reivindicación de títulos al portador*. Se comprenderá que cuando un título de crédito al portador se pierde o por otra razón pasa ilegítimamente al poder de un tercero, el propietario puede verse en la necesidad de reivindicarlo. Para ello no hay inconveniente, si acredita su dominio y la identidad del documento. Nuestra Corte Suprema ha declarado que los títulos al portador son perfectamente reivindicables si pueden identificarse; son cosas singulares no afectas a ninguna excepción legal relativa al derecho de sus propietarios para reclamarlos del injusto poseedor o detentador. No obsta a la identificación y reivindicación de bonos la circunstancia de que las leyes distingan

* Véase MANUEL VARGAS VARGAS, *Nueva legislación sobre letras de cambio y pagarés*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

los documentos al portador de los nominativos y de los a la orden, porque tal distinción tiene por objeto especial determinar la forma en que se transfiere o cede el bono o título y no el propósito de modificar las normas legales relativas a las acciones y derechos del propietario de alguna de esta clase de bienes.¹³

d) *Derecho Comparado*. En otras legislaciones, el extravío, pérdida y sustracción de los títulos de crédito están especialmente reglamentados: Código Civil italiano (art. 2006, 2016 y 2027), ley francesa de 15 de junio de 1872, modificada por una ley de 8 de febrero de 1902, que protege al propietario desposeído ilegalmente de un título al portador, etc.¹⁴

3. QUIEN PUEDE REIVINDICAR

1.207. EN PRINCIPIO, SÓLO PUEDE REIVINDICAR EL PROPIETARIO. Por definición, la reivindicación es la acción que tiene el dueño de una cosa singular, y sólo por él puede intentarse.

De ahí que el comprador de una cosa al que aún no se le ha hecho tradición de la misma no tiene acción para reivindicarla, pues no es dueño, en razón de que el dominio sólo lo adquiere una vez efectuada la tradición en forma legal.¹⁵

1.208. CUALQUIER CLASE DE PROPIETARIO PUEDE REIVINDICAR. La reivindicación es una facultad de toda clase de dominio, y no sólo del pleno o absoluto. Por eso la ley dice que la acción reivindicatoria corresponde al que tiene la propiedad *plena* (con todas las facultades de uso, goce y abuso) o *nuda* (sin goce), *absoluta* (perfecta e irrevocable, sin sujeción a término o condición en cuanto a su duración) o *fiduciaria* (sometida al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición) de la cosa (art. 893).

El *copropietario* de una cosa singular puede reivindicar la cuota determinada que le corresponde (art. 892).

1.209. CASOS EN QUE PUEDE REIVINDICAR UN NO DUEÑO; ACCIÓN PUBLICIANA. a) Derecho romano. El pretor romano concedía una acción persecutoria análoga a

¹³ Sentencia de 26 de noviembre de 1907, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VI, sec. 1ª, pág. 160.

¹⁴ Sobre títulos de crédito, véanse: A. VICENTE Y GELLÁ, ob. cit.; LA LUMIA, ob. cit., págs. 209 a 386; OLAF LIENDO S., *Ensayo de una teoría general de los títulos de crédito*, memoria de prueba (inédita), Santiago, 1953; RAFAEL CORREA F., *Los títulos de crédito*, versiones de las clases de Derecho Profundizado y Comparado, redactadas por DRAGO VODANOVIC H., edición mimeográfica, Santiago, 1955.

¹⁵ Corte de Santiago, 8 de junio de 1911, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIX, sec. 1ª, pág. 428; Corte de Iquique, 1º de julio de 1919, *Gaceta de los Tribunales*, año 1919, 2º semestre, N° 106, pág. 540. Idéntico: POTHIER, *Tratado del derecho de dominio*, N° 286.

la *reivindicación* -llamada *publiciana*- al poseedor de buena fe que había perdido la posesión antes de ganar el dominio de la cosa por usucapión. Mediante una ficción se consideraba que el poseedor había cumplido el tiempo necesario para que operara este modo de adquirir, y así podía reclamar la restitución de la cosa contra cualquiera persona, excepto contra el propietario civil y contra un tercero que poseyera con mejor derecho que el demandante. Sin embargo, si el propietario civil era el mismo que había enajenado al poseedor prescribiente, contra la excepción de dominio de aquél, éste podía triunfar replicando que el propietario le vendió y le hizo tradición de ella o, si la causa de la adquisición del poseedor no era la compra, que hubo dolo del demandado.

Otra hipótesis en que se concedía la *publiciana* era la del comprador a quien se le había transferido una cosa *mancipi* por la simple tradición, y no por los procedimientos formales que correspondían (*in jure cessio* o *mancipatio*): el adquirente no pasaba a ser propietario quirritario, sino pretoriano o bonitario, y si perdía la posesión, no podía recobrarla por la acción reivindicatoria; pero el pretor le otorgó la *publiciana*, que podía dirigirla contra cualquier poseedor.

Con el tiempo, y sobre todo en el Derecho justinianeo, la *publiciana* perdió esta última aplicación, pues desapareció la propiedad pretoriana y la tradición se generalizó como modo de transferir la propiedad quirritaria. En consecuencia, la *publiciana* quedó reducida a proteger al poseedor de buena fe que había adquirido una cosa de un no propietario. Pero, por otro lado, aunque la *publiciana* nació para proteger la posesión o formas civilmente imperfectas del dominio, los verdaderos propietarios la ejercitaban en lugar de la acción reivindicatoria, porque les resultaba mucho más fácil probar la posesión de buena fe y con justo título que demostrar la existencia del dominio, y el efecto práctico que obtenían en el juicio era el mismo: la devolución de la cosa.

La acción de que hablamos recibió el nombre de *publiciana* (*publiciana in rem actio*), porque fue creada por un pretor llamado Publicio. La fecha de que data es objeto de controversia, pues hubo tres pretores de distintas épocas con el nombre de Publicio; es probable que surgiera en el último siglo antes de la era cristiana.

En todo caso, podemos estar seguros de que el Publicio de la acción no fue ese individuo llamado Publicio Maléolo que sufrió la condena de morir ahogado, dentro de un saco, por matricida. Por primera vez, en el año 101 antes de Jesucristo, se ejecutó en él dicha pena, "creada para tan horrendo delito".

b) *Códigos modernos*. La acción *publiciana*, con la función de proteger la posesión con justo título y buena fe, se conserva en la Edad Media y en los tiempos posteriores hasta la aparición de los Códigos modernos. Muchos de éstos no la consagran expresamente (francés, español, italiano) y los autores discuten si dentro de sus legislaciones puede aceptarse su existencia, sea autónoma o confundida con la reivindicación en una sola acción.

c) *Código Civil chileno*. En el Código Civil chileno la *publiciana*, aunque sin esta denominación, está considerada formalmente en el artículo 894, que dice:

"Se concede la misma acción (o sea, la reivindicatoria), aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.

Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho."

d) *Fundamento*. ¿En virtud de qué razones la ley ha establecido la acción *publiciana*? Equidad y presunción de dominio son los fundamentos en que ésta descansa. Es dictado de la equidad preferir en la posesión al que ostenta un mejor derecho a la misma, y una posesión avalorada por el justo título y la buena fe, se erige en una presunción de dominio de gran fuerza.

e) *Supuestos de la acción publiciana del Código chileno*. Son tres:

1° Haber perdido la posesión de la cosa;

2° La posesión perdida debe ser regular, es decir, proceder de justo título y haberse adquirido de buena fe, mediando también la tradición si el título es traslativo de dominio (art. 702), y

3° Haberse hallado en el caso de poder ganar la cosa por prescripción.

¿Cuándo se puede decir que se ha estado en este caso? En el Código Civil chileno -sostienen algunos-, cuando ha transcurrido el plazo íntegro de prescripción y ésta todavía no se ha alegado ni, por consiguiente, declarado judicialmente; mientras el poseedor no completa ese plazo, no puede valerse de la *publiciana*, pues si otro se apodera antes de la cosa, se produce la interrupción natural de la prescripción y la consecuente pérdida de todo el tiempo corrido con anterioridad: el poseedor deja de estar en vías de usucapir.

A juicio de otros, el transcurso del plazo íntegro de prescripción no es necesario para hacer valer la *publiciana* del Código chileno. Y ello por las razones siguientes:

1) La historia de la ley. Según anotaciones del señor Bello al Proyecto de 1853, la fuente del artículo 894 es la legislación romana,¹⁶ y ésta concedía justamente la *publiciana* al poseedor de justo título y buena fe que no había cumplido el plazo para usucapir.

2) La letra del precepto legal concede la *publiciana*, no al que se hallaba en el caso de poder alegar la prescripción, sino al que estaba en vías de ganar la cosa por dicho modo de adquirir, y es indudable que en ese camino se encontraba el poseedor que sólo tenía algún tiempo de posesión.

¹⁶ *Digesto*, libro VI, título 2, "De *publiciana in rem actione*", ley 1ª, párrafo 1; ley 2ª, ley 12, párrafo 1.

En la fórmula procesal romana se decía al juez que juzgara como si hubiera transcurrido el tiempo necesario para usucapir: "Sé Juez. Si Aulo Agerio hubiese poseído durante un año el esclavo que compró y le fue entregado, y si por tanto este esclavo de que se trata le hubiese pertenecido por derecho quirritario, etc." (Gayo, *Instituta*, libro IV, título III, párrafo 36).

3) La falta de necesidad de la publiciana cuando se ha completado el plazo de prescripción: si ha transcurrido todo el plazo, el poseedor tiene la acción reivindicatoria, pues alegará la prescripción como fundamento de su dominio. Y así lo hacía presente ya en el siglo II de nuestra era el jurisconsulto Ulpiano en uno de los textos que cita Bello. Expresa Ulpiano que "con razón dice el pretor, *aún no usucapido*, porque si usucapió, tiene la acción civil, y no hay necesidad de la honoraria" (*Digesto*, libro 6º, título 2º, ley 1, párrafo 1).

4) La negación de la publiciana contra el demandado de igual o mejor derecho que el poseedor demandante. La circunstancia de que se preceptúe que la publiciana no vale ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho (art. 894, inc. 2º), demuestra que no se requiere el cumplimiento de todo el plazo de prescripción; si fuera lo contrario, la hipótesis del verdadero dueño jamás podría ocurrir, pues, cumplido el plazo y alegada la prescripción por el prescribiente, éste sería el único dueño, y menos podría presentarse el caso del que posee con igual o mejor derecho.

En fin, el argumento de la tesis contraria, de que el apoderamiento de la cosa por un tercero antes que el poseedor cumpla todo el plazo de prescripción produce la interrupción natural de ésta y la consiguiente pérdida de todo el tiempo corrido con anterioridad, dejando al poseedor de estar en vías de usucapir, no tiene valor alguno, pues la ley dice que si se recobra legalmente la posesión no se entiende haber habido interrupción para el desposeído (art. 2502, inc. final). Podría decirse, todavía, que la ley no considera el que el poseedor que perdió la posesión *se halle* en el caso de poder ganar la cosa por prescripción, sino que se refiere al poseedor que *se hallaba* en este caso, es decir, al que lo estaba en el momento de perder la posesión.

Debe concluirse, por tanto, que para hacer valer la acción publiciana que consagra el artículo 894 del Código Civil no hay necesidad del transcurso de todo el plazo de prescripción; cualquier tiempo de posesión regular basta.

f) *La publiciana sólo puede hacerse valer contra un poseedor de condición inferior a la del demandante.* La acción publiciana no tiene una eficacia general, no permite al demandante que perdió su posesión regular triunfar contra cualquier otro poseedor, sino sólo contra aquellos que tienen, como poseedores, una condición inferior, un derecho a poseer más débil: la acción publiciana no vale ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho (art. 894, inc. 2º).

Se explica que no valga contra el verdadero dueño: aunque el demandante poseedor regular no hubiera perdido la posesión, habría tenido que devolver la cosa una vez probado el dominio; frente al dueño, el poseedor no puede pretender le sea entregada la cosa. La acción publiciana, como decían los romanos, no se introdujo para quitarle al dueño o señor lo que es suyo.

Tampoco puede operar la publiciana contra el que posee con igual derecho que el demandante poseedor regular que perdió la posesión, porque en igualdad de causa prevalece la posesión actual: *in pari causa potior causa posses-*

oris. Y si el actual poseedor tiene mejor derecho que el poseedor regular que perdió la posesión, se comprende que con mayor razón este último no podrá esgrimir la acción publiciana contra aquél.

g) *Diferencias entre las acciones reivindicatoria y publiciana.* El que entable la acción reivindicatoria propiamente tal debe probar el dominio, mientras que el demandante de la publiciana sólo debe acreditar haber adquirido una posesión regular hábil para ganar la cosa por prescripción. Hay otra diferencia relacionada con la eficacia de una y otra acción: la reivindicatoria puede ejercitarse contra cualquier poseedor; la publiciana sólo contra los terceros cuya posesión es de algún modo inferior a la que sirve de base al demandante.

h) *Utilidad de la acción publiciana.* La acción publiciana resulta útil no sólo para defender directamente la posesión regular de la cosa, sino indirectamente el dominio. Sabido es que la prueba de éste es muy difícil en muchos casos; entonces, el propietario, ejerciendo la acción publiciana, puede aliviar su carga probatoria, limitándose a invocar y demostrar su mejor derecho a poseer frente al adversario. De esta manera logra el mismo efecto práctico que con la acción reivindicatoria: la devolución de la cosa.

Los tribunales chilenos, considerando fines prácticos, han estimado que el actor que hace uso de la acción reivindicatoria debe estimarse que implícitamente invoca también la acción publiciana si no logra probar su dominio sobre la cosa reclamada, pero sí el mejor derecho a poseer que el contendor.^{16a}

1.210. EL ACTOR NO DEBE POSEER LA COSA PARA PODER ENTABLAR LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. Por definición, la acción reivindicatoria es la que tiene el dueño de una cosa singular, *de que no está en posesión*, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (art. 889). Siendo el fin de la reivindicación obtener la posesión, mal se puede reclamar ésta si se tiene y conserva.

El dueño puede no estar en posesión de la cosa que le pertenece por haberla *perdido o por no haberla adquirido todavía*. Ejemplo de este último caso sería el del heredero que hereda una cosa de propiedad del causante, pero que en vida de éste poseía un tercero que continúa en la posesión después de la muerte de aquél.

Reivindicación de un inmueble inscrito. a) Los que parten de la base que la posesión de un inmueble inscrito se conserva mientras no se cancele la inscripción, concluyen que si un tercero se apodera materialmente del predio, este último no adquiere la posesión ni pone fin a la existente y, por lo mismo, el dueño del inmueble no puede entablar acción reivindicatoria contra el usurpador: aquél no cumple con el requisito de estar desposeído de la cosa.

^{16a} Corte de Concepción, 7 de abril de 1885, *Gaceta de los Tribunales*, año 1885, N° 566, pág. 327; Corte Suprema, 9 de mayo de 1950, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVII, sec. 1ª, pág. 169 (considerando 6º).

¿Qué medio debe emplear, entonces, el dueño poseedor inscrito para recuperar la tenencia de la cosa? La acción de precario, responden los que sustentan la doctrina de que la inscripción por sí sola representa la posesión. Llámase precario la detención de una cosa ajena, singular y determinada, que se ejerce sin previo contrato, y por ignorancia o mera tolerancia del dueño (art. 2195, inc. 2º). Este último también podría entablar, si cabe, la acción posesoria de restablecimiento —que más adelante estudiaremos— y la acción criminal de usurpación del artículo 457 del Código Penal.

b) Los que dicen que la inscripción exigida para adquirir la posesión de los derechos reales sujetos al régimen de la posesión inscrita no basta, por sí sola, para dar dicha posesión si no va acompañada de la tenencia con ánimo de señor o dueño, concluyen que el dueño del inmueble inscrito, pero sin tenencia material de éste, podría entablar la acción reivindicatoria contra el que lo poseyera, pues el dueño no tendría la posesión por faltarle uno de sus elementos: la tenencia.

Hay fallos en el sentido de que el dueño y poseedor inscrito de un bien raíz está legitimado para ejercitar la acción reivindicatoria en contra de quien detenta su posesión material.^{16.b}

c) Por fin, algunos,¹⁷ acompañados por un viejo fallo de la Corte Suprema,¹⁸ sostiene que el demandante podría asilarse en el artículo 915. Dice éste que las reglas del Título "De la reivindicación" se aplican contra el que poseyendo a nombre ajeno retiene indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor. Sin embargo, la disposición no parece comprender el caso, porque ella parte del supuesto de que el demandado es un mero tenedor, un "poseedor a nombre ajeno", según la criticada terminología del Código, y el poseedor material del inmueble inscrito será lo que se quiera, menos un "poseedor a nombre ajeno" o mero tenedor.

4. PRUEBA DEL DOMINIO

1.211. SUJETO SOBRE EL CUAL RECAE LA CARGA DE LA PRUEBA. En general, el demandante debe probar los supuestos de la acción que entabla y el demandado los de la excepción que hace valer. Por tanto, corresponde al reivindicador demostrar los supuestos de la acción reivindicatoria.

1.212. PRINCIPALES PUNTOS QUE DEBE PROBAR EL REIVINDICADOR. a) *El dominio*. El reivindicador debe probar su derecho de dominio sobre la cosa que pide le sea

^{16.b} Corte Suprema, 21 de septiembre de 1955, *R. de D. y J.*, tomo LIII, sec. 1ª, pág. 296, y 7 de mayo de 1961, *R. de D. y J.*, tomo LVIII, sec. 1ª, pág. 23.

¹⁷ CLARO SOLAR, ob. cit., tomo IX, N° 1.805, pág. 459.

¹⁸ Sentencia de 29 de octubre de 1910, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VII, sec. 1ª, pág. 359.

restituida,¹⁹ como quiera que ese derecho es el primer supuesto de la acción reivindicatoria y, además, el demandado poseedor tiene a su favor la presunción de ser propietario mientras otra persona no justifica serlo (art. 700, inc. 2º). Y aunque el demandado no alegue dominio, el actor debe probar su derecho, pues aquella circunstancia, por sí sola, no significa que el actor sea dueño.²⁰

Juicio en que el Fisco reivindica tierras que carecen de otro dueño. Según el Código, son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (art. 590).

Todos están de acuerdo en que cuando el Fisco reivindica esas tierras no necesita para probar su dominio sobre ellas sino invocar la ley (art. 590) que le da la propiedad originaria sobre tales inmuebles. Pero la discrepancia se produce en cuanto al supuesto de la norma legal, esto es, la carencia de otro dueño.

α) Algunos sostienen que el Fisco carga con la prueba de este punto, porque toca al actor, conforme a los principios, probar los supuestos de su acción. Y a este efecto el Fisco podría presentar como prueba de que esas tierras carecen de otro dueño presunciones que derivan de actos o hechos emanados del mismo demandante, del demandado o de otras circunstancias: arrendamiento de esas tierras por el Fisco en favor de un particular (lo que equivale a afirmar que el Fisco ejecutó actos de propietario, pues lo normal y corriente es que las cosas se den en arrendamiento por su dueño); inexistencia de actos posesorios anteriores a la posesión del demandado (lo que hace presumir que las tierras carecían de otro dueño, pues lo ordinario es que se ejecuten actos de posesión sobre las cosas que se tienen en dominio); reconocimiento en alguna forma por parte del demandado del dominio del Fisco; falta de inscripción del predio en el Registro del Conservador de Bienes Raíces respectivo; el no pago de impuestos, etc.²¹

β) La Corte Suprema resuelve que cuando el Fisco reivindica tierras situadas dentro de los límites territoriales, alegando que carecen de otro dueño, la prueba del dominio corresponde exclusivamente al demandado, porque el Fisco demandante hace valer en su favor un derecho de propiedad reconocido en la ley del cual no puede ser separado mientras no se establezca otro posteriormente constituido.²²

Pero estas palabras, si se ponderan estrictamente a la luz de los principios, no explican ni justifican por qué el Fisco cuando reivindica las tierras a que se refiere el artículo 590 escapa a la regla de que corresponde al actor probar todos los supuestos de su acción, haciéndose recaer la prueba del dominio sobre el demandado, y dejándose sin explicación la norma de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo (art. 700, inc. 2º).

¹⁹ Corte Suprema, 9 de mayo de 1917, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIV, sec. 1ª, pág. 563; Corte Suprema, 18 de abril de 1932, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXIX, sec. 1ª, pág. 393, etc.

²⁰ Corte de Talca, 21 de junio de 1915, *Gaceta de los Tribunales*, año 1915, 1º semestre, N° 329, pág. 801.

²¹ J. PABLO VERGARA, *La reivindicación, Legitimación activa y legitimación pasiva de esta acción*, memoria de prueba, inédita, Santiago, 1955, N° 25 y siguientes, págs. 50 y siguientes de los originales mecanografiados.

²² Sentencia de 29 de diciembre de 1928, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVII, sec. 1ª, pág. 117.

Realmente, en estricto derecho, la excepción no puede justificarse; pero la equidad y el buen sentido concurren a apoyarla. En efecto, si bien no toda prueba negativa es difícil, no hay duda de que lo es sumamente la dirigida a demostrar que una cosa raíz no pertenece a nadie. Ahora bien, por una parte, es lógico —como lo proclama una tendencia— mitigar el rigorismo de los principios tratándose de las pruebas muy difíciles (*difficilloris probationis*), y, por otra, es incuestionable que para el demandado resulta mucho más fácil en el caso en análisis probar su dominio, que para el demandante demostrar que las mentadas tierras no pertenecen a nadie; y si a esto se agrega la presunción de seriedad que se reconoce a las demandas judiciales del Estado, forzoso es concluir que no es inequitativo ni arbitrario trasladar la carga de la prueba al poseedor demandado. Hoy la positiva hace recaer la prueba sobre el demandado. El Decreto ley N° 1.939, de 1977, sobre adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado preceptúa que todo ocupante de bienes raíces fiscales (y no sólo de las tierras que carecen de otro dueño), si no demuestra poseerlos en virtud de autorización, concesión o contrato originados conforme a las leyes, se reputa ocupante ilegal y en su contra podrán ejercitarse las acciones posesorias del Título III del Libro IV del C. de Procedimiento Civil, sin que el Fisco necesite acreditar que ha estado en posesión del derecho en que pretende ser amparado (art. 19, incisos 2° y 3°).

Si se trata de un juicio reivindicatorio en que el Fisco alega que las tierras que reclama carecen de otro dueño, le bastará invocar como título de dominio la ley y a la parte contraria le incumbirá destruir, si puede, la pretensión; pero si el Fisco reivindica otros bienes, como un edificio, lógicamente deberá probar su dominio con el título que corresponda, por ejemplo con un contrato de compraventa inscrito en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

b) *Posesión de la cosa por el demandado.* Supuesto de la acción reivindicatoria o de dominio es la privación de la posesión que sufre el dueño por tenerla otro; en consecuencia, el reivindicador está en la necesidad de probar que el demandado es el actual poseedor de la cosa que pretende reivindicar.²³ Es indiferente que el poseedor sea regular o irregular: uno y otro son poseedores.²⁴

Pero el reivindicador está exento de la carga de la prueba negativa de que el demandado no ha adquirido la cosa por prescripción, porque ninguna norma establece la presunción legal de que el poseedor se reputa adquirente del dominio por prescripción.²⁵

Sabido es que se encuentran dispensados de prueba los hechos confesados y los admitidos.²⁶ Por tanto, el reivindicador puede ahorrarse el esfuerzo probato-

²³ Corte de Valparaíso, 25 de agosto de 1916, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIV, sec. 1ª, pág. 563 (C. 2ª, primera instancia, pág. 564); Corte de Talca, 12 de enero de 1924, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXIII, sec. 1ª, pág. 471 (C. 9ª, pág. 474).

²⁴ Corte Suprema, 29 de julio de 1925, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXIII, sec. 1ª, pág. 642; 28 de mayo de 1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XI, sec. 1ª, pág. 32.

²⁵ Corte Suprema, 19 de agosto de 1946, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIV, sec. 1ª, pág. 76.

²⁶ Código de Procedimiento Civil, artículo 318; RAFAEL DE PINA, *Tratado de las pruebas civiles*, México, 1942, pág. 124.

rio en cuanto a que la posesión de la cosa la tiene el demandado, si este último acepta o reconoce, expresa o tácitamente, ser poseedor. Sin embargo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción²⁷ parece no estimarlo así, en contra del bien fundado voto del Presidente del Tribunal.²⁸

c) *Identificación de la cosa reivindicada.* El actor debe determinar e identificar la cosa que pretende reivindicar, es decir, demostrar que ella es la misma que el demandado posee,²⁹ porque precisamente la posesión de esta cosa determinada es la que funda la legitimación pasiva del demandado, y el desposeimiento de la misma, la legitimación activa del demandante.

1.213. *CÓMO SE PRUEBA EL DOMINIO; DISTINCIÓN.* Probar la existencia del derecho de dominio lleva envuelta la necesidad de establecer cómo se ha adquirido. Y a este respecto hay que distinguir entre el dominio que proviene de un modo originario y el que proviene de un modo derivativo; es más fácil la prueba de aquél.

1.214. *A. PRUEBA DE LAS VÍAS ORIGINARIAS.* Los modos originarios de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión y la prescripción.

El dominio adquirido por *ocupación* se prueba estableciendo que hubo aprehensión de una cosa mueble que no pertenecía a nadie, con ánimo de hacerla propia; el adquirido por *accesión* se prueba demostrando que la cosa sobre la cual se alega dominio es producto de otra, que se tiene en propiedad o que se ha juntado a ésta bajo la concurrencia de supuestos que hacen que la cosa agregada quede bajo el dominio del sujeto que es dueño de la cosa principal, el reivindicador. Finalmente, el dominio adquirido por *prescripción* sólo exige al actor probar que ha poseído ininterrumpidamente la cosa por sí mismo o con ayuda de sus antecesores (unión de posesiones) durante el tiempo necesario para prescribir.

Los supuestos de los modos originarios de adquirir la propiedad son simples hechos; en consecuencia, pueden acreditarse por todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluso el de testigos. Las restricciones establecidas por el Código a la prueba testifical se refieren únicamente a las obligaciones que nacen de los actos y declaraciones de voluntad, según lo demuestran la letra, el sentido y el espíritu de las normas pertinentes (arts. 1708 y 1711).³⁰

²⁷ Sentencia de 13 de julio de 1948, *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, año XVII, pág. 231.

²⁸ Don EMILIO POBLETE POBLETE.

²⁹ Corte Suprema, 27 de noviembre de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXV, sec. 1ª, pág. 216; 9 de noviembre de 1939, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVII, sec. 1ª, pág. 427; 9 de junio de 1945, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIII, sec. 1ª, pág. 535; etc.

³⁰ Corte Suprema, 9 de enero de 1906, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo III, sec. 1ª, pág. 320; 7 de diciembre de 1910, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo IX, sec. 1ª, pág. 117; 25 de mayo de 1916, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIV, sec. 1ª, pág. 1.

1.215. B. PRUEBA DE LAS VÍAS DERIVATIVAS. En tanto los modos originarios confieren por sí mismos el dominio, los derivativos, por virtud del riguroso principio de que ningún sujeto puede transferir más derechos que tiene, condicionan o subordinan la existencia del dominio del adquirente a la del de su causante. En consecuencia, la prueba del dominio adquirido derivativamente supone demostrar no sólo la adquisición válida del actual titular, sino también el derecho del causante que se lo transfirió o transmitió, y el del causante de este causante hasta llegar al antecesor que adquirió el dominio por un modo originario. Alcanzar hasta el dueño jurídicamente irreprochable es, por lo general, tarea larga, difícil y ardua, si no imposible; tan complicada es la prueba a través de la escala de los sucesivos titulares, que desde la Edad Media se la llama *probatio diabolica*, frase de justa retórica que puso en boga el glosador florentino Accursio (1182-1260).

Si, como casi siempre sucede, no se puede remontar toda la escala hasta el antecesor que adquirió la cosa por un indiscutible modo originario, no queda sino probar el dominio por la prescripción o las presunciones judiciales.

a) *Prueba por la prescripción del dominio adquirido derivativamente.* Cuando se alega la adquisición del dominio por tradición o por sucesión por causa de muerte, la prueba completa de ese derecho forzaría a demostrar que el actual titular lo tiene legalmente y que también lo tenían todos sus antecesores en la propiedad; bastaría que una cualquiera de esas personas, aun el causante más remoto, no hubiera sido dueño, para que tampoco lo fuera el último y más nuevo de los adquirentes: la escala se desmoronaría desde arriba hasta el último peldaño. Pero el derecho no puede vivir de la imaginación jurídica y exigir una demostración perfecta de punta a punta; amoldándose a la realidad factible, se contenta con una prueba que abarque sólo los límites de la prescripción, ordinaria o extraordinaria. Si se prueba que se ha poseído, por sí mismo o por sus causantes, durante el tiempo exigido para prescribir, se habrá demostrado en forma absoluta el derecho de dominio.

La prescripción mitiga enormemente el esfuerzo probatorio: evita la comprobación de la existencia del dominio en los causantes anteriores a la iniciación del plazo prescriptivo que se toma por base.

Cuando la prescripción se invoca por un sujeto que legítimamente ha adquirido el dominio por modos derivativos, en realidad actúa como *medio de prueba* y no como modo de adquirir; este último papel lo desempeña la tradición o la sucesión por causa de muerte, según los casos. La prescripción cumple su función adquisitiva sólo cuando se aprovecha de ella un usurpador para convertirse en dueño. Con razón dice Jossierand que la llamada prescripción adquisitiva no hace adquirir la propiedad más que por accidente, cuando hace propietario a un *non dominus*; "su papel esencial más honorable, el único honorable, es el de permitir la prueba de la propiedad que, gracias a la prescripción, escapa a reivindicaciones lejanas e imprevisibles".³¹

³¹ Derecho Civil, revisado y completado por ANDRÉ BRUN, tomo I, vol. III. Buenos Aires, 1952, N° 1.570, pág. 179.

b) *Prueba por las presunciones judiciales del dominio adquirido derivativamente.* Por diversas razones puede suceder que el demandante no esté en condiciones de invocar la prueba absoluta de la prescripción. Así, puede no haberse cumplido ésta por interrupciones o suspensiones; es posible que los títulos no sean claros y precisos, defectos que impiden encadenar las diversas transferencias y transmisiones y, por ende, la continuidad de la posesión inscrita, en el caso de los inmuebles; en fin, la perturbación para la prueba del dominio de esta clase de bienes puede tener su causa en la doble cadena de inscripciones que hace posible el imperfecto sistema chileno de la posesión inscrita, y que trae por resultado el que un inmueble aparezca inscrito a nombre de dos personas diferentes.

El Código Civil chileno, aparte de la prescripción adquisitiva, no contiene disposiciones especiales sobre la prueba del dominio. ¿Cómo acreditar entonces este derecho cuando la prescripción no puede hacerse valer? La doctrina y la jurisprudencia de los países en que surge este problema tienden a admitir la prueba del dominio por *presunciones judiciales*. ¿Puede destruirse por esta especie de presunciones la legal de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo? (art. 700, inc. 2°). Sí, porque toda presunción simplemente legal puede desvanecerse con otra prueba, a menos que ésta sea expresamente rechazada por la ley (art. 47, inc. 3°). Ahora bien, por una parte la misma ley permite que se justifique que el poseedor no es dueño, y, por otra, no hay ningún precepto que consagre en esta materia la repugnancia de la presunción judicial.

Las presunciones se deducen de los títulos de dominio, de las respectivas y sucesivas posesiones de los contendores y de otros indicios materiales. Confrontando dichos antecedentes, alegados por las partes, los jueces hacen inclinar la balanza en favor de la parte que establezca una presunción más fuerte, una probabilidad mejor de corresponderle el dominio. A falta de la prueba absoluta de la prescripción, los tribunales de justicia se contentan con una prueba relativa, la que hace más verosímil la pretensión de una de las partes.

No debe perderse de vista, en la inteligencia de estas ideas, que la cuestión que se plantea es la de la prueba del derecho, y no la de la regularidad de la transferencia. De ahí que en esta materia se entiende por *título* todo acto jurídico que hace verosímil la pretensión dominical, que induce a suponer dueño a determinada persona. Y por eso, para los efectos de la prueba del dominio, el título no necesita ser forzosamente traslativo; títulos que no tienen este carácter, como las sentencias, las transacciones y las particiones, sirven también para administrar dicha prueba.

La jurisprudencia de otros países, en particular la francesa, ha moldeado diversas presunciones del dominio para resolver todas las hipótesis que pueden presentarse, y las aplica como verdaderas leyes en los conflictos que surgen. Así, por ejemplo, estatuye que cuando el reivindicador de un inmueble hace valer un título y el poseedor no opone ninguno, aquél se presume dueño si su título es anterior en fecha al comienzo de la posesión del demandado. El razonamiento que conduce a esta solución se sintetiza así: es de suponer que el día en que se confirió el título, la posesión estaba en manos del tradente, pues

lo normal es que se venda un bien de que se está en posesión, y el que posee y vende es ordinariamente dueño; por tanto, lo más probable es que después la posesión haya sido arrebatada al adquirente por un usurpador y viniera a parar de este modo en el poseedor demandado.

Nuestros tribunales no han plasmado ninguna doctrina general sobre las presunciones del dominio, de manera que en cada caso la solución no está "prefabricada" y hay que construirla paso a paso y caminando con pies de plomo. La ausencia de líneas directrices hace que, muchas veces, en casos semejantes se apliquen criterios disímiles. Tal circunstancia obsta a cualquier exposición sistemática de algún valor sobre el pensamiento de la jurisprudencia nacional.

1.216. CONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA SOBRE LAS PRESUNCIONES DE DOMINIO INMOBILIARIO. a) *Ninguna de las partes invoca títulos*, sino su respectiva y sucesiva posesión: triunfa el demandante, el poseedor anterior, si la posesión actual del demandado carece de una justificación seria, es decir, si la posesión antigua del reivindicante es más caracterizada, capaz de hacer nacer una presunción más fuerte de dominio que la del demandado. En caso contrario, la reivindicación será rechazada, tanto más cuanto que al poseedor actual lo favorece el adagio "en igualdad de causa es mejor la del que posee" (*in pari causa melior est causa possidentis*). Diversos hechos pueden demostrar la superioridad o mejor caracterización de una posesión sobre otra: la posesión pública, pacífica, la inscripción en el catastro o lista fiscal de las propiedades existentes. El catastro, aunque no tiene por fin servir de prueba civil, es indicio de una posesión seria.

b) *Una de las partes tiene el título*. Si es el demandado el que suministra el título, resulta obvio que será rechazada la pretensión no justificada del actor. Por el contrario, si es este último el que exhibe título y el demandado no invoca sino el hecho de su posesión, hay que distinguir:

1) El título del demandante, sea que provenga de su propio autor o de autores precedentes, es *anterior* en fecha al comienzo de la posesión del demandado: gana el juicio el demandante, porque el título de la adquisición hace presumir que al momento en que ésta ha sido perfeccionada, correspondía a una posesión seria del enajenante; pues lo normal y corriente es que el que vende un bien lo posea, y el que posee y vende ordinariamente es el dueño. Todo esto siempre que no se produzca una prueba en contrario; la presunción que hace nacer la existencia del título en el sentido de que era poseedor el que lo otorgó, se viene al suelo si el demandado demuestra que ese título no correspondía realmente a una posesión anterior.

2) El título del demandante, sea que provenga de su propio causante o de otro más remoto, es de fecha *posterior* a la del comienzo de la posesión del demandado: triunfa éste, porque no se concibe, normalmente, que un dueño deje poseer sin razón a un tercero y venda el bien sin poseerlo; lo más probable, entonces, es que la posesión del último haya estado basada en algún derecho.

c) *Las dos partes presentan títulos*. Hay que distinguir si los títulos emanan o no del mismo autor.

1) Si los títulos invocados por una y otra parte arrancan de *un mismo causante*, la cuestión no es de prueba, sino de transferencia o transmisión del derecho, y, conforme a la legislación francesa, el conflicto se resuelve de acuerdo con las reglas de la transcripción. Según el Derecho chileno, cuando demandante y demandado hacen valer títulos de propiedad que emanan de un mismo causante, el dominio se considera adquirido por aquella parte a quien primero se haya hecho la tradición, y si ésta no ha tenido lugar, el título más antiguo prevalece (C. Civil, art. 1817).

2) Si los títulos presentados por una y otra parte emanan de *autores diferentes*, la fecha de los títulos respectivos no cuenta, porque nada dice que el causante que otorgó el título más antiguo haya sido el verdadero dueño; las presunciones que pueden inferirse de los títulos en combate se neutralizan, pues son de igual valor. El juez debe decidirse en este caso por el demandado, a quien favorece la posesión, a menos que el demandante también invoque su posesión anterior, pues entonces la pugna se produce entre las respectivas posesiones y hay que acudir a la solución del conflicto entre éstas, enunciado en la letra a). Cada una de las partes puede invocar no sólo su propia posesión, sino también la de los respectivos autores.

Alcance y consideración de los títulos. Desde luego, la jurisprudencia francesa, como lo haría cualquiera otra, no considera título para estos efectos al acto que emana de la misma parte que lo hace valer, pues nadie puede proporcionarse un título a sí mismo. Ejemplo: una escritura que el reivindicador presenta y en la que él mismo o la persona a quien sucede declara que es suya la propiedad.

En segundo lugar, para considerar los títulos como presunciones de dominio no es necesario que en ellos haya intervenido la parte contraria. Esta no podría rechazarlos aduciendo que como ella no contribuyó a generarlos, es un tercero y, por tanto, está, como extraño, a salvo de sus efectos. El argumento no es aceptable: porque el acto o contrato que constituye el título no se aduce en estos casos como la prueba de una relación jurídica entre demandante y demandado, sino como un hecho, un indicio, que permite establecer una presunción, y el indicio puede surgir de cualquier acto, aun del que emane de extraños a la persona en contra de la cual se vuelve.

La construcción de la jurisprudencia francesa sobre la prueba del dominio de los inmuebles, particularmente el catálogo de las presunciones, no puede aplicarse en forma literal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, dado el diferente sistema de transferencias de los derechos reales; pero puede servir de pauta orientadora, con las adaptaciones o rectificaciones adecuadas.

1.217. LA PRUEBA TESTIFICAL Y EL DOMINIO. Los testigos no pueden acreditar el dominio, no pueden certificar que una persona es dueña, porque ese derecho es un concepto jurídico que sólo puede ser apreciado por el juez.³² Pero tanto

³² Corte de Talca, 10 de enero de 1922, *Gaceta de los Tribunales*, año 1922, 1^{er} semestre, N° 164, pág. 641.

la posesión como el dominio se traducen en hechos materiales y visibles; estos hechos hacen suponer la calidad de dueño en quien los realiza, y nada se opone a que puedan ser probados por testigos, pues este medio probatorio se rechaza sólo respecto de obligaciones que hayan debido consignarse por escrito (art. 1708), y los hechos que traducen el dominio, en cuanto tales, no tienen ese carácter.³³

Si una persona se ve en la necesidad de probar que era dueño la persona que le transfirió el dominio, perfectamente podría recurrir a los testigos para demostrar que su causante ejecutaba hechos a que faculta el dominio: venta de productos de la tierra que se le transfirió, arrendamiento de ésta, construcción a su costa de canales y otras obras, etc. El juez, de la prueba testifical sobre estos hechos, puede deducir la presunción de que el causante era dueño; porque lo normal y corriente es que arriende un predio, venda los productos de éste, haga en el mismo construcciones, la persona que es su dueño.

1.218. EXCEPCIONES QUE PUEDE Oponer EL DEMANDADO DE REIVINDICACIÓN. El demandado de reivindicación puede detener la acción reivindicatoria con muy diversas excepciones: falta de legitimación activa por parte del actor; falta de prueba del derecho de dominio, o de la identidad de la cosa reivindicada; la prescripción adquisitiva operada en favor del demandado o de sus autores; la garantía o saneamiento de evicción, la cosa juzgada.

Evicción es la privación o desposeimiento que, por sentencia judicial y en virtud de una causa anterior a la compra, sufre el comprador de todo o parte de la cosa comprada (art. 1838 y 1839). El vendedor tiene la obligación de *saneamiento de evicción*, esto es, amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa y de indemnizarle los daños y perjuicios, si ese amparo no tiene buen éxito.

Ahora bien, se comprende que quien está obligado a sanear, a impedir que se produzca la evicción, mal puede emplear una acción dirigida justamente a producirla. En consecuencia, el comprador demandado por el vendedor o sus sucesores puede paralizar la reivindicación de éstos oponiéndoles la *excepción de garantía o de saneamiento de la evicción*. Y es lógico: resulta inconciliable con la obligación del vendedor y sus sucesores de defender al comprador de toda turbación, el ejercicio por parte de aquéllos de la acción reivindicatoria o de cualquiera otra dirigida a privar o perturbar al comprador en el dominio o posesión pacífica de la cosa.³⁴

El demandado de reivindicación, como hemos dicho, puede también oponer la excepción de *cosa juzgada* para que no se vuelva a discutir entre las

³³ Corte Suprema, 25 de mayo de 1916, *Gaceta de los Tribunales*, 1916, 1º semestre, N° 60, pág. 169, y *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIV, sec. 1ª, pág. 1.

³⁴ Corte Suprema, sentencias de 2 de septiembre de 1930, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 205; 21 de septiembre de 1933, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXI, sec. 1ª, pág. 29; 6 de diciembre de 1944, *Gaceta de los Tribunales*, año 1944, 2º semestre, N° 56, pág. 240; 11 de agosto de 1949, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, sec. 1ª, pág. 665.

mismas partes la cuestión que ha sido objeto de un fallo judicial anterior. Esta excepción, entre otros requisitos, exige principalmente que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya identidad de la causa de pedir, esto es, del fundamento inmediato del derecho deducido en juicio (C. de Procedimiento Civil, art. 177). Por tanto, la excepción de cosa juzgada no podrá oponerse a una reivindicación sino si ésta invoca el mismo modo de adquirir hecho valer en una reivindicación anteriormente rechazada. Así, por ejemplo, si en la primera reivindicación se dijo que se era dueño por haber adquirido la cosa por compraventa seguida de la correspondiente tradición, el demandado no podrá oponer la cosa juzgada si en la segunda reivindicación que le entabla la misma persona se expresa por ésta que la cosa se adquirió por sucesión por causa de muerte.

5. CONTRA QUIEN SE PUEDE REIVINDICAR

1219. ENUMERACIÓN. Por regla general, sólo el actual poseedor de la cosa puede ser el sujeto pasivo de la acción reivindicatoria; pero, en determinados casos, ésta procede contra el que fue poseedor y dejó de serlo. Todavía, según algunos, dicha acción también es posible hacerla valer contra el injusto detentador que nunca tuvo la calidad de poseedor.

1.220. a) EL ACTUAL POSEEDOR. Conforme al Código Civil, la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor (art. 889 y 895). Nada importa que éste sea regular o irregular, con o sin título, de buena o mala fe; la ley no distingue, porque cualquiera posesión de un tercero lesiona en la misma forma el derecho protegido, el dominio.

Determinación de la persona del poseedor. Puede suceder que el que tiene en su poder la cosa sea un mero tenedor y que el dueño ignore quién es el poseedor. La necesidad de determinar la persona de éste es obvia, pues contra el mero tenedor no puede entablarse la acción reivindicatoria. El dueño, entonces, está facultado para hacer comparecer al mero tenedor de la cosa que se reivindica, y éste tiene la obligación de declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene (art. 896).

La gestión se lleva a efecto por una *medida prejudicial*. Así se llaman las gestiones (judiciales) que sirven a las partes como medios para preparar su entrada al juicio. La ley procesal consagra especialmente una de estas medidas en favor del que se propone entablar la acción reivindicatoria para obligar al que tenga en su poder la cosa a declarar si es poseedor o mero tenedor. Si expone lo último, puede también obligársele a decir bajo juramento el nombre y residencia de la persona en cuyo nombre tiene la cosa, y a exhibir el título de su tenencia, y si expresa no tener título escrito, a declarar bajo juramento que carece de él. En caso de negativa para practicar cualquiera de las diligencias mencionadas, se le puede apremiar con multas, o arrestos hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal; sin perjuicio de

repetir la orden y el apercibimiento (C. de Procedimiento Civil, art. 282, en relación con el 274).

Poseedor ficto. Si el mero tenedor, o cualquier otro tercero, obrando con mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo, debe condenársele a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor (art. 897), como los gastos del proceso inútil seguido contra un sujeto no legitimado pasivamente, la pérdida del derecho de propiedad por no haber podido interrumpir la prescripción contra el verdadero poseedor, etc.

Coposeedores. La reivindicación de una cosa poseída por varios en común debe dirigirse contra todos los comuneros, ya que uno de éstos no representa a los demás.

Reivindicación contra los herederos del poseedor. La acción reivindicatoria, en cuanto persigue reintegrar al dueño en la posesión, debe dirigirse sólo contra el o los herederos que posean la cosa y por la parte que en ella posean (art. 899, primera parte), porque es ese hecho, y en la medida en que cada cual lo produce, el que da margen a la acción real de dominio. En cambio, de las prestaciones a que estaba obligado el poseedor fallecido por razón de los frutos o de los deterioros que le eran imputables, responden todos los herederos y en la proporción de sus cuotas hereditarias (art. 899, segunda parte), porque tales prestaciones constituyen obligaciones del difunto que se traspasan a los herederos: son deudas hereditarias que, conforme a las reglas generales, se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas en la herencia (art. 1354).

La norma que rige las relaciones entre el reivindicador y los herederos del poseedor difunto, nada tiene que ver con las relaciones "puertas adentro" de los herederos entre sí. Por tanto, si el heredero se ve en la necesidad de restituir al reivindicador la cosa que le fue adjudicada en la partición, tiene derecho a que sus coherederos le saneen la evicción a prorrata de sus cuotas hereditarias (art. 1345 y 1347), es decir, deben compensarle, en esa proporción, la privación del bien.

1.221. b) POSEEDOR QUE DEJÓ DE SERLO. También puede ejercerse la acción reivindicatoria contra el que habiendo sido poseedor ha dejado de serlo. Y a este respecto debe distinguirse entre el poseedor de buena y el de mala fe (art. 898 y 900).^{34a}

α) *Poseedor de buena fe.* Relacionando disposiciones legales (arts. 898 y 900, inc. 4º), pueden distinguirse dos hipótesis de la acción de dominio contra el poseedor de buena fe que dejó de poseer:

1) Poseedor de buena fe que durante el juicio se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa: queda sujeto a la norma del poseedor

^{34a} Véase JOSÉ PABLO VERGARA B., "Sujetos pasivos de la acción reivindicatoria. Casos contemplados en los artículos 898 y 900 del Código Civil", *Gaceta Jurídica* N° 83, año 1987, págs. 3 a 14.

de mala fe que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer (art. 900, inc. 4º), situación que se estudia más adelante.

2) Poseedor de buena fe que, antes de trabada la litis, en la creencia de que es suya la cosa, la enajena, haciéndose por esta causa imposible o difícil su persecución (ejemplo: enajenación de una cosa mueble a un desconocido): la acción de dominio procede contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella (art. 898, inc. 1º, primera parte). En consecuencia, si la enajenación no ha sido a título oneroso, esta acción de dominio no procede: si el poseedor de buena fe, creyendo que era suya la cosa, la donó, nada tiene que restituir por esta vía, que supone haber recibido algo por la cosa.

La acción de dominio contra el poseedor de buena fe que perdió la posesión de la cosa antes de trabada la litis, requiere tres supuestos, que a continuación se especifican:

a) Pérdida de la posesión por el poseedor a consecuencia de la enajenación que hizo, y no por otra causa (hurto, robo, usurpación).

b) Dificultad o imposibilidad de la persecución en otras manos. Por tanto, si el actor ha entablado acción reivindicatoria contra los actuales poseedores, adquirentes del primitivo que enajenó, no puede accionar también de reivindicación contra este último: la demanda contra aquéllos demuestra la inexistencia del obstáculo a que se refiere este supuesto.³⁵

c) La dificultad o imposibilidad de perseguir la cosa de sus actuales poseedores debe provenir de la enajenación del primitivo poseedor y no de otra causa, como la destrucción de la cosa por aquéllos.

Ha subrayado la Corte Suprema que no puede sostenerse que la acción del artículo 898 se contrae a los bienes muebles en razón de que la persecución de los inmuebles nunca tendrá el carácter de difícil o imposible. Semillante aseveración debe rechazarse. La acción procede respecto de ambas clases de bienes. Porque, desde luego, la ley no distingue entre unos y otros. Y, en seguida, porque la situación que contempla también puede darse respecto de los bienes raíces. Por ejemplo, cuando el demandado coadyuvó en la expropiación del predio, acto que por su naturaleza y objeto (dividir en lotes el terreno) hace imposible la recuperación del mismo por su legítimo dueño.^{35a}

Confirmación de la enajenación por el reivindicador. El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación (art. 898, inc. 2º). El dominio se entiende transferido al adquirente desde el momento de la tradición que hizo el enajenador (art. 682, inc. 2º, y 1819).

Extensión de la acción reivindicatoria al embargo de lo adeudado por el tercero al poseedor que enajenó la cosa. Cuando el tercero a quien el poseedor enajenó la cosa debe a éste todo o parte del precio, o la cosa que se obligó a permutar, el reivindicador que demanda al poseedor puede, para garantía de sus dere-

³⁵ Corte de Valparaíso, 16 de junio de 1914, *Gaceta de los Tribunales*, año 1914, 1º semestre, N° 192, pág. 485.

^{35a} Sentencia de 26 de diciembre de 1966, *R. de D. y J.*, tomo LXIII, sec. 1ª, pág. 340.

chos, pedir la retención o embargo, en manos del tercero, de lo que éste adeuda al enajenador demandado de reivindicación. Según el Código, esta petición es una *extensión de la acción reivindicatoria* a dicho embargo (art. 903); pero, como se ha observado, en el fondo se trata más bien de una medida precautoria de la misma acción.

β) *Poseedor de mala fe.* Contra el poseedor de buena fe que ha dejado de poseer sólo tiene lugar la acción de dominio cuando ha enajenado la cosa y por esta enajenación se ha hecho imposible o difícil su persecución. En cambio, contra el que posea de mala fe la acción de dominio procede cuando ha dejado de poseer por culpa o por cualquier hecho suyo (enajenación, destrucción, pérdida, abandono de la cosa), sin que importe, además, la existencia o inexistencia de obstáculos para perseguir la cosa. Por otra parte, contra el poseedor de buena fe la acción se intenta para que restituya al reivindicador lo recibido por la cosa; contra el poseedor de mala fe la acción se dirige *como si actualmente poseyese* (art. 900, inc. 1°), es decir, se le demanda la restitución de la cosa misma, con todos sus accesorios, frutos y demás prestaciones por deterioros de ésta.

En consecuencia, si el poseedor de mala fe es vencido en el juicio, deberá recuperar la cosa para restituirla al reivindicador, y si no lo puede lograr, deberá pagarle el valor de ella, además de las prestaciones antedichas, que en todo caso debe cumplir. Si el poseedor enajenó a sabiendas de que era ajena la cosa, y por la enajenación la persecución de ésta se ha hecho imposible o difícil, deberá indemnizar al reivindicador de *todo perjuicio* (art. 898, inc. 1°).³⁶

Efectos del pago del valor de la cosa. Si el poseedor de mala fe que dejó de poseer por hecho o culpa suya paga el valor de la cosa y el reivindicador lo acepta, aquél sucede a éste en los derechos sobre la cosa (art. 900, inc. 3°). Por tanto, si el poseedor había enajenado la cosa a un tercero, esos derechos se entienden transferidos al adquirente desde el momento de la tradición (art. 682, inc. 2°, y 1819); pero el reivindicador no es obligado al saneamiento (art. 900, inc. final). Queda sancionado así el poseedor de mala fe que enajenó la cosa, pues él solo y nadie más deberá responder del saneamiento de ésta a su comprador.

Derechos y obligaciones del poseedor de mala fe que por hecho o culpa suya dejó de poseer. El poseedor de mala fe, de cualquier modo que haya dejado de poseer por hecho o culpa suya (enajenando, destruyendo, abandonando la cosa, etc.), y *aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor*, respecto del tiempo que la cosa ha estado en su poder tiene las obligaciones y derechos que según el Título "De la reivindicación" corresponden a los poseedores de mala fe en razón de frutos, deterioros y expensas (art. 900, inc. 2°).

³⁶ El poseedor que adquirió la posesión con justo título y buena fe, si más tarde pierde esta última, continúa siendo poseedor regular, pero se transforma en poseedor de mala fe, según se desprende del artículo 702, inciso 2°. Es el caso del poseedor con buena fe inicial y que después, al llegar a saber que es ajena la cosa, la transfiere a un tercero.

Aplicación de las normas del poseedor de mala fe al de buena fe que durante el juicio se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa. Todas las reglas sobre el poseedor de mala fe rigen a éste sin consideración a la fecha en que ha dejado de poseer; su estatuto es el mismo antes de iniciarse el juicio reivindicatorio o durante él. Pero las normas del poseedor de mala fe se aplican al de buena fe que durante el juicio se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa (art. 900, inc. 4°). Y la solución es lógica: el poseedor de buena fe, advertido por un proceso que sus derechos se le discuten, no puede ya conservar la convicción de la legalidad de su adquisición; cesa de estar de buena fe.

1.222. NATURALEZA DE LA ACCIÓN POR LA QUE SE PERSIGUE LO QUE EL POSEEDOR RECIBIÓ POR ELLA O SU VALOR. Cuando el dueño de una cosa reclama lo que el poseedor recibió por ella o su valor, la ley dice expresamente que le otorga la acción real de dominio. Pero, jurídicamente, ¿es así?

a) No, dicen algunos: en esos casos la acción real se convierte en *personal*, pues tiende a obtener la entrega de ciertos valores a que está obligada determinada persona, en virtud de un hecho voluntario suyo, del que la ley hace nacer la obligación. Sostener que el precio de una cosa puede sustituirla en tal forma hasta el punto de que sobre él se ejercite la acción reivindicatoria con la misma fisonomía jurídica que cuando recae sobre cosa determinada, lleva a la conclusión peregrina de que el valor que se traduce en dinero puede ser perseguido por la acción de dominio como si fuera una cosa singular.³⁷

b) A juicio de otros, la acción que ejercita el dueño de la cosa cuando reclama lo que el poseedor recibió por ella o su valor, mantiene su carácter de real y reivindicatoria, porque entra en juego la *subrogación real*,³⁸ esto es, la sustitución, a virtud de una ficción de la ley, de una cosa por otra como objeto del derecho. El precio o el valor de la cosa reemplaza a ésta en la restitución, y nada más que para estos efectos. De ahí que no se pueda decir, como pretenden los impugnadores, que aceptar en estos casos la naturaleza real de la acción, lleva al absurdo de permitir el ejercicio de la acción reivindicatoria sobre una cosa genérica, como es el dinero.

La jurisprudencia ha dicho que la acción del artículo 898 es una *acción reivindicatoria ficta*. Porque no se concede para reivindicar la cosa sino únicamente para solicitar la restitución del precio recibido y la indemnización de los perjuicios, en su caso. De ahí que el interesado que la hace valer acepta o confirma la enajenación cuyo precio pide se le entregue y su voluntad implícita es desprenderse definitivamente del dominio que tenía y dejar, consecuentemente, en pleno vigor las nuevas inscripciones. Estas, por haber sido practicadas por un título traslativo de dominio ineficaz, no habían podido operar hasta ese momento la tradición legal, pues resulta imposible transferir derechos que no se tienen.^{38.a}

³⁷ ROSSEL, Informe sobre la memoria de prueba de E. ALTAMIRANO S., *De la subrogación real*, Santiago, 1935, pág. 6.

³⁸ En este sentido: ALTAMIRANO, ob. cit., en la nota anterior, pág. 124.

^{38.a} Casación de fondo, 26 de septiembre de 1966, *R. de D. y J.*, tomo LXIII, sec. 1°, pág. 340.

1.223. c) INJUSTO DETENTADOR. El último artículo del Título "De la reivindicación" dispone que "las reglas de este título se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor" (art. 915).

Son supuestos de esta norma: 1) la calidad de *mero tenedor* del demandado, pues ese es el sujeto que, según la terminología del Código, posee a nombre ajeno, y como ni en su letra ni en su espíritu distingue la ley, tanto da que la "posesión" sea a nombre del actor o de un tercero; 2) el carácter *indebido* de la retención, esto es, el persistimiento de la cosa en poder del mero tenedor debe carecer de causa legal que lo justifique. No sería indebida, por ejemplo, la retención declarada judicialmente a favor del mero tenedor.

Desde que la retención es sin derecho, se comprende que sea indiferente el ánimo con que se haga: con intención de señor y dueño o de mera tenencia. Por lo demás, la sola voluntad del mero tenedor de pasar a ser poseedor no puede realizar este milagro de transfiguración, es decir, no basta para que se produzca la *intervención de la posesión*, tanto más cuanto que la retención es indebida.³⁹

El artículo 915 podría hacerse valer, por ejemplo, contra el acreedor prendario del demandante si, una vez cumplido el contrato de prenda, o declarado nulo o resuelto, se resiste aquél a devolver la cosa sin motivo legal que autorice la retención. Sería también posible invocar esa norma contra el arrendatario de un tercero después de haberse declarado que éste no es, como pretendía serlo, dueño de la cosa, resistiéndose tal arrendatario a devolverla a la persona que judicialmente fue reconocida como legítima propietaria.

Surge un problema: ¿la disposición del artículo 915 significa conceder la acción de dominio contra un mero tenedor, el llamado injusto detentador? ¿contempla ese precepto una excepción al actual poseedor?

Hay autores, viejos unos,⁴⁰ nuevos otros,⁴¹ que, con mayor o menor soltura, así lo han afirmado. Y más de un fallo registra el mismo tono.⁴² Argumentan con la letra del artículo 915. Esta disposición —dicen— establece que contra el injusto poseedor se aplicarán las reglas del Título "De la reivindicación", y como no excluye ninguna, deben aplicarse todas, lo cual equivale a otorgar la acción de dominio contra ese mero tenedor.

Pero otros escritores,⁴³ y alguna sentencia también,⁴⁴ sostienen que el injusto detentador no puede ser sujeto pasivo de dicha acción; ésta no puede dirigirse

³⁹ Llámase *intervención de la posesión* la transformación en posesión de la detentación comenzada a título de mera tenencia o, a la inversa, la transformación en mera tenencia de la detentación comenzada como posesión.

⁴⁰ JACINTO CHACÓN, ob. cit., tomo III, Imprenta Nacional, año 1890, pág. 546; ROBUSTIANO VERA, *Comentario del Código Civil*, tomo III, Imprenta Gutenberg, 1894, pág. 374.

⁴¹ J. PABLO VERGARA, *La reivindicación, legitimación activa y legitimación pasiva de esta acción*, N° 94, págs. 233 y 237 de los originales mecanografiados.

⁴² Corte de Apelaciones de Talca, 28 de abril de 1922, *Gaceta de los Tribunales*, 1922, 1° semestre, N° 174, pág. 678.

⁴³ CLARO SOLAR, ob. cit., tomo IX, Santiago, 1935, N° 1.804, págs. 458 y 459; ALBERTO VELOSO CHÁVEZ, *La reivindicación*, memoria de prueba, Santiago, 1947, N° 44, págs. 34 y 35.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de julio de 1921, *Gaceta de los Tribunales*, año 1921, 2° semestre, N° 266, pág. 1089.

en contra de aquél: no hay acción reivindicatoria contra ningún mero tenedor. Basan su parecer en la redacción del artículo 915. Si el Código —expresan— hubiera querido dar la acción reivindicatoria contra el injusto detentador, lo habría manifestado derechamente en el artículo 915, o habría estatuido que lo prescrito acerca del actual poseedor se entiende también respecto de ese mero tenedor. Las palabras del artículo 915 no son un rodeo inútil para decir esto; su inteligencia es otra. Quieren significar que, cuando, por la acción que en cada caso se haga valer, se pida la restitución de la cosa al injusto detentador, se apliquen en contra de éste las reglas del Título "De la reivindicación"; no todas, lógicamente, sino sólo las que se concilien con la acción ejercitada. Por lo general, las reglas aplicables serán las que en ese Título se refieren a prestaciones por deterioros, frutos y mejoras.

El injusto detentador puede haber entrado en la tenencia de la cosa en virtud de un acto que celebró con el demandante y que le imponía la obligación de devolvérsela a éste después de cierto tiempo o al cumplirse una condición. Si verificado el hecho que marca la terminación del contrato, el mero tenedor, sin causa justificada, se niega a restituir, el demandante ejercerá la acción que nace del respectivo contrato para que se le devuelva la cosa; y al demandado se le aplicarán las reglas sobre deterioros, frutos y mejoras establecidas en el Título "De la reivindicación", a menos que, según la voluntad de las partes o disposiciones especiales de la ley, corresponda aplicar otras.⁴⁵

Si se estimara que el artículo 915 envuelve la acción reivindicatoria y, por consiguiente, la aplicación de todas sus reglas, se llegaría al absurdo de imponer la prueba del dominio al actor —dueño— frente a su mero tenedor, carga a que no está sometido por la interposición de la sola acción personal.

El injusto detentador puede haber entrado en la tenencia de la cosa en virtud de un acto o contrato celebrado, no con el demandante, sino con un tercero, o como heredero o legatario de éste, estando obligado a entregar al demandante la cosa después de cierto tiempo o en el evento de una condición; en tal caso, el demandante pedirá la restitución de la cosa de acuerdo con este acto o disposición testamentaria; y al demandado se le aplicarán las reglas sobre deterioros y mejoras en los términos vistos para el injusto detentador que entró en la tenencia de la cosa merced a un acto celebrado con el demandante.⁴⁶

6. MEDIDAS PRECAUTORIAS DURANTE EL JUICIO

1.224. GOCE DE LA COSA DURANTE EL JUICIO. La demanda reivindicatoria legalmente notificada al poseedor interrumpe el curso de la prescripción de éste (art. 2503); pero, por regla general, en todo lo demás, el estado de hecho no varía durante la instancia, y la cosa sigue en poder del demandado.

⁴⁵ CLARO SOLAR, ob. cit., tomo IX, 1804, pág. 458.

⁴⁶ *Ibidem*.

1.225. MEDIDAS PRECAUTORIAS; DISTINCIÓN. El poseedor, sabiendo que está expuesto a restituir la cosa, puede abusar de su situación y ejecutar actos que vayan en desmedro de ella o simplemente desinteresarse de la misma hasta el punto de permitir que se pierda o deteriore. Para evitar cualquiera de estos hechos la ley concede al actor medidas precautorias que, en general, son las que tienden a asegurar el resultado de la acción, impedir que se frustre la efectividad de la ejecución en el momento oportuno.

¿Qué medidas precautorias puede impetrar el reivindicador? Diversas, según sea raíz o mueble la cosa reivindicada.

1.226. A. COSAS MUEBLES. Si hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor la cosa corporal mueble que se reivindica, puede el actor pedir su *secuestro*; y el poseedor está obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir (C. Civil, art. 901; C. de Procedimiento Civil, art. 291). El *secuestro* es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. El depositario se llama *secuestre* (art. 2249).

La existencia del motivo que hace temer la pérdida o deterioro de la cosa en manos del poseedor la aprecia el juez. Si éste se pronuncia afirmativamente, decreta el secuestro. El poseedor demandado podrá impedir esta medida sólo dando seguridad suficiente de que restituirá la cosa, si es vencido, y de que la conservará debidamente. Por cierto, tal seguridad no consiste en palabras, sino en una fianza u otra caución aceptada por el reivindicador o por el juez, si entre las partes no se produce acuerdo.

El secuestre debe conservar la cosa y restituirla al que venza en el pleito; pero si la cosa está sujeta a corrupción, o es susceptible de próximo deterioro, o es de conservación difícil o muy dispendiosa, puede el secuestre, con autorización judicial, venderla en la forma más conveniente. Se aplica la norma del depositario de bienes embargados (C. de Procedimiento Civil, arts. 292 y 483).⁴⁷

1.227. B. COSAS INMUEBLES. Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor está autorizado por la ley para seguir gozando de él, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tiene derecho de provocar las *providencias necesarias* para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía (art. 902). Estas providencias cautelares o precautorias están señaladas en el Código de Procedimiento Civil.

Desde luego, éste indica expresamente el nombramiento de *interventor judicial*, que es un "mirón y acusete", según el risueño decir del ex maestro de Derecho Procesal, Herman Echeverría. En efecto, las facultades del interventor judicial se limitan a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes

⁴⁷ *Gaceta de los Tribunales*, año 1904, tomo II, N° 1.395, pág. 449.

sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño de este cargo *imponerse* de los libros, papeles y operaciones del demandado. Debe, además, el interventor *dar al interesado o al tribunal noticia* de toda malversación o abuso que note en la administración de dichos bienes; puede en este caso decretarse el depósito y retención de los productos líquidos en un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el tribunal designe, sin perjuicio de las otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar (C. de Procedimiento Civil, art. 294).

Otra providencia aseguratoria que puede adoptarse es la *prohibición de celebrar actos o contratos* sobre: a) los bienes que son materia del juicio, y b) respecto de otros bienes determinados del demandado (C. de Procedimiento Civil, art. 296). Esta disposición procesal dice textualmente: "La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio". Algunas sentencias han interpretado el precepto en el sentido de que la prohibición, con referencia a cualquiera de los bienes citados, sólo puede decretarse si se establece que las facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía para asegurar el resultado del pleito.⁴⁸ Esta inteligencia de la ley ha sido determinada por la coma que aparece antes de la palabra "cuando" en el artículo procesal transcrito y que le da un sentido ambiguo a éste. Sin embargo, la interpretación más justa y racional, y que al mismo tiempo armoniza la ley civil y la procesal, parece ser la que estima que esa falta de suficiente garantía de las facultades del demandado, es condición sólo de la prohibición de celebrar actos y contratos respecto de determinados bienes del demandado *que no son materia del juicio*; respecto de los bienes *comprendidos en el pleito*, la medida prohibitiva cabe si se prueba que hay un justo motivo de temer que esos bienes corren peligro de deteriorarse o de perderse, sin que importe que las facultades del demandado ofrezcan o no suficiente garantía, porque en este caso lo que interesa al demandante son los bienes mismos materia del juicio, con prescindencia de las facultades del demandado para asegurar los resultados de la acción.⁴⁹

Cuando se pide el decreto de prohibición de celebrar actos y contratos respecto de bienes del demandado no comprendidos en la reivindicación, para asegurar el cumplimiento íntegro de todas las prestaciones a que pueda ser condenado el poseedor, si pierde el pleito, en favor del actor, la falta de suficiente garantía que ofrecen las facultades de aquél es una cuestión de hecho que aprecia en cada caso el tribunal. Se ha resuelto, por ejemplo, que

⁴⁸ En este sentido, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, publicada en la *Gaceta de los Tribunales*, año 1904, tomo I, N° 28, pág. 31.

⁴⁹ Véase, en este sentido: CLARO SOLAR, ob. cit., tomo IX, N° 1.762, págs. 420 a 422 (véase especialmente esta última página y la nota puesta al pie); CARLOS ANABALÓN S., *El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago, 1954, N°s 104 y 105, págs. 85 y 86.

el demandado que litiga con privilegio de pobreza no ofrece suficiente garantía y, por lo mismo, proceden en su contra medidas conservativas.⁵⁰

1.228. SECUESTRO JUDICIAL DE INMUEBLES; CONTROVERSIA. a) Conforme a una opinión, el secuestro judicial no tiene lugar respecto de bienes raíces,⁵¹ porque si bien el Código Civil (art. 2251) declara que pueden ponerse en secuestro no sólo cosas muebles, sino bienes raíces, el Código de Procedimiento Civil introdujo una modificación al conceder esa medida sólo en cuanto a los muebles (art. 291), dejándose constancia en la historia de la ley⁵² del mismo pensamiento y agregándose que el nombramiento de interventores basta para resguardar los derechos ejercitados sobre un bien raíz. Todavía, en pro de la exclusión de estos bienes del secuestro judicial, se hace resaltar, dentro del ámbito de la reivindicación, que el Código Civil se refiere al secuestro de bienes muebles (art. 901), pero guarda un elocuente silencio, respecto a esa medida, con relación a los inmuebles (art. 902).

b) Otra opinión, indudablemente minoritaria,⁵³ sostiene que el hecho objetivo, sea cual fuere la historia de la ley, es que existen disposiciones que no excluyen los bienes raíces del secuestro judicial (C. Civil, art. 2251, y C. de Procedimiento Civil, art. 290, medida 1ª) y, por tanto, pudiendo aplicarse armónicamente con las que se refieren a los bienes muebles, no hay que entender modificación alguna del precepto básico que permite poner en secuestro los bienes raíces (C. Civil, art. 2251). En todo caso, y al menos, procedería el secuestro de bienes raíces si, decretado el nombramiento de interventor, esta medida resultara ineficaz por los abusos o actos de malversación del demandado que denunciara el interventor, ya que el Código de Procedimiento Civil dispone que cuando el demandado realiza actos abusivos en cuanto a los bienes sujetos a intervención, puede el tribunal adoptar otras medidas más rigurosas que el depósito y retención de los productos líquidos en poder de un tercero (art. 294), y entre esas medidas más rigurosas cabe asimismo el secuestro de inmuebles, que si bien silencia el artículo 902 del Código Civil, también es verdad que no lo excluye expresamente. En

⁵⁰ Corte de Concepción, 24 de julio de 1886, *Gaceta de los Tribunales*, año 1886, tomo II, N° 2.126, pág. 1356.

⁵¹ CLARO SOLAR, ob. cit., tomo IX, N° 1.761, pág. 419. En el mismo sentido: Corte de Valparaíso; 7 de noviembre de 1902, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, segunda parte, pág. 166; Corte de La Serena, 7 de enero de 1904, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, segunda parte, pág. 369; Corte de Concepción, 11 de marzo de 1904, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, segunda parte, pág. 582.

⁵² En la sesión 13 de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados que revisó el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, al tratarse el artículo 281 (actual 291), el señor Enrique Richards expresó no divisar razón para limitar el secuestro a las cosas muebles, ya que también puede necesitarse esta medida precautoria para asegurar los resultados de las acciones ejercitadas respecto de propiedades raíces. Don Manuel Egidio Ballesteros contestó que, en cuanto a estas últimas, el artículo 283 (actual 293) autoriza el nombramiento de interventores, lo que, a su juicio, basta para resguardar los derechos ejercitados sobre un bien inmueble. Así lo estimó también la Comisión..., terminan las actas.

⁵³ C. ANABALÓN, ob. cit., N° 82 y 84, págs. 68 y 70.

consecuencia, el secuestro judicial de los bienes raíces procedería, al menos, cuando no obstante la intervención judicial hay abusos o actos de malversación del demandado que hacen temer fundadamente que el inmueble se deteriore en sus manos o se destruyan las cosas anexas al mismo y comprendidas en la acción entablada.⁵⁴

7. PRESTACIONES MUTUAS

1.229. CONCEPTO. Terminado el juicio reivindicatorio y vencido el demandado, tienen lugar las *prestaciones mutuas*. Llámense así los hechos y pagos que recíprocamente deben realizar, uno en favor de otro, reivindicador y poseedor vencido.

1.230. REGLAS DEL CÓDIGO; SU APLICACIÓN. El Código Civil establece normas generales sobre las prestaciones mutuas. Se aplican no sólo en la reivindicación, sino también en otros casos en que la ley las llama expresamente a regir, como en la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada (art. 1687), o en que no hay reglas especiales y, por tal circunstancia, corresponde aplicar el derecho común.

I. PRESTACIONES DEL POSEEDOR VENCIDO EN FAVOR DEL REIVINDICADOR

1.231. ENUNCIACIÓN. El poseedor vencido debe restituir la cosa al reivindicador y, además, puede estar obligado a realizar las siguientes prestaciones, cuya procedencia o medida, caso en que haya lugar a dichas prestaciones, dependen de su buena o mala fe: indemnización de los deterioros de la cosa que provengan de su hecho o culpa; restitución de los frutos; reembolso del pago de los gastos de conservación y custodia al secuestro; costas del juicio.

1.232. A. LA RESTITUCIÓN DE LA COSA REIVINDICADA. El poseedor vencido debe restituir la cosa en el plazo que el juez señale (art. 904). Este es uno de los pocos casos en que el juez puede fijar plazo para el cumplimiento de una obligación, porque, por regla general, sólo puede interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes (art. 1494).⁵⁵

⁵⁴ ANABALÓN, loc. cit.; Corte de Tacna, 9 de diciembre de 1912, *Gaceta de los Tribunales*, año 1912, tomo II, N° 1175, pág. 830.

⁵⁵ Establecen también plazos judiciales los artículos 378, 1094, 1232, 1276, 1305, 2201 y 2291.

Para que el reivindicador obtenga la restitución de la cosa no es necesario un juicio ejecutivo destinado a hacer ejecutar la sentencia del juicio ordinario, pues ésta no ordena el cumplimiento de una deuda, obligación exigible u obligación de dar; si el poseedor vencido no se allana a restituir, basta poner la fuerza pública a disposición del reivindicador para que entre en posesión de la cosa.⁵⁶

1.233. COSAS QUE COMPRENDE LA RESTITUCIÓN. En la restitución de una heredad se comprenden las cosas que forman parte de ella, o que se reputan como inmuebles por su conexión con ella (inmuebles por adherencia o por destinación); las otras cosas no se comprenden en la restitución, si no fueron expresamente incluidas en la demanda y sentencia, pero pueden reivindicarse separadamente (art. 905, inc. 1°).

En la restitución de un edificio se comprende la de sus llaves (art. 905, inc. 2°).

En la restitución de toda cosa (sea mueble o inmueble, pues la ley no distingue) se comprende la de los títulos que conciernen a ella, si se hallan en manos del poseedor (art. 905, inc. 3°). Es natural la entrega de los títulos, pues ellos sirven para la prueba del dominio, reconocido en el juicio a favor del reivindicador.

1.234. CÓMO SE REALIZA LA RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE. La restitución del inmueble se efectúa dejándolo desocupado y en forma que el reivindicante pueda entrar en su posesión. En la práctica, generalmente, la entrega se realiza ante un ministro de fe y las partes o sus representantes, porque es corriente dejar constancia fidedigna del estado en que el inmueble se encuentra, de sus mejoras y deterioros, para los fines de las prestaciones a que haya lugar por esas causas.

1.235. LUGAR EN QUE DEBE ENTREGARSE LA COSA MUEBLE. Sobre este punto, el Código nada en especial dispone. Habría que aplicar, en consecuencia, las reglas generales sobre el lugar en que deben cumplirse las obligaciones: la restitución de la cosa reivindicada habría que hacerla en el lugar en que la cosa se hallaba al tiempo de la contestación de la demanda; si el demandado la hubiera transportado a otra parte, debería ponerla a disposición del reivindicador en el lugar en que estaba en aquella fecha, siendo de su cuenta (del demandado) los gastos de transporte (art. 1588 y 1589).

1.236. SUERTE DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN EJECUTADOS POR EL DEMANDADO. Los actos de administración, por ejemplo los arrendamientos, ejecutados por el poseedor vencido, caducan. El que obtuvo el derecho personal de éste

⁵⁶ Corte Suprema, 10 de junio de 1920, *Gaceta de los Tribunales*, 1920, 1º semestre, Nº 23, pág. 177; 7 de junio de 1921, *Gaceta de los Tribunales*, año 1921, 1º semestre, Nº 454, pág. 683.

puede hacer valer en contra del poseedor las acciones que procedan; a su vez, el poseedor, si está de buena fe, puede dirigirse contra aquel que le transfirió la cosa.

1.237. B. INDEMNIZACIÓN POR LOS DETERIOROS QUE HA SUFRIDO LA COSA. Hay que distinguir a este respecto entre el poseedor de mala fe y el de buena fe.

a) El poseedor de *mala fe* es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa (art. 906); no responde, pues, del caso fortuito, salvo que se haya constituido en mora de restituir, de acuerdo con la sentencia que acogió la demanda reivindicatoria (art. 1547 y 1672).

b) El poseedor de *buena fe*, mientras permanece en ella, no es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo (art. 906, inc. 2°).

El poseedor de buena fe inicial *permanece en ella* hasta la contestación de la demanda, pues desde que conoce los títulos invocados en ésta, aunque pueda seguir confiando en los propios, ya no puede tener la convicción absoluta de su derecho que supone la buena fe.

En consecuencia, el poseedor de buena fe inicial responde de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa a partir de la contestación de la demanda; respecto de los anteriores, la ley lo libera de la carga de indemnizar porque ha obrado en la creencia de ser dueño. Resulta lógico que el poseedor de buena fe responda del provecho que ha obtenido por los menoscabos de la cosa, pues en este caso se ha enriquecido y no es equitativo que se enriquezca a costa ajena.

Lo dicho respecto de los deterioros se aplican también a la pérdida o destrucción parcial o total de la cosa, ya que existe la misma o mayor razón. En cuanto a la enajenación de la cosa, véase lo que se expone en el Nº 1.221 de este tomo.

1.238. C. LA RESTITUCIÓN DE LOS FRUTOS. a) La extensión de las prestaciones por razón de los frutos varía también según que el poseedor vencido se considere de buena o mala fe. Y la buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción (art. 913). En consecuencia, y por ejemplo, al poseedor que siembra de buena fe, pero cosecha de mala fe, se le juzga, en cuanto a la restitución de los frutos, en este último carácter.

b) El poseedor de *mala fe* es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, debe pagar el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se consideran como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder (art. 907, incs. 1° y 2°).

c) El poseedor de *buena fe* no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda: en cuanto a los percibi-

dos después, está sujeto a las reglas del poseedor de mala fe (art. 907, inc. 3°). La Corte Suprema ha subrayado que la fecha inicial para la restitución de los frutos por el poseedor de buena fe es la de la *contestación de la demanda*, que es posterior a la notificación de ésta.⁵⁷

¿Por qué el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, o sea, está dispensado de restituirlos? ¿Por qué este favor? Porque la aplicación de la regla de la restitución conduciría a una injusticia. En efecto, los frutos, como productos periódicos, están destinados a gastarse, y seguramente el poseedor de buena fe así lo ha hecho. "Ha ajustado su tren de vida a las rentas que creía tener. Sería arruinarlo obligarlo a reembolsar una suma equivalente tal vez a los gastos diarios que ha hecho durante numerosos años y que no podría pagar sino sustrayéndola a su capital, precisamente porque los frutos se han gastado. Y no hay que olvidar, por otra parte, que el poseedor de buena fe tenía, por definición, motivos plausibles para creerse propietario. El no tiene nada que reprocharse. En cambio, el propietario, que ha dejado que un tercero goce de su bien y que ha tardado en hacerlo expulsar, ha cometido una negligencia. La pagará con el sacrificio de los frutos percibidos por el tercero antes de la reivindicación. En resumen, el propietario conserva su capital, y con él, la esperanza de frutos futuros".⁵⁸

d) La restitución se refiere a los frutos *líquidos*, pues la ley dispone que en toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos (art. 907, inc. final). Estos gastos deben abonarse a *todo poseedor que restituya frutos*, pues cualquiera persona para producir éstos habría debido incurrir en aquéllos. Y se abonan los gastos *ordinarios*, entendiéndose por tales los que responden a una explotación normal de la cosa y no exceden del valor de los frutos. Es el concepto de gastos ordinarios que consagra el Código Civil alemán (art. 102) y que no hay inconveniente en adoptar entre nosotros. Finalmente, se incluyen entre los gastos ordinarios los impuestos y contribuciones que ha tenido que pagar el poseedor vencido, así como las demás cargas fructuarias que pesen sobre la heredad.⁵⁹

1.239. D. GASTOS DEL PLEITO Y DE CONSERVACIÓN Y CUSTODIA. a) Si la cosa fue secuestrada, debe el actor pagar al secuestro los gastos de custodia y conservación; pero el poseedor vencido de mala fe está obligado a reembolsarlos (art. 904): el poseedor de buena fe está libre de esta responsabilidad.

⁵⁷ Sentencia de 17 de noviembre de 1934, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 138.

⁵⁸ DEKKERS, ob. cit., tomo I, N° 1.145, págs. 655-656.

⁵⁹ POTHIER, N° 358, al final, págs. 270-271.

b) En cuanto a las costas del juicio, se estará a lo que disponga en la sentencia el tribunal de la causa, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil.

II. PRESTACIONES DEL REIVINDICADOR EN FAVOR DEL POSEEDOR VENCIDO

1.240. ENUNCIACIÓN. Las prestaciones del reivindicador al poseedor vencido se reducen a dos: a) el abono de los gastos ordinarios que ha invertido el poseedor en la producción de los frutos, y b) el abono de las expensas y mejoras que el poseedor haya hecho en la cosa.

Nos hemos referido ya al abono de los gastos ordinarios para lograr la producción de los frutos. Sólo nos resta por tratar el abono de las expensas y mejoras que el poseedor haya hecho en la cosa.

1.241. EXPENSAS O MEJORAS; CLASIFICACIÓN. Durante el tiempo de su posesión, el demandado vencido en juicio pudo hacer gastos en la cosa a fin de procurar su conservación y mejoramiento. Pues bien, corresponde preguntar si en tal caso debe ser reembolsado y en qué medida. La teoría de las impensas, sistematizada en el Código Civil chileno, responde a esa pregunta.

En general, llámense *impensas*, *expensas* o *mejoras* los gastos hechos para una cosa; pueden ser *necesarias* y no *necesarias*: las primeras se subdividen en ordinarias y extraordinarias, y las segundas, en útiles y voluptuarias.

1.242. A. EXPENSAS NECESARIAS. a) Son *expensas necesarias* las que aseguran la conservación de la cosa, las que de no realizarse producen su deterioro, menoscabo o pérdida. Pueden ser ordinarias y extraordinarias. Las *ordinarias* son los gastos más o menos periódicos que exige el uso natural de la cosa y que son indispensables para conservarla y cultivarla. *Expensas extraordinarias* son las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa (art. 798).

b) El principio es que *todo poseedor*, de buena o mala fe, tiene derecho a que se le indemnicen las mejoras necesarias (art. 908, inc. 1°), porque el reivindicador también habría tenido que hacerlas si la cosa hubiera estado en su poder. Estas expensas pueden referirse a obras *materiales* permanentes o a obras *inmateriales*.

c) Si las expensas necesarias se invirtieron en *obras permanentes* (como una cerca para impedir las depredaciones o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto), deben abonarse al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieren sido realmente necesarias; pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución (art. 908, inc. 2°).

Estas obras permanentes, que el Código llama también en otra parte (en el usufructo, art. 797) obras o refacciones mayores, son *expensas extraordinarias*. No se trata, pues, de las expensas ordinarias de conservación y cultivo, que se

imputan a los gastos ordinarios hechos para la producción de los frutos (art. 907, inc. final).

Las expensas *necesarias invertidas en obras permanentes* "debe abonarlas el reivindicador al poseedor, en cuanto hubieren sido realmente necesarias, porque pueden ser sólo *útiles*; y en tal caso el reivindicador puede no estar obligado a abonarlas, como luego veremos. La ley agrega que no está obligado el reivindicador a abonar los gastos efectivos que las mejoras necesarias hayan demandado al poseedor vencido, sino reducidos a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución: el poseedor ha aprovechado de esas obras y en el tiempo transcurrido desde que fueron ejecutadas han podido deteriorarse; abona, por lo tanto, el reivindicador lo que efectivamente recibe; y lo que el reivindicador recibe es el valor que efectivamente tienen las obras en el momento en que se efectúa la restitución de la cosa en que tales obras están hechas".⁶⁰

d) Si las expensas necesarias se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, deben ser abonadas al poseedor en cuanto aprovechen al reivindicador, y se hayan ejecutado con mediana inteligencia y economía (art. 908, inc. final).

1.243. B. EXPENSAS NO NECESARIAS. Son aquellas que pueden dejar de hacerse sin que se produzca el deterioro, menoscabo o pérdida de la cosa. Se clasifican en *útiles* y *voluptuarias*. *Útiles* son las que aumentan el valor venal de la cosa (art. 909, inc. 2°); *voluptuarias* son las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante (art. 911, inc. 2°).

Expensas no necesarias útiles. Para los efectos del abono de esta clase de mejoras, hay que distinguir entre el poseedor de buena y el de mala fe. La buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a las expensas y mejoras al tiempo en que fueron hechas (art. 913).

a) El poseedor de buena fe, vencido tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda (art. 909, inc. 1°). Hasta este momento impera la presunción general de buena fe; pero como la ley determina que la buena fe debe existir *al tiempo en que las mejoras se hacen* (art. 913), podría probarse por el reivindicador que el poseedor perdió su buena fe antes de la contestación de la demanda, y en tal caso éste no tendría derecho al abono de las mejoras útiles realizadas a partir del momento en que perdió la buena fe.

Aunque el poseedor de buena fe vencido, o desgraciado, según lo llama Josserand, tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes

de contestarse la demanda (o de perder su buena fe), como lo que se persigue es que el propietario no se enriquezca sin causa a costa ajena, el reivindicador no está obligado a pagar al mencionado poseedor justamente lo desembolsado por las expensas no necesarias útiles, sino que tiene un derecho de opción. En efecto, el reivindicador puede elegir entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo (art. 909, inc. 3°). En el primer extremo paga la suma equivalente al provecho que obtiene del peculio del poseedor al momento de la restitución, y en el segundo -al que acudirá sólo cuando le resulte más económico- paga lo que realmente aprovecha para sí del esfuerzo del poseedor.

En cuanto a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor de buena fe tiene solamente los derechos que se conceden al de mala fe (art. 909, inc. final) y que en seguida veremos.

b) El poseedor de mala fe no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles. Pero puede llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados (art. 910).

Se entiende que la *separación de los materiales es en detrimento de la cosa reivindicada*, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de ejecutarse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiese reponerla inmediatamente a su estado anterior, y se allanare a ello (art. 912).

El tratamiento poco benigno que se da al poseedor de mala fe se basa en que no puede invocar la realización de las mejoras como un propietario, que sólo persigue el incremento o perfeccionamiento de su bien; por el contrario, sus inversiones, en razón de que tiene la conciencia de no ser dueño, hacen nacer la sospecha de que pretende dificultar al verdadero propietario la reivindicación por los desembolsos que debería compensar.

Expensas voluptuarias. El propietario no está obligado a pagar las mejoras voluptuarias al poseedor de mala ni de buena fe; éste sólo tiene con respecto a ellas el derecho que se concede al poseedor de mala fe respecto de las mejoras útiles (art. 911, inc. 1°). La solución es explicable si se considera que el interés de las obras de agrado o voluptuarias es puramente subjetivo.

1.244. LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES. Conforme a las reglas estudiadas, deben hacerse las prestaciones entre reivindicador y poseedor vencido. Esto da lugar a una liquidación en que, después de efectuadas las compensaciones, una de las dos partes resultará con un saldo en contra. Tal saldo es, en definitiva, la única suma que deberá pagar el reivindicador o el demandado, según el caso.

La determinación y liquidación de las prestaciones mutuas pueden ventilarse en el mismo juicio reivindicatorio, en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso (C. de Procedimiento Civil, art. 173).

⁶⁰ CLARO SOLAR, ob. cit., tomo IX, N° 1.786, pág. 438.

1.245. DERECHO DE RETENCIÓN DEL POSEEDOR VENCIDO. El Código declara expresamente que cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, puede retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción (art. 914).

Este derecho lo tiene tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe; la ley no distingue.

El que se asegure el pago a satisfacción del poseedor no significa que la garantía que pueda ofrecerse por el reivindicador quede librada al capricho de aquél, pues de ser así —según se ha observado—, el derecho del deudor para poner término a la retención quedaría anulado: la obligación correlativa no existiría por depender del mero arbitrio del acreedor aceptar o no la garantía propuesta, por muy sólida y eficaz que fuera.⁶¹ Corresponde, por tanto, al juez calificar en cada caso la garantía que se ofrece para asegurar el pago al poseedor vencido.

El derecho de retención no surte efectos si su procedencia no es *declarada judicialmente* a petición del poseedor vencido (C. de Procedimiento Civil, art. 545). Si la retención recae sobre *inmuebles*, debe *inscribirse* en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces respectivo (C. de Procedimiento Civil, art. 546).

La retención sobre *muebles* puede ser *restringida* por el juez a una parte de ellos, a la que baste para garantizar el crédito mismo y sus accesorios (C. de Procedimiento Civil, art. 548).

Los bienes retenidos por resolución judicial ejecutoriada se consideran, según su naturaleza, como *hipotecados* o constituidos *en prenda* para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan (C. de Procedimiento Civil, art. 546).

En cuanto a la *naturaleza* del derecho de retención, la cuestión es discutida, y la veremos oportunamente al tratar de ese derecho como institución. Por ahora diremos que algunos, en razón de su indivisibilidad y su oponibilidad absoluta, consideran el derecho de retención como real;⁶² otros lo catalogan de derecho personal, pues no confiere el poder de persecución;⁶³ y no falta quien lo estime como un derecho de crédito con garantía especializada.⁶⁴ Por fin, se dice que derecho de retención es un *rehusamiento legítimo a ejecutar una obligación* mientras la contraparte no cumpla la suya; trataríase de un acto de *justicia privada* reconocido por la ley, fundado en la equidad y con miras a simplificar la ejecución de las obligaciones, economizar tiempo y gastos.⁶⁵

⁶¹ Voto especial del ministro MÁXIMO FLORES, de la sentencia de la Corte de Santiago de 21 de septiembre de 1889, *Gaceta de los Tribunales*, año 1889, N° 3.836, pág. 952.

⁶² RIBERT ET BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit Civil de Planiol*, tomo II, París, 1952, N° 3.283; F. DERRIDA "Rétenition", en *Repertoire de Droit Civil*, Dalloz, tomo IV, París, 1954, N° 92, pág. 710.

⁶³ AUBRY ET RAU, ob. cit., tomo III, § 256 bis: Josseland, *Cours de Droit Civil Positif Français*, tomo II, N° 1.470.

⁶⁴ BONNECASE en el "Suplemento" de Baudry-Lacantinérie et de Loynes, *Des privilèges et hypothèques*, tomo V, N°s 262 y siguientes.

⁶⁵ LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de Droit Civil*, tomo II, París, 1948, N°s 1.081 y 1.082, pág. 312.

1.246. EXTENSIÓN DE LA NORMA AL TENEDOR U OCUPANTE DE UN INMUEBLE EN VIRTUD DE UN CONTRATO QUE DESPUÉS SE DECLARA NULO. Sabido es que las reglas generales o comunes de las restituciones mutuas que deben hacerse las partes de un contrato declarado judicialmente nulo (art. 1687) son las del Título "De la reivindicación", entre ellas la del artículo 914. Como la remisión de normas debe entenderse racionalmente, no puede excluirse del citado precepto al *tenedor u ocupante* de un inmueble en virtud de un contrato que después se declara nulo; no sería un argumento de fondo sostener que no se trata en este caso del *poseedor* vencido a que alude el artículo 914. Por tanto —señala la Corte Suprema—, declarado nulo el contrato de promesa de venta, al prome-tiente comprador le asiste el derecho para retener el predio que ocupa en razón de ese contrato mientras no se le reembolse lo que entregó a cuenta del precio y se le paguen las mejoras, según se le considere poseedor de buena o mala fe, o se le asegure a su satisfacción el pago.⁶⁶

⁶⁶ C. Suprema, 14 de diciembre de 1960, *R. de D. y J.*, tomo LVII, sec. 1ª, pág. 367.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO

Profesor de Derecho Civil
(Universidad de Concepción y Universidad Católica de la Stma.
Concepción)

LOS BIENES

LA PROPIEDAD Y OTROS DERECHOS REALES

© DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 159.795, año 2006
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 500 ejemplares en el mes de diciembre de 2006

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1736-9



CAPÍTULO III

ACCIONES POSESORIAS

271. Concepto; el fundamento de la protección posesoria. Ya se ha advertido que el fundamento de la protección posesoria (por qué se protege la posesión) constituye una de las discusiones doctrinarias básicas sobre esta materia (v. supra, N° 155). La interrogante resulta particularmente justificada al considerársele un hecho. El repudio a la violencia (con acento, ya en las relaciones privadas, ya en el orden público) y la apariencia de propiedad que reviste, aparecen entre las razones que generalmente se aducen para justificar la protección.⁸³⁹

El Código regula estas acciones en los Tít. XIII y XIV del Libro II (arts. 916 a 950); deben tenerse presentes también las correspondientes normas procesales (arts. 549 y sgts. del CPC.; aquí se tratarán sólo aspectos substantivos; como otra protección

⁸³⁹ V., al respecto, las obras mencionadas en el capítulo de la posesión. Las explicaciones son muchas. Una sistematización, basada en la exposición de Ihering, las agrupa en aquellas que encuentran fundamento a la protección en la posesión misma y las que la encuentran en otras instituciones o conceptos. Actualmente, la protección al orden constituido y la protección a la apariencia, que un autor unifica en esta última, en cuanto protegida ella, queda garantizado el primero, aparecen como explicaciones bien destacadas (v. Jordano Barea, Juan, *Una relección...*, cit., pp. 1043 y sgts.; Castán Tobeñas, José, ob. cit., t. II, vol. I, pp. 585 y sgts.).

Para la historia de estas acciones, v. Iglesias, Juan, ob. cit., pp. 289 y sgts.; Guzmán Brito, Alejandro: *Derecho Privado romano*, cit., t. I, pp. 510 y sgts.; Topasio, Aldo: *Los bienes en el Derecho romano*, Edit. Edeval, Valparaíso, 1981.

En cuanto a los textos, generalizadamente los Códigos (como es de suponer) no se detienen a proporcionar explicación de porqué confieren protección a la posesión; simplemente la protegen.

V. también RDJ., t. 62, p. 459; t. 64, p. 109.



posesoria debe mencionarse la tercería de posesión, contemplada en el CPC., arts. 518 y sgts.).

"Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos" (art. 916).⁸⁴⁰

272. Algunas características.

a) Son acciones inmuebles (arts. 916 y 580) (pronto se referirá la crítica a esta restricción).

b) Son acciones reales. Se ha controvertido este carácter, sobre todo como consecuencia de la discusión relativa a la calificación de la posesión como hecho o derecho. Se ha sostenido que siendo la posesión un hecho, no podrían tener la calificación ni de reales ni de personales. Generalmente se las califica de acciones reales por tratarse de acciones que se ejercen contra cualquier persona, si turba o arrebata la posesión, sin que importe la existencia de un vínculo preestablecido con ella (v. art. 927).

c) En el ámbito procesal puede mencionarse la circunstancia de que su ejercicio generalmente deja a salvo el derecho a discutir posteriormente el dominio entre las mismas partes (art. 563 del CPC.; v. también el art. 576 del mismo Código).⁸⁴¹

⁸⁴⁰ A semejanza de lo que acontece en la definición de la reivindicatoria, el Código avanza directamente al objeto soslayando el complejo tema procesal de la naturaleza de la acción (con su notable evolución doctrinaria). Abordándolo, y añadiendo substancia, se ha propuesto que "las acciones posesorias son los medios de activar el órgano jurisdiccional a los fines de obtener la protección del Estado, para mantener o recobrar una posesión que se ejerce o se ha ejercido independientemente del derecho a poseer" (Musto, Néstor Jorge, ob. cit., t. I, p. 288).

⁸⁴¹ Suele manifestarse que las sentencias que resuelven juicios posesorios no producen cosa juzgada; no parece acertada la afirmación. La circunstancia de que dejen a salvo las acciones ordinarias no influye en la conclusión de la cosa juzgada, lo resuelto en el conflicto posesorio queda firme; más tarde, lo discutido será otra materia (acción de dominio, etc.).

Otra observación se refiere al alcance provisional de estas sentencias. Esta expresión merece ser explicada. Lo que acontece es que si bien el fallo posesorio resuelve con firmeza, como el dominio confiere el derecho a poseer, si posteriormente el derrotado en el juicio posesorio obtiene en el conflicto dominical, es bien probable (y explicable) que el primer ganancioso deba restituir la cosa (decimos "es bien probable" porque, conforme a los hechos debatidos, pudiese todavía retener por algún otro título).

En el caso de la querrela de restablecimiento, cuyo carácter de acción posesoria está discutido (como luego se dirá), quedan a salvo incluso las acciones posesorias comunes (arts. 928 del CC. y 564 del CPC.).

273. Requisitos. Debén cumplirse algunas exigencias.

273 bis. 1) **Es necesario ser poseedor.** La exigencia deriva de la naturaleza y fines de estas acciones. No se exige ser poseedor regular; la protección alcanza tanto a la posesión regular como a la irregular. Debe sí reunir ciertas condiciones (art. 918): ha de ser tranquila, no interrumpida y por un año a lo menos (contado en la forma que indica el art. 920); pero es posible también la agregación de posesiones (conforme a los arts. 717, 920 y 2500). Al exigirse posesión tranquila se niega protección a la posesión violenta. No se pide expresamente que deba ser pública —con lo que se privaría de protección a la clandestina y con ello a toda posesión viciosa—, pero se ha resuelto que sí.⁸⁴²

Se ha resuelto también que la disposición del art. 918 no se aplica a las acciones posesorias especiales (que luego serán mencionadas).⁸⁴³

Tocante al lapso de un año, se tiene como tiempo suficiente de estabilidad posesoria.

Las acciones posesorias en la coposesión. Si dos o más personas poseen en común es claro que, concurriendo todas, pueden entablar acción posesoria en contra de un tercero. Es discutido si uno solo (o algunos) podría(n) entablar la acción para proteger la cosa coposeída; se ha resuelto la afirmativa.⁸⁴⁴ El punto está relacionado con la administración de la comunidad.⁸⁴⁵

Si un comunero (coposeedor) puede entablar acción posesoria contra otro, es bastante discutido. Como pudo observarse al tratar la prescripción entre comuneros (v. supra, N° 204), la discordia de fondo consiste en determinar si un comunero puede, mediante ciertas actitudes y circunstancias, llegar a erigirse en poseedor

⁸⁴² RDJ., t. 1, p. 446.

⁸⁴³ RDJ., t. 14, p. 142.

⁸⁴⁴ RDJ., t. 4, secc. 2ª, p. 85; t. 5, secc. 2ª, p. 149; t. 27, p. 1; en contra, t. 1, secc. 2ª, p. 582.

⁸⁴⁵ V. Somarriva, Manuel, *Indivisión...*, cit., t. I, pp. 230 y 252.

Para la coposesión v. supra, N° 71.

exclusivo; si se admite la posibilidad, se han de aceptar la prescripción entre comuneros y la interposición de acciones posesorias entre ellos (así, los argumentos planteados al tratar el punto de la prescripción entre comuneros son aplicables al presente problema; debidamente adaptados; aquí debe tenerse presente además el art. 917; la jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por negar acción posesoria entre comuneros, como lo ha hecho en materia de prescripción;⁸⁴⁶ pero un fallo parece entender que es posible;⁸⁴⁷ y otro, negándola en general, deja a salvo la de restablecimiento; aunque ésta no era la discutida en la causa).⁸⁴⁸

Para los herederos del poseedor (y del sujeto pasivo de la acción) hay también un precepto especial (art. 919; se recuerda que esta disposición parece dar la idea de que la posesión se transmite, acompañando al art. 2500 inc. 2º; v. supra, Nº 176).

274. 2) El objeto debe ser susceptible de acción posesoria. Lo son los bienes raíces y los derechos reales constituidos en ellos (art. 916).

La protección a los inmuebles, observada en tantas otras materias, se refleja también aquí. Como una especial justificación de la restricción de estas acciones a los inmuebles se suele mencionar la facilidad de la prueba del dominio respecto de los muebles, que deja expedita la vía de la reivindicación (explicación que no parece convincente). Por cierto, se ha postulado la conveniencia de extender estas acciones (reformando el Código) a los bienes muebles.⁸⁴⁹ Con todo, los Códigos del siglo XX adoptan actitudes diversas a este respecto.⁸⁵⁰

⁸⁴⁶ RDJ., t. 2, secc. 2ª, p. 156; t. 4, secc. 2ª, p. 85; t. 5, secc. 2ª, p. 149; t. 11, p. 243; t. 49, secc. 2ª, p. 139.

⁸⁴⁷ RDJ., t. 26, p. 178.

⁸⁴⁸ Rev. de Derecho U. de Concepción Nº 89, p. 381. V. también Somarriva, Manuel, *Indivisión...*, cit., t. I, p. 237.

⁸⁴⁹ V. Díaz, Absalón: *La protección posesoria de los bienes muebles*, Univ. de Chile, Santiago, 1939. No parece justificada la restricción. En todo caso, no se formula mayor reclamo para los derechos personales (aun inmuebles; al menos entre nosotros, es claro que no proceden).

⁸⁵⁰ Varios no contienen regla expresa, de donde podría deducirse una aplicación indistinta; otros, como el boliviano (arts. 1461 y 1462), mantienen la actitud del nuestro; en fin, otros, como el italiano (arts. 1168 y 1170), el peruano (arts. 920 y 921), el paraguayo (arts. 1944 y 1945), confieren la acción para los muebles expresamente en determinadas situaciones. El CC. argentino, originariamente, también excluía a los muebles, pero se extendió a ellos en virtud de la gran reforma de la ley 17.711 de 1968 (art. 2488).

No habiendo duda en cuanto a los inmuebles por naturaleza y por adherencia, se ha resuelto que la protección alcanza también a los inmuebles por destinación.⁸⁵¹

En la protección a los derechos reales constituidos en inmuebles (art. 916) deben tenerse en cuenta la regla del art. 922 y la exclusión de las servidumbres discontinuas y continuas inaparentes (arts. 917 y 882).⁸⁵²

Se ha dicho recién que no corresponde acción posesoria a las cosas que no pueden ganarse por prescripción (art. 917). En otra ocasión se ha puntualizado que la circunstancia de que un precepto impida ganar una cosa por prescripción no implica automáticamente que no pueda poseerse (v. supra, Nº 203, final). Ahora, la síntesis es: un objeto puede ser poseíble (porque ningún precepto lo excluye de la posesión), pero un texto expreso puede impedir su adquisición por prescripción; y por esta última circunstancia, con el art. 917 no tendría protección posesoria.

Respecto de los bienes nacionales de uso público, como no pueden ganarse por prescripción y ni siquiera pueden poseerse, se ha concluido que no procede acción posesoria.⁸⁵³ Pero si un particular adquiere un derecho de uso y goce sobre ellos de parte de la autoridad, puede proteger ese derecho (real) con la correspondiente acción posesoria⁸⁵⁴ (el punto está relacionado con la teoría de los derechos reales administrativos).

Al no tener el derecho real de herencia el carácter de inmueble (no es mueble ni inmueble), se tiene entendido que no proceden a su respecto las acciones posesorias, pero que esto no obsta a que el heredero entable acción posesoria en contra de quien efectúa atentados en un inmueble hereditario deter-

⁸⁵¹ RDJ., t. 9, p. 97; t. 42, p. 372.

Se ha pretendido acción posesoria para proteger un derecho de socio en una cooperativa; por cierto, ha sido rechazada (Gaceta Jurídica Nº 127, p. 53).

⁸⁵² V. una aplicación, en Jurisprudencia (Rev. de la Asoc. de Empl. del Poder Judic.), Nº 12, p. 73.

⁸⁵³ RDJ., t. 26, p. 313; t. 36, p. 348; t. 40, secc. 2ª, p. 56; en contra Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IX, p. 494.

⁸⁵⁴ RDJ., t. 28, p. 506; t. 35, secc. 2ª, p. 51.

Por otra parte, se ha resuelto que hay protección posesoria (cumplidos los requisitos comunes) aunque el acto de perturbación (o privación) provenga de la autoridad administrativa (RDJ., t. 70, p. 66; RDJ., t. 71, p. 147; F. del M. Nº 178-179, p. 172).

minado, y que estaba poseyendo como heredero (el punto se relaciona con las doctrinas sobre la comunicación entre la cuota y los bienes en la comunidad sobre universalidad).

275. 3) Debe interponerse en tiempo oportuno. Tras exigirse un año de posesión para tener acción posesoria, se concede el mismo plazo para ejercitarla. Así, en el caso de privación de la posesión, el primer poseedor tiene un año para interponer acción y el nuevo aún no tiene protección porque no ha cumplido por su parte ese plazo; al cumplirse el año, pierde la protección el primitivo poseedor y la adquiere el nuevo.

El plazo se cuenta en la forma dispuesta en el art. 920; por ser plazo especial de prescripción extintiva, no se suspende (art. 2524).⁸⁵⁵ En caso de hechos reiterados de turbación, si cada uno configura una molestia de naturaleza distinta, el plazo se contará individualmente para cada situación. Si se trata de hechos reiterados de una misma turbación, se ha discutido si ha de contarse desde el último o desde el primero de tales actos.⁸⁵⁶

276. Normas procesales. En sede procesal, estos juicios, "querellas" o "interdictos" posesorios, tienen diseñada en los textos una tramitación rápida, para no frustrar su objetivo.

⁸⁵⁵ En doctrina está discutido si el plazo es efectivamente de prescripción o de caducidad. No obstante la literalidad, entre nosotros parece asimismo admisible la discusión. Al menos, en cuanto a la suspensión conforme a nuestros textos, la solución es la misma; en caducidad no se admite y, si se estima de prescripción, conforme a nuestro art. 2524 tampoco. Para más antecedentes v. Albaladejo, Manuel: "El plazo de la acción para recobrar la posesión, ¿es de prescripción o de caducidad?", en Rev. de D. Privado (julio-agosto), Madrid, 1990, pp. 551 y sgts.; también Puig Brutau, José: *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Edit. Bosch, Barcelona, 1996, especialmente pp. 177 y sgts.

⁸⁵⁶ Por ej., el vecino introduce un animal a pastar al otro lado de la línea divisoria de su predio, por una hora aproximada cada día. Con antecedentes de los Proyectos del Código se ha sostenido que debe contarse desde el último hecho (Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IX, N° 1850, p. 512). En contra, se ha propuesto que desde el primero (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. II, p. 332).

Abordando, para esta materia, el problema visto en la interrupción de la prescripción, varios fallos (antiguos) han resuelto que el plazo se cuenta "desde el acto (...) hasta el día de la presentación de la querella y no el de la notificación de ésta", Repert. de L. y J., t. III, p. 389, jurisprud. al art. 920.

A este propósito, merece al menos una mención el conflicto acerca de si en nuestro Derecho se contempla o no la "acción posesoria ordinaria" (consagrada en la antigua legislación española), por la cual se discutía el "derecho a la posesión", en un juicio de lato conocimiento. De admitirse, tal acción sería útil sobre todo para quien ha visto prescrita la acción posesoria correspondiente (sumaria). Doctrina y jurisprudencia en Chile parecen no reconocerla.⁸⁵⁷ Una sentencia ha entendido que entre nosotros la acción ordinaria de posesión es la denominada publiciana, del art. 894.⁸⁵⁸ Todavía más, se ha dudado sobre la posibilidad de que las acciones posesorias reguladas en el Código pudieran tramitarse en el procedimiento ordinario (el punto corresponde al Derecho procesal).

277. Prueba. Quien entabla una acción posesoria fundamentalmente debe probar: 1) que es poseedor tranquilo y no interrumpido, por un año a lo menos; 2) que se le ha arrebatado o turbado la posesión.

278. 1) Prueba de la posesión. Este punto bien puede tratarse en el capítulo de la posesión; varios preceptos, principalmente relativos a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, inciden directamente en el tema de la prueba y, por lo mismo, deben tenerse presente en esta ocasión (v. supra, N°s 184 y sgts.). Ha sido la ubicación de dos textos básicos, implantados en el título de las acciones posesorias, la que induce frecuentemente a tratar aquí la prueba de la posesión de inmuebles: los arts. 924 y 925 (respecto de los muebles, v. supra, N° 196).

El contenido contrapuesto, a lo menos aparentemente, de esos dos preceptos, traduce la materia en el planteamiento de un problema: *cómo se prueba la posesión de inmuebles*. Mientras el art. 924 dispone que la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, el art. 925 prescribe que la posesión del suelo se prueba por hechos posesorios positivos. Tales nor-

⁸⁵⁷ GT. de 1940, 2° sem., p. 547; también Rev. de Derecho U. de Concepción N°s 33-34, pp. 2820 y sgts. (con nota de los Profs. Avelino León y David Stitchkin). Antes había sido aceptada, RDJ., t. 9, p. 524. Un relato histórico puede verse en Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. II, pp. 310 y sgts.

⁸⁵⁸ GT. de 1874, p. 1356. V. también Bustos Pueche, José, ob. cit., pp. 406 y sgts.

mas, unidas a los conflictivos preceptos de la denominada posesión inscrita, han provocado otra de las controversias notables en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Se ha sostenido que el art. 924 es aplicable a la prueba de la posesión de todos los derechos reales, a excepción del dominio; este último, más fácil de ejercitarse mediante actos materiales —de ahí que generalizadamente, incluso en los textos, se identifica el derecho con la cosa—, debe probarse en la forma dispuesta en el art. 925 (arts. como el 700, 715, 916 mostrarían esa diferencia entre el dominio y los demás derechos reales). Con esta posición muestran también su actitud de no asignar a la inscripción conservatoria un valor tan absoluto.⁸⁵⁹

En contra, en primer lugar se rechaza aquella confusión entre el derecho y la cosa con preceptos como los arts. 686 y 687, en los que quedaría claro que siempre lo que se inscribe son derechos, sea el dominio u otro derecho real, nunca los bienes mismos. Y se postula que el art. 924 se refiere a la prueba de los derechos inscritos y el art. 925 a la prueba de los no inscritos (es decir, a la de los que no están incorporados en el régimen registral). Los arts. 686, 724, 728, 729 apoyarían esta solución, pero tras los textos se trata de quienes asignan un valor categórico a la inscripción como símbolo de posesión. Más bien por la fuerza de las circunstancias esta posición admite también la prueba de hechos posesorios existiendo inscripción, en determinados conflictos: en casos de inscripciones paralelas, cuando los deslindes del inmueble no están claros en la inscripción, cuando la posesión tiene menos de un año de duración, etc.

Se ha propuesto todavía otra solución: que el art. 924 se aplica a la prueba de la posesión de los derechos reales inscritos distintos del dominio, el art. 925 a la prueba de la posesión de inmuebles no inscritos y ambos preceptos se aplican para la prueba de la posesión de inmuebles inscritos (por inscripción más actos posesorios positivos). Pero, como puede apreciarse, con este entendido quedarían sin decisión aquellos casos en que un litigante exhibe inscripción y el otro actos posesorios.

La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por la segunda alternativa (la doctrina y la nutrida jurisprudencia pueden consultarse en las obras citadas al tratar la posesión y en el Repertorio).

⁸⁵⁹ V., al respecto, Álvarez González, Humberto, ob. cit.

de L. y J., CC., arts. correspondientes,⁸⁶⁰ además, recuérdese el rechazo de las inscripciones "de papel"; v. supra, N° 195, final).

También ha motivado discusión el punto concreto de la prueba de la posesión de inmuebles inscritos que se han adquirido por un título no traslativo de dominio (como la accesión, y la sucesión por causa de muerte que en cuanto título posesorio es, según se ha dicho, de calificación discutible) (supra, N° 166). Se ha afirmado que en estos casos, como es posible sostener que se puede adquirir posesión sin necesidad de inscripción, la prueba se regiría por el art. 925.⁸⁶¹

Por otra parte, se ha resuelto que la aplicación del art. 924 —en cuanto ordena que es la inscripción el medio para probar la posesión de derechos inscritos— se limita a las situaciones en que la inscripción es exigida como modo de efectuar la tradición, ya que en tales ocasiones la posesión se adquiere a través de la inscripción (arts. 724, 728); y no se aplica a las situaciones en que la inscripción se practica voluntariamente (como ocurre con las servidumbres, en que la tradición se efectúa por escritura pública, pero puede inscribirse el título respectivo). La conclusión es acertada, ya que de otro modo se estaría valorando una prueba preconstituida por el mismo sujeto a quien posteriormente beneficiaría.⁸⁶²

Conviene aquí recordar lo dicho en otra ocasión (supra, N° 49, final) respecto a los inmuebles que el Fisco adquiere en virtud del art. 590: se ha resuelto que si bien al atribuirse los inmuebles que carecen de otro dueño está amparado en la prueba del dominio (es quien le dispute ese dominio quien debe probar que el inmueble sí tiene dueño), no hay disposición que le confiera de pleno derecho la posesión de tales bienes, por lo que, al entablar acción posesoria sobre ellos debe, como cualquier particular, probarla.⁸⁶³

⁸⁶⁰ V. también RDJ., t. 78, secc. 2ª, p. 136; t. 89, p. 82; F. del M. N° 202, p. 176; Jurisprudencia (Rev. de la Asoc. de Empl. del Poder Judic.), N° 32, p. 33; Gaceta Jurídica N° 137, p. 109. Hay fallos (antiguos) que han optado por la primera alternativa (GT. de 1881, pp. 703 y 1205; de 1882, p. 1695; de 1892, t. II, p. 651).

⁸⁶¹ V. Claro Vial, José, ob. cit., p. 246; Herrera Silva, Jorge, ob. cit., p. 83.

⁸⁶² RDJ., t. 16, p. 320. V. también t. 52, p. 120.

⁸⁶³ RDJ., t. 26, p. 302; Jurisprudencia (Rev. de la Asoc. de Empl. del Poder Judic.), N° 32, p. 33. En contra, RDJ., t. 4, p. 301; v. supra, N° 49, final y 190.

Para este tema deben tenerse presente también los arts. 719 y 731, en relación con el 2502.

La prueba sobre todo el predio. Por último, conviene formular una observación respecto de la prueba de la posesión sobre la totalidad del inmueble. Podrá apreciarse que la discusión sobre el valor jurídico de la posesión material entre nosotros está discutido debido a textos legales (posesorios unos y ordenatorios del Registro, otros) de insuficiente claridad, pero conceptualmente la posesión es, en la base, tenencia efectiva (material) con ánimo de señor; por lo mismo, en la práctica en el debate posesorio casi siempre se presenta con interés (con influencia en el resultado) la definición de quién es el que efectivamente posee. Pues bien, en los predios de gran (y aun mediana) extensión, surge la dificultad de la prueba de la posesión material sobre la totalidad del predio y frecuentemente esa prueba será susceptible de la objeción de que sobre cierto sector del predio no hay prueba posesoria. Estimamos que el tribunal ha de concluir razonablemente. No se puede pretender que el litigante pruebe actos posesorios palmo a palmo sobre toda la superficie del predio; probados los hechos de señorío en distintos sectores específicos, que en conjunto cubran el perímetro, ha de presumirse (en presunción judicial) la posesión material sobre el predio integralmente (y entonces quien pretenda que cierta zona precisa está en posesión suya deberá así probarlo).

279. 2) Prueba de la turbación o privación de la posesión. Evidentemente, si se interpone acción posesoria deberá probarse también la molestia o privación de la posesión, según el caso. Más precisamente, deberán probarse los hechos en que consisten (art. 551 del CPC.) y su fecha,⁸⁶⁴ para dejar claro así que se interpone en tiempo oportuno. Los medios de prueba son los comunes (algunas precisiones sobre la turbación se verán luego, en la querella de amparo, y sobre la privación de la posesión, en la de restitución).

280. Diversas acciones posesorias. Como ha podido observarse, el CC. distingue varias de estas acciones; el CPC. asigna denominación al procedimiento de cada una, bajo la expresión de "querellas" o "interdictos" (art. 549); son las querellas de ampa-

⁸⁶⁴ GT. de 1898, t. I, p. 220.

ro, de restitución, de restablecimiento, denuncia de obra nueva, denuncia de obra ruinosas e interdictos especiales.

El CC. trata las tres primeras en el Tít. XIII como "acciones posesorias" y las siguientes en el Tít. XIV, bajo la denominación genérica de "acciones posesorias especiales".

281. La querella de amparo. Es la que tiene por objeto conservar la posesión de los bienes raíces y derechos reales constituidos en ellos (arts. 916 y 921 del CC. y 549 del CPC.). De tal concepto se desprende que el querellante aún no ha perdido la posesión y, precisamente, se querella de amparo para impedir o poner término a la turbación o embarazo que, en ciertos casos, de continuar, pudieren concluir en una privación o despojo de la posesión; puede pedir conjuntamente que se le indemnice el daño causado y se le den seguridades contra el que fundadamente teme (art. 921; la aplicación de este precepto ha dado lugar a dudas procesales)⁸⁶⁵

Turbación, embarazo o molestia causada a la posesión es todo acto o hecho voluntario, ejecutado de buena o mala fe que, sin despojar a otro de su posesión, supone disputar o controvertir el derecho de ejercerla que pretende tener el poseedor⁸⁶⁶ (tal como se desprende de sentencias en que ha sido aplicada, los hechos son de variada naturaleza: ingresos al predio, corta de árboles, extracción o ingreso de materiales, remoción de cercos, etc.). Queda dicho, entonces, que no toda agresión de hecho funda una acción posesoria; debe importar *discutir la posesión* del agredido; una agresión que carezca de esa dirección (como el lanzamiento de una piedra a una ventana) no la justifica aunque de hecho perturbe al poseedor (como al dueño, al mero tenedor, incluso al huésped); pero podrá ser reprimida con otros instrumentos (civiles y penales).⁸⁶⁷

⁸⁶⁵ V., al respecto, RDJ., t. 81, secc. 2ª, p. 132.

⁸⁶⁶ Así, en RDJ., t. 78, secc. 2ª, p. 136.

⁸⁶⁷ V., al respecto, RDJ., t. 78, secc. 2ª, p. 136.

También se ha admitido la querella de amparo en la situación en que un tercero (antiguo promitente comprador) se niega a abandonar el predio al ser requerido por el nuevo dueño del inmueble (F. del M. N° 236, p. 160).

Nótese que la exigencia de que sea disputada la posesión no significa que ha de estarse a la sola afirmación del demandado (el cual, para defenderse, podría proponer que él no está disputando la posesión); sus actos o hechos habrán de ser calificados objetivamente, de modo que si, así apreciados, efec-



La acción puede intentarse tanto cuando se ha tratado de turbar la posesión como cuando en el hecho ya se ha turbado (art. 551 N° 2 del CPC.).⁸⁶⁸

Se ha resuelto también que la turbación puede ser de hecho o de Derecho.⁸⁶⁹

Ha dado lugar a numerosos litigios la situación del poseedor inscrito que se opone a que otro inscriba un título sobre el mismo inmueble; se ha concluido reiteradamente que esa oposición configura una acción posesoria de amparo; el que pretende inscribir perturba la posesión.⁸⁷⁰ Si logra inscribir, también se ha aceptado querrela de amparo.⁸⁷¹ Se ha estimado irrelevante el lugar desde donde procede la turbación,⁸⁷² asimismo lo es la existencia de daño efectivo. Conforme a algunos fallos, tratándose de turbaciones debidas a actos emanados de la autoridad pública es necesario examinar la naturaleza del acto de autoridad, el ámbito en que se desarrolla y las atribuciones que se están aduciendo; no está, pues, excluida categóricamente la posibilidad de entablar acción posesoria⁸⁷³ (luego se hará referencia al carácter de turbación o despojo que tiene el acto por el que se priva de posesión material al poseedor inscrito).

282. La querrela de restitución. Es la que tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos (arts. 916 y 926 del CC. y 549 del CPC.). El quere-

tivamente importan disputar posesión, serán idóneos para fundar la querrela. Por lo mismo, las inmisiones por olores, ruidos u otras circunstancias perturbadoras del ambiente, en cuanto no constituyan disputa de posesión no podrían ser reprimidas por esta vía (por cierto hay otras —hoy variadas— que ofrece el ordenamiento).

⁸⁶⁸ RDJ., t. 40, secc. 2ª, p. 56.

⁸⁶⁹ RDJ., t. 39, p. 120; con voto disidente que limita la posibilidad de turbación de Derecho sólo a los casos en que hay posesión inscrita.

⁸⁷⁰ En Repert. de L. y J. CC., art. 921, se citan 40 fallos en este sentido; también Jurisprudencia (Revista de la Asoc. de Empl. del Poder Judicial), N° 32, p. 33. En contra, GT. de 1901, t. II, p. 1610; también se discrepa en RDJ., t. 10, secc. 2ª, pp. 1 y 63, y GT. de 1914, 2º sem., p. 1275.

⁸⁷¹ RDJ., t. 39, p. 89; en el caso se inscribió por minuta.

⁸⁷² RDJ., t. 33, p. 28.

⁸⁷³ V., por ej., RDJ., t. 33, p. 12; t. 39, p. 163; t. 70, p. 66; F. del M. N° 178-179, p. 172.

llante ha sido ahora despojado de su posesión y por la querrela pide que le sea restituida; puede pedir además indemnización por los daños causados (art. 926, también con problemas procesales, como se dijo respecto de la querrela de amparo; supra, N° 281). Previéndose la posibilidad de trasposos, se permite dirigir la acción contra todo el que derive su posesión del que efectuó el despojo (art. 927). La privación puede ser total o parcial, y no importa si el autor no tiene ánimo de entrar él en posesión. Se ha entendido que si privado de la posesión, luego el poseedor puede entrar en ella libremente, se está en presencia más bien de una turbación.

La situación del poseedor inscrito que es despojado materialmente de su finca, examinada respecto de la procedencia de la acción reivindicatoria (v. supra, N° 266), debe también ser recordada aquí. Como quedó dicho en aquella ocasión, la dificultad consiste en determinar si se ha perdido o no la posesión.⁸⁷⁴ La respuesta dependerá, en última instancia, de la concepción que se tenga de la inscripción conservatoria (por lo que la doctrina y jurisprudencia mencionadas al tratar ese punto han de tenerse presente aquí). Si se concibe la inscripción como símbolo de posesión, en términos absolutos y excluyentes, se puede concluir que no hay privación, y ni siquiera turbación (entonces, el afectado habría de recurrir a la querrela de restablecimiento, si el despojo fue violento y actúa dentro de seis meses, como se verá pronto; a una acción de precario, por el art. 2195; a alguna innominada ordinaria en que se discutirían dominio y posesión; a la criminal de usurpación; al recurso de protección); en este extremo, sólo habría turbación si alguien pretende inscribir el mismo inmueble a su nombre, y privación de posesión si efectivamente inscribe (con efecto cancelatorio). Si se le tiene sólo como garantía de posesión, la cual siempre es tenencia con ánimo de dueño, en el caso propuesto habría sin duda turbación de la posesión, lo que daría fundamento a acción posesoria de amparo.⁸⁷⁵ Por último, bien puede entenderse que aun en los inmuebles inscritos la posesión material es un

⁸⁷⁴ Así, Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IX, p. 508. En contra, RDJ., t. 30, p. 23.

⁸⁷⁵ Así, por ej., GT. de 1924, 2º sem., p. 496; de 1946, 2º sem., p. 198; RDJ., t. 35, secc. 2ª, p. 70; F. del M. N° 202, p. 176.

elemento fundamental, y al privarse de ella, se estaría privando del aspecto o fase material de la posesión, y por lo menos habría un despojo parcial.⁸⁷⁶

Como unos mismos hechos pueden constituir turbación de posesión en un sector del inmueble y despojo en otro, pueden plantearse simultáneamente amparo y restitución (art. 17 del CPC.).⁸⁷⁷ Y si no está claro si los hechos constituyen turbación o privación de posesión, bien puede plantearse una en subsidio de la otra (art. 17 del CPC.).⁸⁷⁸ Tal sería la actitud que puede adoptarse cuando al poseedor inscrito se le priva de la posesión material, en que podría intentarse acción posesoria de restitución y, en subsidio, de amparo.

Por otra parte, se ha resuelto que, persiguiendo análogo fin jurídico, son compatibles las acciones reivindicatoria y posesoria de restitución, teniendo presente que mientras para reivindicar no es necesario haber entrado en posesión, para tener la posesoria de restitución es preciso haber tenido la posesión que se intenta recuperar (sin perjuicio de la necesidad de probar dominio en la primera).⁸⁷⁹

283. La querella de restablecimiento. Es la que se concede al que ha sido despojado violentamente de la posesión o mera tenencia de un inmueble, a fin de que le sea restituido en el estado existente antes del acto de violencia (arts. 928 del CC. y 549 del CPC.).

También denominada "querella de despojo violento", por cierto tiende a evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos.

La doctrina (nacional y extranjera) discute la naturaleza de esta acción, como posesoria propiamente, o como acción personal de carácter delictual (la circunstancia de concederse tam-

⁸⁷⁶ Así, por ej., RDJ., t. 27, p. 183; t. 52, p. 294; F. del M. N° 202, p. 176; procede amparo, también, Nueva Gaceta, vol. I, N° 4 (sept-oct.), 1978, pp. 14 y sgts.

⁸⁷⁷ Así, RDJ., t. 21, p. 6; Rev. de Derecho U. de Concepción N° 137, p. 87.

⁸⁷⁸ Se ha resuelto que la sola circunstancia de haberse celebrado una compraventa de un bosque existente en el predio (al que se refiere la acción posesoria), no implica privación o despojo de la posesión; más bien se trata de una turbación, por la que procedería la querella de amparo (RDJ., t. 90, secc. 2ª, p. 167).

⁸⁷⁹ RDJ., t. 4, p. 147; t. 23, p. 642; t. 30, p. 436; t. 52, p. 294.

bién al mero tenedor, y los textos de los arts. 928 del CC. y 564 del CPC., inducen a esta segunda calificación).

No es necesario, como quedó dicho, probar posesión; basta acreditar el despojo. Tampoco es necesario que el actor carezca de acción posesoria de amparo o restitución; puede recurrir a aquélla no obstante disponer también de éstas (art. 564 del CPC.; la redacción del art. 928 pudiera sugerir esa exigencia, pero no se aprecia fundamento para esa limitación).⁸⁸⁰

Prescribe esta acción en seis meses, contados desde el acto de despojo, plazo que no se suspende (conforme al art. 2524). Cumplida su función, es decir, restablecida la situación al estado anterior al acto de violencia, pueden ejercitarse las acciones posesorias que correspondan.

Con el solo art. 928 del CC. se discutió la procedencia de la querella de restablecimiento respecto de bienes muebles, duda que disipó el CPC. en el art. 549, con cuyo tenor queda claro que no es posible. Pero se ha aceptado respecto de muebles que son inmuebles por destinación.⁸⁸¹

En cuanto a los caracteres, inminencia y origen del acto de violencia, los tribunales han debido resolver variadas situaciones (sobre todo en el punto de la fuerza emanada de la autoridad administrativa).⁸⁸²

Se ha resuelto que, por su fundamento de evitar la justicia por mano propia, procede cuando la violencia se ejerce en contra de las personas o de las cosas, e incluso contra el dueño del inmueble.⁸⁸³ Pero como los hechos de violencia son personales,

⁸⁸⁰ RDJ., t. 9, p. 191; t. 17, secc. 2ª, p. 17.

⁸⁸¹ RDJ., t. 3, p. 182; F. del M. N° 249, p. 222.

⁸⁸² Diversos fallos pueden verse en el Repertorio de Legisla. y Jurispr., cit., CC., jurisprud. al art. 928, pp. 414 y sgts.

⁸⁸³ GT. de 1913, 1ª sem., p. 998; F. del M. N° 249, p. 222. Se trató de un acto de violencia por el cual el querellado destruyó el ducto (de ventilación) por el cual se ejercía la servidumbre, en la parte que transcurría por el inmueble de su propiedad (del querellado); se pretendió que para la procedencia de la acción, la violencia debe ejercerse en el predio del querellante; se resolvió que aun cuando así parece disponerlo el art. 928, procede extenderla a una situación como ésta ya que con ese acto violento prácticamente se está privando al dominante de la posibilidad de ejercer la servidumbre (F. del M. N° 249, p. 222). En el texto citado no se divisa esa supuesta exigencia de ubicación del hecho agresivo (por otra parte, siendo el ducto una estructura continua, cualquiera sea el sector violentado, es simplemente el ducto el objeto de la agresión).

no puede intentarse contra el sucesor del autor del acto de despojo violento. Entre comuneros es igualmente aceptada.⁸⁸⁴

284. Otras. Las restantes acciones posesorias se encuentran reguladas en los arts. 930 a 950 del CC. y 565 a 583 del CPC.

Esquemáticamente, estos textos regulan las que se denominan "denuncia de obra nueva", "denuncia de obra ruínosa" y otras acciones posesorias especiales. Tratan de su consistencia, sus requisitos, el tiempo en el cual prescriben y la concesión de acción popular en ciertas situaciones. Son destacables aquí los arts. 937 y 948, particularmente para la protección ambiental.⁸⁸⁵⁻⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ RDJ., t. I, p. 582; Rev. de Derecho Univ. de Concepción N° 89, p. 381; en este fallo, como se dijo al ser mencionado en el tema de las acciones posesorias entre comuneros (supra, N° 273), la querrela de restablecimiento no era el punto discutido.

⁸⁸⁵ V., a este respecto, Delgado Schneider, Verónica: "La protección del medio ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: un estudio histórico-comparativo", en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Univ. de Chile, Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005, t. I, pp. 907 y sgts.

⁸⁸⁶ Además de las obras ya citadas, puede verse Raviart, Émile: *Traité théorique et pratique des actions possessoires et du bornage*, Éditions Techniques, París, 1948; Parra, Ramiro: *Acciones posesorias*, Edit. Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1956; De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, Edit., Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1962; De Diego, Carmelo: *La posesión y los procesos posesorios*, Edit. Rialp, Madrid, 1962; De la Maza, Roberto: *Los interdictos*, Edit. Impr. Laguna, Santiago, 1922; Letelier Bobadilla, Carlos: *De los interdictos o juicios posesorios sumarios*, Univ. de Chile, Santiago, 1936; Villablanca, Santiago: *La acción popular ante el Derecho privado*, Univ. de Chile, Santiago, 1942; Huerta Díaz, Pablo: *Algunas acciones posesorias especiales*, Univ. de Chile, Santiago, 1942; Mendoza, Sergio: *Los interdictos posesorios ante la jurisprudencia*, Univ. de Chile, Santiago, 1947; Aguirre Flores, Francisco: *Requisitos generales de las acciones posesorias. Doctrina y jurisprudencia*, Edit. Universitaria, Santiago, 1959; Jiménez Larraín, Fernando: *Comentarios de jurisprudencia: Los interdictos posesorios*, Univ. de Concepción, Edit. Escuela Tipográfica Salesiana, Concepción, 1962. V. además las obras sobre posesión.

1390

**REVISTA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD
ADOLFO IBÁÑEZ**

NUMERO I: 2004

**COMENTARIO DE LA
JURISPRUDENCIA DEL
AÑO 2003**

**CORTE SUPREMA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

PEÑALOLÉN, 2004

PROPIEDAD, PROTECCIÓN Y STATUS QUO

Durante el año se dictaron varias sentencias de protección relacionadas con la garantía constitucional del artículo 19 N° 24 de la constitución. Este comentario no se refiere a todas ellas, sino sólo a las que plantean algún problema relevante desde el punto de vista de la propiedad en los términos no de la constitución sino del código civil, es decir, propiedad no en términos de titularidad de un derecho sino como el derecho real sobre cosa corporal definido en el artículo 582 del Código Civil.

Escapa a los límites de este comentario referirse al problema general que el recurso de protección plantea al funcionamiento de un sistema jurídico legalista. En particular, el problema central es que él permite y hace casi irresistible la tentación de decidir cuestiones de derechos de individuos sobre la base del sentimiento natural de justicia de la corte de apelaciones respectiva o la Corte Suprema. Esto es disfuncional, y esta disfuncionalidad es adicionalmente innecesaria. En efecto, una mirada a la jurisprudencia de protección muestra que la importancia forense que ha alcanzado ese recurso es consecuencia de que él cumple funciones para las que un procedimiento de amparo constitucional es claramente contraproducente; la mayoría de los casos decididos en sede de protección podrían ser solucionados por un procedimiento contencioso administrativo adecuado (es decir, por una acción de reclamación de legalidad de los actos de la administración) y, en materia de derecho privado, por una adecuada acción de urgencia. En ambos casos la referencia a los derechos constitucionales sería irrelevante y bastaría hacer referencia a la ley.

Los casos incluidos en este comentario que tienen que ver con recursos de protección son buena prueba de esto. En realidad, para solucionarlos no era necesario hacer una invocación directa a los derechos constitucionales, y en general bastaba analizar la legalidad de la acción del recurrido. La razón para esto es evidente: el recurso de protección procede contra acciones ilegales o arbitrarias, es claro que en derecho privado sólo puede proceder contra acciones ilegales. Los individuos en una sociedad de mercado tienen libertad para actuar, como lo declara el artículo 582 del Código Civil, arbitrariamente (la negación de esta afirmación es incompatible con un sistema de mercado). El es en realidad una de las razones por las que un procedimiento de amparo constitucional no es procedente entre individuos en sus calidades privadas, sino entre éstos y el Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema utiliza el recurso de protección entre individuos en sus calidades privadas como una acción cautelar, y los comentarios que siguen están formulados desde este punto de vista.

En efecto, uno de los criterios dominantes de la Corte Suprema para decidir cuestiones de protección entre individuos en sus calidades privadas (que demuestra su uso como acción cautelar) es el de la mantención del *status quo*. Enfrentada al hecho de que los términos del artículo 20 de la constitución parecen implicar que el recurso de protección puede reemplazar a cualquier

procedimiento, la Corte ha intentado limitar el alcance de la protección por la vía de concebirla como acción de urgencia que procede, en lo que se refiere a la afectación del derecho de propiedad por particulares, en contra de quien intenta tomarse justicia por mano propia. Así, el recurso de protección, de acuerdo al razonamiento de la Corte, protege el *status quo*, de modo que quien quiera modificar la situación existente en un determinado momento no puede modificarla unilateralmente sino debe seguir los procedimientos legales. El recurso de protección se presenta como un mecanismo cuya finalidad no es pronunciarse sobre la cuestión de fondo, porque en lo que se refiere al derecho de dominio el pronunciamiento de fondo corresponde usualmente a un juicio de lato conocimiento, sino a una cuestión diferente: ¿ha afectado una persona la situación de otra fáticamente, sin recurrir a la vía normativa (jurisdiccional) correspondiente? Si la respuesta es afirmativa, el recurso debe ser acogido; si es negativa, rechazado. La Corte evita el pronunciamiento de fondo y se restringe a un pronunciamiento sobre la licitud de las vías elegidas por una persona para salvaguardar sus derechos, dejando intacto el problema sustantivo que debe ser resuelto en la sede que corresponda.

Como se verá en el comentario de los diversos casos en los que se ha hecho alusión a la idea de *status quo*, ella no es suficiente. En efecto, si A tiene un derecho de dominio sobre un bien se sigue que A lo puede ejercer en perjuicio de B, quien por ejemplo transitaba por el predio libremente debido no a detentar un derecho de servidumbre sino a tolerancia del dueño. A entonces puede decidir cercar su predio, impidiendo el paso a B. ¿Está A afectando el *status quo*? La respuesta no es inmediata, porque exige responder precisamente lo que se suponía que esta referencia permitía no responder: si A tiene un derecho de dominio sobre la cosa y B transita sobre ella debido a mera tolerancia, entonces A no está alterando el *status quo* al cercar su predio, y es B el que pretende alterarlo por la vía de transformar lo que antes era tolerancia del dueño en cumplimiento de una obligación; si, por el contrario, B era titular de un derecho de servidumbre, entonces A no tiene derecho a cercar su predio e impedir el paso, y al hacer está actuando ilícitamente. Como se ve, "alteración del *status quo*" no es una noción descriptiva cuya ocurrencia pueda ser determinada sin pronunciarse sobre los derechos alegados por las partes, sino precisamente un término normativo que es derivativo de la posición jurídica de cada uno.

Esta situación se presentó reiteradamente ante la Corte Suprema. Una persona impedía fáticamente a otra el paso a través de lo que la primera entendía que era una cosa de su propiedad, alegando que hasta ese entonces la segunda había podido transitar por donde lo hacía por mera tolerancia. A esto, usualmente la segunda persona respondía recurriendo de protección, alegando la existencia de una servidumbre, y reclamando que el primero estaba alterado el *status quo*. La pretensión es que la Corte declare que hay una alteración del *status quo* que afecta el derecho de propiedad del recurrente, en la medida en que éste no puede acceder o utilizar de otro modo el predio del que es dueño.

En *Jacuisel con Sucesión* el recurrente alegaba que el recurrido había cerrado unilateralmente el camino que permitía el acceso a varias de las parcelas en las que el fundo Lepanto se había dividido. El recurrido, por su parte, alegaba que lo que había sido cerrado era sólo el acceso a un predio privado de su propiedad. Aunque no se trataba de un camino público, según lo informado por la Dirección de Vialidad (c. 3), la Corte de Apelaciones concedió la protección en atención a que por escritura pública se había constituido una servidumbre de paso en beneficio de cada uno de los cinco predios en que se había subdividido el predio mayor. Habiendo establecido la existencia de la servidumbre, la Corte de Apelaciones sostuvo que la acción del recurrido había "alterado la situación preexistente" (c. 6) por lo que el recurso debía ser acogido. Apelada esta sentencia, la Corte Suprema rechazó el recurso, alegando que la existencia de la servidumbre no había sido probada, así como tampoco había sido satisfactoriamente probado ni la prohibición de ingreso que afectaría al recurrente ni el hecho de que el camino cerrado por el recurrido era el único acceso al predio del recurrente (la Corte Suprema no se refiere a la escritura pública mencionada por la Corte de Apelaciones, por lo que no es posible saber cuáles fueron las razones por las que la desechó como probanza).

En *Videla con Videla* se discutió la misma situación. Esta vez la Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó el recurso, por no haberse probado la existencia de una servidumbre, pero la Corte Suprema lo acogió. Lo especial de esta decisión de la Corte Suprema es que, sin referirse a la existencia de una servidumbre por parte del recurrente (sólo hace referencia, en el c. 1, al hecho de que en el plano el camino cerrado por el recurrido se denomina "camino de servidumbre") acoge el recurso sólo sobre la base de que al cerrar el camino los recurridos

han alterado unilateralmente la situación existente, toda vez que conforme se desprende de los antecedentes [...] antes de los hechos que se han denunciado, existía un camino, que constituye el único acceso a la propiedad del recurrente (c. 3).

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema declaró el cerramiento del camino "una actuación ilegal o arbitraria" (c. 4).

La cuestión aquí se plantea con toda claridad: ¿Cómo puede calificarse la acción de los recurridos como "ilegal" sin pronunciarse sobre si el recurrido tenía un derecho de servidumbre? Si un predio carece de todo otro acceso, el dueño de éste puede forzar al dueño del predio a través del cual puede acceder al camino público a constituir una servidumbre (legal), pero para ello debe pagar el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarcir al dueño del predio sirviente de todo otro daño (art. 647 CC). Por consiguiente, si la servidumbre legal no había sido constituida y las indemnizaciones pagadas, el dueño del predio supuestamente sirviente tenía derecho a cerrar el camino, y el dueño del predio (legalmente) dominante sólo tenía derecho a demandar por la vía ordinaria la constitución de la servidumbre legal respectiva. La ile-

galidad eventual de la acción de los recurridos se sigue necesariamente de la existencia de una servidumbre, por lo que no se ve cuál es el fundamento de la Corte Suprema para declararse agnóstica respecto del segundo problema y aun así reprochar ilegalidad a los recurrentes.

ENAP con Solo es un caso instructivo de leer junto a *Videla con Videla* y otros. Aquí la recurrente reclamaba de actos de la recurrida que impedían a la primera el acceso al predio de la segunda, necesario para realizar trabajos de mantención y operación de ductos de su propiedad. Alegaba tener un derecho de servidumbre respecto del predio de la recurrente, cosa que la recurrente desde luego controvertía. La Corte de Apelaciones acogió el recurso, después de examinar los fundamentos de la pretensión de la recurrente. La Corte de Apelaciones de Punta Arenas primero estableció que la recurrente no había constituido una servidumbre por convención o resolución judicial en los términos del artículo 123 del Código de Aguas, y rechazó también la alegación de la recurrente de tener una servidumbre en virtud del artículo 2 de la ley 9618, porque el Decreto Supremo que exige para ello el artículo 7 de la misma ley no había sido dictado. Sin embargo, la Corte de Apelaciones dio debida consideración al hecho de que la recurrida adquirió el predio "con todos sus usos, servidumbres y derechos", y que su antecesor en el dominio del predio había recibido de la recurrente un pago como indemnización por trabajos que ésta realizara en su propiedad. Ambos antecedentes llevaron a la Corte de Apelaciones a la convicción de que la situación de la recurrente no era puramente fáctica, sino que estaba amparada por una apariencia de derecho. Habiendo establecido esta apariencia de derecho (aunque la sentencia no usa estas palabras), la Corte entendió que la acción unilateral de la recurrida alteraba el *status quo* y que por lo tanto el recurso debía ser acogido. La Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto ésta acogió el recurso, pero reemplazó todos los considerandos que contenían el razonamiento de la Corte de Apelaciones. De acuerdo a la Corte Suprema, todas las consideraciones de la Corte de Apelaciones en torno al hecho de que la recurrida no tenía una servidumbre en términos del artículo 123 del Código de Aguas ni en los términos del artículo 2 de la ley 9618, así como las consideraciones sobre la relevancia del convenio entre la recurrente y el antecesor de la recurrida en el dominio de su predio eran impertinentes para acoger el recurso de protección. La Corte Suprema reemplazó todas estas consideraciones por la siguiente afirmación:

Que sin entrar a determinar sobre la existencia o no de un derecho de servidumbre legalmente constituido, de los antecedentes de autos se desprende que la recurrente [sic] ha alterado una situación fáctica existente por varios años, privándose de la legalidad vigente, al haberse auto tutelado los derechos que eventualmente le asistían, colocándose en una situación de privilegio respecto de la recurrente, vulnerando con ello la garantía de igualdad ante la ley contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, lo que habilita para acoger el recurso (c. 3).

Aquí la Corte Suprema presenta un sorprendente argumento, que es en realidad una notable petición de principios. Si la Corte se niega a manifestar una

opinión sobre la existencia de una servidumbre, entonces no tiene cómo decidir quien está actuando en auto tutela de sus derechos: si la recurrente, porque está afirmando que tiene una servidumbre y auto tutelándose ese derecho, ingresando si no se lo impiden a un predio de dominio ajeno, o la recurrente, porque afirma tener un derecho de dominio no gravado con servidumbre y con esta base niega a la recurrente el acceso a su predio. La Corte cree que puede preferir en esta disyuntiva a la recurrente sobre la recurrida sobre la base de que ésta está afectando "una situación fáctica existente por varios años" pero la sola facticidad es insuficiente. Para distinguir la facticidad de la recurrente (usar el predio de la recurrida) de la facticidad de la recurrida (impedir a la recurrente el acceso a su predio) la Corte Suprema necesita aceptar algún argumento como esos que la Corte de Apelaciones había formulado.

Es entendible la reticencia de la Corte Suprema a formular consideraciones de fondo, porque el recurso de protección no permite conocer de cuestiones sustantivas para lo cual existen otros procedimientos. Como no corresponde decidir en sede de protección sobre la existencia o no de una servidumbre, la Corte evita pronunciarse al respecto. Pero como evita pronunciarse al respecto, protege a la facticidad en términos de pura facticidad, lo que es evidentemente inaceptable. Por supuesto que una persona puede "auto tutelar" su derechos si se entiende que es auto tutela el ejercicio de un derecho controvertido. El hecho de que el derecho sea controvertido, por sí mismo, no es suficiente para decidir que el derecho es inexistente. Si X es engañado para celebrar un contrato y antes de cumplirlo se da cuenta del engaño no es necesario que primero cumpla el contrato y después demande nulidad relativa. Puede perfectamente negarse a cumplir y oponer una excepción de nulidad. Si Z cree que tiene un crédito actualmente exigible contra V puede negarse a pagar una deuda que al mismo tiempo mantiene con él y oponer a la demanda de V la excepción de compensación; no necesita pagar primero su deuda y demandar su crédito después (en ambos casos, por supuesto, X y Z están expuestos a ser condenados al pago de perjuicios moratorios y a las demás consecuencias del incumplimiento imputable si no logran convencer al juez del caso de la corrección de su alegación). Para decidir cuáles formas fácticas de autoprotección son aceptables es imprescindible pronunciarse sobre la legitimidad de las pretensiones esgrimidas por las partes. Si la Corte no se hace cargo de esto y protege la facticidad en términos de pura facticidad, entonces la conclusión sería que cualquier ejercicio de un derecho controvertido sería contrario a los derechos constitucionales (!).

Ahora bien, en los casos en comento la posición por defecto usualmente será que quien ve su acción amparada por la legitimidad será el recurrido, porque habitualmente el dueño que niega la servidumbre tendrá a su disposición la forma obvia de protegerse: simplemente negándose a permitir el ejercicio de la servidumbre que disputa. De hecho, eso es lo que ocurrirá en el juicio ordinario respectivo: habiendo probado el dueño su derecho, entonces el que reclama tener la servidumbre perderá el juicio si no logra probarla. El dominio

(o al menos la posesión) del dueño (o poseedor) en todos estos casos es probado, si no fuera por otra razón porque la contraparte no controvierte eso. Como en principio el dominio incluye la exclusividad en el uso, es parte del derecho de dominio la facultad del dueño de excluir a otros de su uso. Si la Corte no quiere pronunciarse sobre ningún aspecto normativo en sede de protección, debe entonces rechazar todos estos recursos.

Pero por supuesto ésta es una conclusión demasiado apresurada. Es posible que efectivamente la recurrente tenga el derecho que reclama, y en este caso la reticencia de la Corte la deja en una situación desmedrada: no puede probar su derecho en sede de protección, y debe por lo tanto seguir un juicio de lato conocimiento. Hemos visto que la Corte Suprema acogió el recurso, pero con argumentos que en estricto rigor debían haberla llevado a rechazarlo (si la Corte se niega a pronunciarse sobre la normatividad de las situaciones alegadas por las partes, hemos visto que debe preferir al dueño). ¿Cómo pueden enfrentarse casos como éste? ¿Debemos concluir que o el juez de protección debe pronunciarse sobre el fondo en cuestiones que deben ser de lato conocimiento o que debe rechazar todos estos recursos?

El recurso que la Corte Suprema hace a la pura facticidad de la situación es el intento de la Corte Suprema por evitar esta disyuntiva. La Corte tiene razón en intentar evitarla, pero el medio que usa es inaceptable. La solución está en el criterio seguido en todos esos casos en los cuales ha de tomarse una decisión antes de haber conocido exhaustivamente una situación porque el tiempo apremia. Un caso paradigmático de eso, que podría ser utilizado como modelo para entender el problema de la protección como acción de urgencia, es el de las medidas precautorias. La situación aquí es la misma: la medida precautoria debe ser impetrada antes de que el derecho de quien la solicita esté judicialmente probado. Nótese cómo en las medidas precautorias el criterio que sigue la Corte Suprema en casos de protección sería directamente inaceptable. La solución para el caso de las medidas precautorias es exigir un *indicio de derecho*. En efecto, el Código de Procedimiento Civil niega al demandante derecho a exigir medidas precautorias sin presentar al menos "comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama" (art. 298 CPC). La razón de esto es evidente: las medidas precautorias afectarán los derechos de administración de sus bienes del demandado, lo que no debería en principio hacerse sin que haya seguridad de la existencia de los derechos que reclama el demandante, seguridad que se alcanzará sólo con la sentencia ejecutoriada. Pero si se espera a que esos derechos estén establecidos con certeza entonces se harán ilusorios. Por eso la ley acepta aquí una solución intermedia: los derechos de administración del demandado se pueden afectar, pero sólo en lo estrictamente necesario (las medidas se restringen a "los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio" conforme al art. 298 CPC), y siempre que el demandante pueda demostrar que su pretensión es al menos plausible. Nótese como esta última exigencia es esencial: liberar al demandante de esta

exigencia dejaría al demandado en una posición extraordinariamente precaria. Y sin embargo esto es lo que la Corte Suprema está decidiendo en casos de protección. El criterio, defendido por las cortes de apelaciones y rechazado por la Corte Suprema en *Videla con Videla y otros* y en *Enap con Soto*, de exigir a quien se asila en el *status quo* que muestre al menos un principio de justificación normativa para la posición cuya protección reclama, es el más adecuado.

Paradójicamente, en *Román con Hirmas* la situación fue precisamente la inversa. La Corte de Apelaciones de San Miguel utilizó el razonamiento de la Corte Suprema en los casos anteriores, y sin referirse a la controversia entre recurrido y recurrente sobre el hecho de tener el primero derecho a usar un camino que el segundo estaba obstruyendo acogió el recurso sobre la base de la prueba del hecho del cerramiento (c. 1). Aquí la Corte de San Miguel está aplicando el criterio que hasta ahora había seguido la Corte Suprema objetado más arriba: probado que sea el *hecho* de la interferencia, y manteniéndose perfectamente agnóstica respecto de la existencia de los derechos en disputa (c. 4), acoge el recurso. La Corte Suprema, sin embargo, utilizando el argumento que ella misma había rechazado en *Videla con Videla y otros* y en *Enap con Soto*, rechaza el recurso *porque* para acogerlo debía pronunciarse sobre el fondo:

Que, según se advierte, en la especie no puede estimarse conculcado el derecho de propiedad invocado por el recurrente, ya que el dominio sobre el denominado camino de servicio es precisamente lo discutido; como también, la circunstancia de si se ha constituido o no una servidumbre de tránsito (c. 3).

Es difícil, en consecuencia, conocer el criterio de la Corte Suprema: ¿es necesario, para acoger un recurso de protección, que el tribunal se pronuncie sobre la situación jurídica de las partes, al menos *prima facie*? En *Román con Hirmas* la Corte de San Miguel sostuvo que no, pero la Corte Suprema la corrigió afirmando que sí. Pero en *Videla con Videla y otros* y en *Enap con Soto* las cortes de apelaciones de Rancagua y Punta Arenas sostuvieron que sí, y fueron corregidas por la Corte Suprema que afirmó que no. Es de esperar que la Corte Suprema uniforme su criterio, y que adopte, por las razones ya expuestas, el defendido por ella misma en *Román con Hirmas* y por las cortes de Rancagua y Punta Arenas en *Videla con Videla y otros* y en *Enap con Soto*.

Otros recursos que están incluidos en este comentario surgen en el contexto de la aplicación de la ley 19537 sobre copropiedad inmobiliaria. En *Trebitzsch con Urzúa* se recurrió de protección en contra del administrador y el presidente de una comunidad de copropietarios, que enviaron a los copropietarios, en conformidad al inciso 6º del artículo 17 de la ley 19537, una comunicación en la que solicitaban el acuerdo de los copropietarios para modificar el reglamento de copropiedad y prohibir la transferencia de derechos de uso sobre los bienes ubicados en la comunidad, accesorios al bien principal, cuando no sea como consecuencia de la transferencia de los derechos sobre el bien principal (estacionamientos, bodegas, etc). La Corte de Apelaciones rechazó el recurso,

arguyendo que la acción de los recurridos era simplemente el ejercicio de una facultad concedida por el artículo 17 mencionado. La Corte Suprema lo acogió en atención a la ilegalidad de que su hubiera recurrido al mecanismo de la consulta por escrito a los copropietarios tratándose de una materia respecto de la cual ese mecanismo estaba prohibido (el inciso 6º del art. 17 de la ley 19537, que permite la consulta por escrito, la prohíbe tratándose de modificaciones al reglamento de copropiedad "cuando alteren los derechos en el condominio").

En *Yunis con Comunidad* de lo que se trataba era del ejercicio, por parte de la compañía administradora de la comunidad, de la facultad contenida en el inciso 3º del artículo 5 de la ley de copropiedad, que autoriza el reglamento de copropiedad a autorizar al administrador a suspender el suministro de energía eléctrica a las unidades cuyos propietarios no hayan solucionado los gastos comunes. El recurrente alegaba que de las dos unidades de las que era propietario sólo una de ellas estaba en mora, por lo que la suspensión del suministro en ambas era ilegal. La Corte de Apelaciones acogió el recurso, apelando sin mayor explicación (ni necesidad) a la idea de la mantención del *status quo*. La Corte Suprema por su parte, no fue impresionada por la argumentación de primera instancia, y revocó la sentencia rechazando el recurso. Lo hizo en atención a que no encontró acto ilegal alguno, porque el pago de las deudas de uno de las unidades alegado por el recurrente no fue, a juicio de la Corte Suprema, suficientemente probado.

La misma cuestión fue discutida, aunque no en sede de protección, sino de amparo económico, en *Escobar con Junta de Vigilancia*. El recurrente de amparo aquí alegó que el corte del suministro eléctrico le impedía realizar su actividad económica de "asesor literario, tanto nacional como internacional", afectando así su derecho a realizar cualquier actividad económica (art. 19 N° 21 CPol) y el orden público económico. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso en atención a que la facultad ejercida por el recurrido estaba amparada en la ley. La Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia pero rechazó sus argumentaciones, porque a su juicio la cuestión decisiva era determinar si era efectivo que

se haya alterado la actividad económica de la denunciante, que es lo que verdaderamente importa en este tipo de procedimientos y no, como equivocadamente se indicó en el razonamiento suprimido del fallo que se revisa, en cuanto a que no existe actuación arbitraria e ilegal, lo que tiene relevancia, como se dijo, en el caso del recurso de protección pero ninguna, en el presente (c. 7).

La Corte Suprema, aplicando este razonamiento, rechazó el recurso no por legalidad de la acción del recurrido sino porque el recurrente no probó que su actividad económica había sido afectada.

El argumento de la Corte Suprema causa perplejidad. ¿Cómo es posible que la legalidad de la acción del recurrente no tenga "ninguna" relevancia para determinar si se ha afectado el derecho a realizar cualquier actividad económica? Desde luego, muchas acciones afectan, en sentido puramente fáctico, el desarrollo de una actividad económica. Es difícil pensar que una persona que trabaja en un inmueble como asesor literario nacional e internacional no verá

en algún sentido afectada su actividad si carece de suministro eléctrico, del mismo modo en que cualquier persona que se dedica a una actividad económica la ve afectada por la agudización, por ejemplo, de la competencia. Del solo hecho de que se "haya alterado la actividad económica" de una persona no se sigue que esa persona tenga derecho a restablecer la situación anterior a través del recurso de amparo económico. Lo que es decisivo es que la afectación a la que ha sido expuesta no sea jurídicamente justificable. Como el amparo económico es un medio para identificar y rectificar las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, la Corte parece concluir que el hecho de que una actuación sea conforme a la ley no es suficiente para ponerla a resguardo de esa acción. Sin embargo, el propio artículo 19 N° 21, que establece el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, lo sujeta "a las normas legales que lo regulen", por lo que, al menos tratándose de relaciones entre privados, el que una de las partes actúe debidamente autorizado por la ley será siempre justificación suficiente (a menos, desde luego, que dicha ley sea declarada inaplicable, pero en ese caso el particular no estaría actuando debidamente autorizado por la ley porque ella sería inaplicable a su caso).

Desde luego, es altamente dudoso que el recurso de amparo económico sea el medio para reclamar de situaciones como las conocidas en *Escobar con Junta de Vigilancia*. Pero esto no procede comentarlo aquí. Lo que sí debe ser dicho es que existe un procedimiento de revisión judicial de las "contiendas que se promuevan entre los copropietarios o entre éstos y el administrador, relativas a la administración del respectivo condominio" (art. 33 ley 19537), de competencia del Juzgado de Policía Local respectivo, por lo que parece sensato pensar que en principio no hay necesidad de conocer de estas cuestiones a través del amparo económico o de la protección. Si bien en principio, entonces, debería concluirse que recursos de amparo económico o de protección referidos a estas cuestiones deberían ser declarados inadmisibles (con el mismo argumento mencionado más arriba, que no hay imperio del derecho que requiera ser restablecido), es también plausible pensar que cuando haya razones de *urgencia* que lo justifiquen el recurso de protección es procedente. Aceptar la procedencia del amparo económico en estos casos es mucho más discutible. En todo caso, esta es una cuestión sobre la que sería esperable que los tribunales se pronunciaran, estableciendo condiciones de procedencia. Para esto no puede ser irrelevante el hecho de que el recurso de amparo económico es conocido en primera instancia por una corte de apelaciones y en segunda por la Corte Suprema, mientras los recursos legales alternativos suelen ser de competencia de juzgados de policía local. No es sensato pensar que, en su mejor interpretación, el sistema judicial chileno permite a una persona elegir entre el juez de policía local y la Corte Suprema cuando se trata de reclamar por el corte del suministro eléctrico.