

1380

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

NUMERO I: 2004

**COMENTARIO DE LA
JURISPRUDENCIA DEL
AÑO 2003**

**CORTE SUPREMA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

DERECHOS REALES
FERNANDO ATRIA LEMAITRE

ADQUISICIÓN DE DERECHOS REALES

Accesión de mueble a inmueble

La ley 6285, de 1938, autorizó la expropiación de un terreno donde manaban aguas termales. Con el mérito de esa autorización, y antes de que la propiedad fuera efectivamente expropiada, ella fue entregada en concesión a la entonces Caja de Seguro Obligatorio (cuyo sucesor legal es el Instituto de Normalización Previsional, INP), con el objeto de que éste construyera diversos establecimientos de explotación turística. La Caja de Seguro Obligatorio realizó dicho cometido, construyendo para ello diversos establecimientos deportivos y recreativos. Estos son los hechos que fueron discutidos en *Asesio con INP*. Aquí, la demandante alega ser dueña de parte del predio donde los edificios fueron en su momento construidos y, en consecuencia, solicita que se obligue a la demandada a pagar el valor de esos terrenos o se declare que se ha hecho dueña de los mismos por prescripción. El INP respondió alegando reconventionalmente la prescripción y en forma adicional su derecho de retención conforme al inciso 2º del artículo 669 (que da derecho al que edifica, planta o siembra con materiales propios en predio ajeno a ser indemnizado del valor de lo edificado, plantado o sembrado antes de restituir, si se ha edificado, plantado o sembrado "a ciencia y paciencia del dueño").

Como la demandante tenía el predio inscrito a su nombre, y era sucesor de modo ininterrumpido de quien fuera poseedor inscrito al momento de ocurrir los hechos que originan el litigio, la alegación de prescripción hecha por el INP fue fácilmente desechada. En primera instancia, el tribunal lo hizo sobre la base de los artículos 724 y 2505 del Código Civil: conforme al primero, la demandada no pudo adquirir posesión del inmueble, por no haberse practicado la inscripción necesaria para ello; conforme al segundo, no puede alegarse posesión material para derrotar una posesión inscrita (c. 12). La Corte Suprema, aunque casó la sentencia de segunda instancia que confirmó la de primera, también negó la alegación de la parte demandada, concluyendo correctamente que la poseedora del inmueble era la parte demandante, y que por consiguiente la alegación de la prescripción por la demandada era impertinente (c. 9).

La cuestión más interesante en este caso fue la aplicación del artículo 669, que regula la accesión de mueble a inmueble. Como se sabe, el artículo 669 contiene una regla que distingue dos situaciones: la del que edifica, planta o siembra con materiales propios en suelo ajeno con desconocimiento del dueño, y la del que lo hace a ciencia y paciencia de éste. En el primer caso el dueño tiene el derecho alternativo de "hacer suyo el edificio", estando obligado sólo a las indemnizaciones que corresponden conforme a las reglas sobre prestaciones mutuas (arts. 904-915 CC) o de exigir al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno más los intereses correspondientes (art. 669 inc. 1^o). En el segundo caso (si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño), el derecho alternativo del inciso primero desaparece y el dueño sólo tiene derecho a "recobrar" el (uso del) terreno, para lo que sin embargo debe previamente indemnizar el valor del edificio, plantación o sementera.

Por razones que serán evidentes más adelante, es útil entender las reglas del artículo 669 por referencia a las reglas sobre prestaciones mutuas en el caso de reivindicación. No son un corolario de éstas, porque las soluciones que contienen son diversas, pero se refieren a problemas suficientemente similares como para entender que entre ellas debe haber la "devida correspondencia y armonía" de que habla el artículo 20.

En efecto, las reglas del artículo 669 no reproducen las reglas sobre prestaciones mutuas. La indemnización a la que el poseedor vencido tiene derecho se determina, en éstas, en atención al tipo de mejora realizada, mientras que en aquellas lo determinante es si el dueño toleró inactivamente la construcción o simplemente la desconocía. La razón por la que las reglas difieren es que el problema de la construcción en suelo ajeno puede plantearse no sólo en casos caracterizados porque un poseedor ha sido vencido en un juicio reivindicatorio. Hay por lo menos dos situaciones más: la del constructor que cree que entre el dueño y él hay un contrato (creencia refrendada, en el caso del inciso 2^o, por la inactividad del dueño), y la del que, como en el caso en comento, cree tener un derecho sobre el inmueble pero que no es siquiera poseedor por no tenerlo registrado a su nombre.

Ahora bien, tratándose de las indemnizaciones del artículo 669 la ley es más generosa con el constructor del inciso 2^o que con el poseedor de buena fe. En efecto, el primero sólo puede recobrar (arts. 908-909 CC) las mejoras necesarias y las útiles (respecto de las voluptuarias sólo tiene *ius tollendi*, el derecho a "llevarse los materiales de dichas mejoras" conforme al art. 911). El constructor en el caso del artículo 669 inciso 2^o, por su parte, tiene derecho a que se le indemnice el valor del edificio con prescindencia de su calificación en tanto mejora, y con prescindencia de si ha estado de buena o mala fe.

Es interesante destacar la peculiaridad de la obligación que el Código Civil impone al dueño de un terreno, si sabe que se está construyendo o plantando en él. El dueño está obligado a advertir a quien edifica o planta que el

terreno en que lo está haciendo es ajeno y que se expone a perder el valor de lo que haya edificado o plantado, y si no lo hace no podrá recobrar el terreno. Si se considera que lo edificado (como en el caso en cuestión) puede ser de una entidad significativa, el incumplimiento por el dueño de esta carga lo hace adquirir una obligación de indemnizar que puede ser superior al valor del inmueble. Y nótese que esta obligación es una que tiende a evitar que el que actúa ilegalmente sufra perjuicio. La acción del constructor es ilegal en la medida en que interfiere con el dominio ajeno, y la ley no exige siquiera que esté de buena fe; puede invocar el inciso 2^o del artículo 669 incluso quien actúa a sabiendas de que el terreno es ajeno, si lo hizo a ciencia y paciencia del dueño.

¿Por qué el Código impone esta obligación sobre el propietario? Algunos autores han defendido la tesis de que esta obligación no es anómala, es decir, no se desvía del sistema del Código. El mejor ejemplo de esta tesis es Luis Claro Solar, quien entendía la regla del inciso 2^o del artículo 669 como una sanción al propietario de mala fe:

En este caso [el del inciso 2^o del art. 669 CC] el propietario ha procedido de mala fe, puesto que en lugar de enablar desde luego su demanda reivindicatoria, a pesar de tener conocimiento de los trabajos que ejecuta el poseedor, lo deja hacer para lucrar ensiguuida con la obra ejecutada en la expectativa de que lo que se ha de indemnizar sea inferior al gasto efectivo¹.

Pero Claro Solar aquí va demasiado rápido. Si el fundamento de la regla del inciso 2^o del artículo 669 fuera la mala fe del propietario, ¿no bastaría una presunción legal de mala fe? El argumento de Claro Solar no es suficiente para justificar la radicalidad de la regla que comentamos. Es perfectamente posible que el dueño no advierta al constructor por desidia, lo que en derecho civil calificaría como negligencia. Pero una persona normalmente no tiene obligación de mostrar diligencia respecto de los intereses de otra: sólo tiene un deber general de cuidado.

Quizás, entonces, el Código Civil le imputa al dueño una declaración de voluntad. En efecto, podría decirse que la inactividad del dueño es una manifestación de voluntad. Si así fuera, tendría que tratarse de un caso de voluntad tácita o presunta. Pero en realidad no puede ser un caso de voluntad tácita, porque eso es contingente: el silencio puede o no ser declaración tácita de voluntad, y la regla legal no hace las consecuencias dependientes de los hechos adicionales que lo demuestren (el dueño no puede defenderse alegando que su inactividad no era una forma de manifestar su aquiescencia al uso de su predio por el constructor); debe entonces ser una voluntad presunta, es decir una voluntad que la ley imputa al sujeto con independencia de lo que el sujeto quiera. En este caso necesitamos una justificación para esta imputación de voluntad. ¿Podría ser simplemente que el dueño puede evitar, con escaso detrimento para él, un daño significativo al patrimonio del tercero que construye, planta o siembra? Esta solución parece plausible mientras uno no

¹ Claro Solar, *La Explotación de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), t. VIII, §702.

recuerda que es el tercero el que está actuando ilícitamente; desde luego, puede esperarse que una persona se preocupe por los intereses de otra incluso cuando ésta está infringiendo el derecho de la primera. De ahí, sin embargo, a decir que la primera tiene el *deber legal* de colaborar a que el que actúa ilícitamente no sufra perjuicio hay un paso que el Código en general es reacio a dar. En la accesión de mueble a inmueble lo da sin titubear y es esta anomalía la que reclama una explicación. En otras palabras, la obligación especial del dueño de actuar diligentemente respecto de los intereses del constructor es anómala, y para esa anomalía es importante encontrar una explicación.

Una probable explicación parece estar en consideraciones de política urbanística. Ésta es, por otra parte, la justificación más probable del surgimiento de la regla romana *superficies solo cadit*, que yace bajo el artículo 669²; el constructor no puede reivindicar los bienes muebles con los que ha construido porque no puede permitirsele reivindicar la viga que sostiene el resto del edificio. La regla *superficies solo cadit* es necesaria, de acuerdo a Ulpiano, "ne urbs ruinis deformetur" ("para que la ciudad no pierda su forma por los derrumbes": D. 47.3.1). Las consideraciones urbanísticas operan en ambos sentidos: el dueño del inmueble se hace dueño de lo construido sobre él (y el constructor no puede reivindicar sus muebles porque pierde el dominio sobre ellos), pero el dueño de los muebles tiene derecho a ser indemnizado. La indemnización es más significativa mientras más atendible haya sido el error del constructor, y por eso la doble regla del artículo 669.

De modo que debe entenderse que la obligación del dueño no es una obligación interna a la relación entre el dueño y el constructor, sino una limitación de orden público al derecho de dominio (del propietario de los bienes muebles utilizados para la construcción).

Las consideraciones anteriores, que sólo destacan lo anómalo de la regla del inciso 2º del artículo 669, sirven para determinar la extensión que debe recibir la expresión "a ciencia y paciencia del dueño". La Corte Suprema asume que construye a ciencia y paciencia del dueño quien construye *con conocimiento* del dueño, pero dadas las consideraciones anteriores parecería razonable entender que "a ciencia y paciencia" es más exigente que sólo "con conocimiento": se actúa "a ciencia y paciencia" del dueño cuando se actúa con su conocimiento, en circunstancias tales que para el dueño intervenir y advertir al que construye

² No sería el único caso en el que consideraciones de índole urbanística llevarían a los juristas romanos a desvirtuarse de los principios jurídicos. Otro caso es el de la servidumbre de apoyo *omnis ferendi* (Ulp. D. 8.3.6.2) que, en contra de la regla tradicional, *servitutis in fiore consistit non potest*, imponía al dueño del predio sirviente la obligación (activa) de mantener en buenas condiciones el muro de su propiedad sobre el que se apoyaba la construcción vecina. Al respecto véase Atria, F. "A. Romana puzzle" en 34. *The Irish Jurist* (1999) 276-297. Respecto de la regla *superficies solo cadit*, es de la misma opinión Carrasco, A. *Las Edificaciones y Accesión* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1986), pp. 98-99.

³ Apoyándose en Ramos, R. "Edificación en suelo ajeno sin previo contrato" en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción, 1986), pp. 124-127. La sentencia cita erradamente la página 414 como la página inicial. Este artículo aparece reimpresso, doce años después pero bajo un autor distinto, en Grollman, C. "Edificación en sitio ajeno sin previo contrato" y *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso, 1998), pp. 385-390.

no resulta gravoso. Como todo lo que se exige es que el dueño no reaccione, por regla general los dos estándares llevarán al mismo resultado, porque por regla general advertir a quien construye de que está construyendo en terreno ajeno no debería ser particularmente gravoso. Pero si lo es, entonces no parece sensato preferir la posición del tercero en contra del dueño.

La Corte Suprema no hace esta distinción (yampoco lo hace la Corte de Apelaciones ni el juez de primera instancia, porque ellos decidieron, erradamente, que lo importante era lo que se había hecho a ciencia y paciencia del dueño actual al momento de la construcción), y razona sobre la base de que el inciso 2º del artículo 669 simplemente exige que se haya construido (etc.) con conocimiento del dueño. Efectivamente, la Corte Suprema aplica al caso las reglas del inciso 2º del artículo 996, aceptando como suficiente para ello que se había demostrado "que el dueño del suelo *tuvo conocimiento* de la construcción del edificio, careciendo por tanto de fundamento esta acción" (c. 7).

En todo caso, el juez de primera instancia decidió que la construcción no se había hecho a ciencia y paciencia del dueño, por lo que la regla que debía aplicarse era la del inciso primero (derecho alternativo del dueño). Como está dicho, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia. La Corte Suprema casó la sentencia de segunda instancia, y decidió que la edificación se había realizado a ciencia y paciencia del dueño, por lo que la regla aplicable era la del inciso 2º del artículo 669 (derecho de retención para el edificador). Podría pensarse que la Corte Suprema no tenía competencia para imponer su opinión sobre si se había edificado a vista y paciencia del dueño o no, porque esta parece ser una cuestión de hecho sobre la cual los jueces del fondo tienen la última palabra. Pero esta apreciación sería incorrecta. La razón por la que el juez de primera instancia y luego la Corte de Apelaciones decidieron que la regla aplicable era la de del inciso primero del artículo 669 era que "la edificación fue iniciada sin el conocimiento de la actual dueña exclusiva" del inmueble, ya que "a la data del inicio de la edificación [la demandante] aún no era dueña exclusiva" (c. 8 sent. prim. inst.). El juez razona sobre la base de que el inciso 2º del artículo 669 del Código Civil es aplicable sólo cuando la persona que demanda es aquella a ante cuya vista y paciencia se edificó. La Corte de Apelaciones parece concurrir con el juicio del juez de primera instancia, porque cree que es relevante para el caso el hecho de que "la construcción en los terrenos de la actora tiene una data muy anterior a la fecha en que la actora adquiere el dominio exclusivo de la propiedad de autos" (c. 2).

Claramente éste es un grueso error de derecho que debe celebrarse que la Corte Suprema haya corregido. En el momento en que el dueño observa pasivamente como se edifica, planta o siembra en su terreno, el derecho de dominio que está incorporado a su patrimonio es afectado: ahora su uso de la cosa está sujeto a la compatibilidad de ese uso con el uso por el extraño de la edificación, plantación o siembra o al pago de lo que éste haya invertido. Esta modificación en el contenido del derecho de dominio del dueño es

transmisible, por lo que sea quien sea quien lo suceda en el título incorporará a su patrimonio un derecho de dominio con las mismas características (por supuesto, que su derecho de dominio haya sido modificado no quiere decir que lo haya sido por un derecho real correlativo del constructor, que carece de todo derecho real relativo a la cosa. Por eso, el derecho del constructor es contra el dueño que observó la construcción y quien lo suceda en el dominio, y no alcanza a quien adquiriera el dominio originario de la cosa, *e.g.* por prescripción). Cuando la Corte Suprema casa la sentencia, basado en que la Corte de Apelaciones infringe la ley porque entiende que aquél a cuya ciencia y paciencia debe haberse construido es el dueño actual y no el dueño contemporáneo a la construcción, lo que está haciendo es corregir la errada interpretación de la ley hecha por el juez y la Corte, no imponiendo a éstos su propia apreciación de los hechos. Por eso la Corte correctamente señala que el vicio que permite casar la sentencia es la errada interpretación de la ley de la Corte de Apelaciones (c. 4), dejándolo para la sentencia de reemplazo la apreciación de la prueba para determinar si era o no el caso que se había construido a vista y paciencia del dueño.

En esta sentencia, la Corte declara que la situación es la cubierta por el inciso segundo del artículo 669, y en consecuencia desecha la demanda en lo principal, que ejercía uno de los derechos que el inciso 1º confiere al dueño. A continuación, la Corte acoge la petición subsidiaria, y declara que la demandante se ha hecho dueña de lo construido por prescripción adquisitiva. Al mismo tiempo, rechaza la reconvencción del demandado que solicitaba se declarare a su favor el derecho de retención del inciso 2º del artículo 669.

La decisión de la corte es correcta, pero sus razones son erradas.

En primer lugar, la demandante en ese caso era efectivamente dueña del inmueble por adherencia, pero no lo era por prescripción sino por accesión. La Corte sostiene que la demandante era poseedora del edificio porque éste "quedó amparado por la respectiva inscripción de dominio del conservador de bienes raíces", y esto porque el edificador "sabía que el terreno en que construía pertenecía a un tercero" (c. 9). Es difícil ver el vínculo entre estas dos cuestiones. La cuestión de si el edificio "queda amparado" por la inscripción es seguramente independiente del hecho de que el edificador sabía que el terreno era ajeno, y tiene que ver únicamente con la cuestión de si ha de considerarse al edificio como una cosa accesoria respecto del inmueble sobre el que se construye. En el contexto del Código Civil chileno, es difícil ver cómo puede evitarse la conclusión de que el edificio es accesorio al inmueble. El artículo 668 ha dispuesto que incluso cuando el dueño de *mala fe* construye con materiales ajenos lo edificado ha de considerarse accesorio al inmueble. En consecuencia, la conclusión en nuestro caso debe ser que, haya o no sabido la Caja de Seguro Obligatorio que el terreno era ajeno, lo edificado accede al terreno sobre el que es edificado.

Y esto soluciona inmediatamente la cuestión de cuál es el título en virtud del cual la demandante se ha hecho dueña de lo edificado: es accesión y no

prescripción. La cuestión es importante, aunque no afecta lo dispositivo del fallo, porque nos permite concluir que la demandante sería dueña incluso si no se hubiera cumplido el plazo de prescripción. Quizás aquí la Corte se dejó llevar por la argumentación de Ramos, quien sostiene, en el artículo al que la Corte hace referencia, que mientras el dueño deba la indemnización del inciso 2º (esto es, mientras el constructor tenga derecho de retención) el dueño del inmueble no se hace dueño de lo construido sobre él. Pero esta posición es insostenible. Desde luego, el lenguaje que el inciso primero utiliza (el dueño "tendrá el derecho de hacer suyo el edificio [...] mediante las indemnizaciones prescritas [...]") parece sugerir que el dueño del terreno no es dueño del edificio mientras no pague las indemnizaciones del caso. Pero esto es incoherente con la solución que el Código ha dado al caso inverso: el dueño del terreno se hace dueño del edificio que el mismo ha construido de mala fe con materiales ajenos. No se ve qué razón podría haber para tratar a aquél en cuyo terreno sin su conocimiento otro ha construido (inciso 1º art. 669 CC, que según Ramos sería dueño del edificio hasta el pago de la indemnización) de modo más desfavorable que al que de mala fe ha usado muebles de otro para construir en su propio terreno (art. 668 inciso 2º CC: sin perjuicio de que el dueño del terreno quede expuesto incluso a la acción criminal correspondiente, lo construido accede al inmueble).

Como hemos visto, el dueño de los muebles pierde su dominio sobre éstos cuando los usa en la construcción, no cuando ha transcurrido el plazo de prescripción. Las consideraciones de política urbanística mencionadas más arriba se cumplen sólo si el dueño de los muebles lo pierde de pleno derecho por el solo hecho de incorporarse éstos a un inmueble por adherencia. Si no fuera así, el dueño del acero utilizado para sentar los cimientos del edificio tendría los dos o 10 años de prescripción del artículo 669 para reivindicar su acero produciendo la ruina del edificio. Negar esta posibilidad de reivindicación es la finalidad de la regla *superficies solo cadit* y del artículo 669. Por otra parte, si de tenor literal se trata, el artículo 669 inciso 2º habla de la "recuperación" de la cosa, con lo que parece estar sugiriendo que el dueño del terreno ha perdido algo y lo recuperará sólo si paga la indemnización debida. Pero el dueño no ha perdido el dominio sobre el edificio, porque conforme a la tesis de Ramos nunca lo ha tenido. ¿Qué ha perdido el dueño, que se trata de recuperar? No puede haber perdido el dominio sobre el inmueble sobre el que el tercero ha construido, porque la regla es precisamente la contraria: *superficies solo cadit*. Debe concluirse que todo lo que el dueño ha perdido es el *uso y goce* de su cosa, con la conclusión de que la cosa es de su propiedad, y de lo que se trata de recuperar es su uso y goce.

De este modo, la recta doctrina parece indicar que el dominio del dueño del terreno sobre éste y lo construido sobre él no está nunca en disputa: la cuestión es determinar solamente qué derechos personales contra el dueño tiene el constructor.

Y aquí se plantea la otra cuestión sobre la cual la Corte da la respuesta correcta por malas razones. ¿Tenía la demandada derecho a retener la cosa mientras la demandante no pagara el valor del edificio? La Corte ya había decidido que el caso estaba cubierto por el inciso 2º del artículo 669, y ese inciso da ese derecho al constructor. Pero a juicio de la Corte

Conforme al claro tenor literal del inciso 2º del artículo 669 del Código Civil, esta acción sólo pertenece al dueño del terreno que lo reivindica de su actual poseedor, que para recuperar debe pagar el valor del edificio al que construyó a su ciencia y paciencia y no al metro tenedor que edificó en suelo ajeno que sólo tiene la acción que corresponda de quien otorgó el uso y goce del terreno de terceros como ocurre en la especie (C. 10).

Pero el tenor literal del inciso segundo no es claro en en el sentido de que el derecho de retención corresponde sólo al poseedor:

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

De hecho, la referencia no sólo a la edificación, sino también a plantaciones o sembrados muestra que este inciso es perfectamente aplicable también al caso a) del que creía que tenía un contrato con el dueño en virtud del cual podía usar y gozar el inmueble, y b) del que creía ser dueño pero no era dueño ni poseedor, en virtud de las reglas sobre posesión inscrita, que es el caso que nos ocupa.

¿Cómo ha de entenderse esta referencia al "claro tenor literal" del inciso 2º del artículo 669? Parece haber sólo dos posibilidades: quizás la Corte entendió que la referencia del inciso 2º a la *recuperación* del terreno implica que es el dueño el que está recuperando de manos del poseedor. No es "claro", sin embargo, por qué la sola referencia a la recuperación del terreno restringe la aplicación del artículo 669 al caso del poseedor vencido: lo "recuperado" puede ser no sólo la posesión, sino también el uso y goce. Por otro lado, y a pesar de lo dicho por la Corte que hace referencia al tenor del inciso 2º, quizás ella entendió que era el claro tenor literal del artículo 996 *inciso 1º* el que restringía su aplicación al caso del poseedor vencido, en la medida en que dispone que el constructor tiene derecho a las indemnizaciones del poseedor vencido. Pero esto también dista de ser claro. Que el caso X deba ser resuelto por aplicación de las reglas dadas para el caso Y no implica "claramente" que X es Y; la razón puede perfectamente ser, como es en el caso, que la situación X es suficientemente similar en todo lo relevante a la situación Y y que, habiéndose dado reglas para Y, el legislador, en vez de reiterarlas, las hace aplicables a un caso al que en principio no son aplicables. Y la razón por la que en principio las reglas sobre prestaciones mutuas de la reivindicación no son necesariamente aplicables al caso del artículo 669 es precisamente que hay casos en los que no se trata de un poseedor vencido que tiene derecho a indemnizaciones por lo construido. El argumento de la Corte, que asimila el caso del artículo 669 al de los artículos 904ss, es entonces errado.

La decisión, sin embargo (*i.e.* que la demandada no tenía derecho a retener la cosa) es correcta. Y lo es porque, *contra* Ramos, el dueño del terreno es dueño

del edificio no desde el momento en que paga la indemnización que corresponda, sino desde que el edificio adhiere permanentemente al suelo. El inciso 2º del artículo 669, sin embargo, le da al constructor el derecho de retención que el artículo 914 le reconoce al poseedor vencido cuando tiene un saldo que reclamar. La parte demandada pretendía que ese derecho de retención subsista hasta que el dueño pagara efectivamente ese saldo. La razón por la que esta alegación debía (probablemente) ser desestimada era que la demandante (probablemente) carecía de derecho de retención porque el derecho que tenía contra el dueño del terreno estaba (probablemente) extinguido. El derecho del constructor contra el dueño del terreno había sido (probablemente) extinguido por compensación (los "probablemente" en las frases anteriores se explican porque, como veremos, la solución del caso depende de una serie de hechos que no fueron considerados relevantes en el juicio, por la incorrecta aplicación del art. 669).

Para apreciar esto es necesario representarse la siguiente situación: A construye en el terreno de B a ciencia y paciencia de B. B reclama el terreno y el edificio, y A opone su derecho de retención en contra de esta pretensión de B. En principio, el inciso 2º del artículo 669 dispone que A tiene derecho a retener la cosa hasta que B pague. Si B paga, la obligación de B se extingue y consecuentemente se extingue el derecho de retención de A. Si B no quiere o no puede pagar, no puede usar y gozar el inmueble de su propiedad.

Nótese que esta situación es anómala: B es dueño de un predio y, sin contrato ni la constitución de ningún derecho real limitativo del dominio, no puede usarlo y gozarlo. Esta situación no puede ser indefinida. Al contrario, ella debe ser entendida de modo que lleve en sí misma una tendencia hacia su desaparición, de modo que el dominio tienda a su consolidación. Pero en la medida en que el dueño no quiera o no pueda pagar la indemnización, parecería que la situación es indefinida. Nótese adicionalmente que el constructor no puede exigir al dueño el pago de la indemnización, porque el dueño puede perfectamente decidir no pagar y soportar el derecho de retención del constructor. Por consiguiente la obligación del dueño de pagar la indemnización no prescribe.

El hecho de que esta situación no tienda a su consolidación ha llevado a algunos autores a inventar un plazo para el dueño ejerza su derecho a recobrar el terreno. Ramos cita a E. Serrano quien, discutiendo el caso del artículo 361 del Código Civil español, cree que puede exigirse al dueño el ejercicio de su derecho a recobrar el terreno dentro del plazo que el mismo código confiere para la retractación (art. 1524 CC español)*. Ramos no manifiesta su opinión respecto a la aplicabilidad de esta argumentación al caso chileno⁵. En todo caso, debe decirse que la ley no contiene plazo para que el dueño ejerza este derecho (como la Corte de Apelaciones de Concepción lo ha declarado en un caso citado por Ramos⁶).

4 Serrano, E: "La adquisición mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil", en *Revista de Derecho Privado* (Madrid, 1981), pp. 669ss, cit. por Ramos, *op. cit.* en n. 2, pp. 145s.

5 *Ibid.*, p. 146.

6 *Ibid.*

Correctamente entendida, sin embargo, la regla del artículo 669 no requiere de un plazo, porque ella tiende a la consolidación del uso y del goce en la persona del dueño. Como de lo que se trata es de un tercero (el constructor) que comete con o sin justa causa un error (ya porque creía ser dueño de un terreno ajeno, ya porque creía que entre él y el dueño hay un contrato), el constructor no puede quedar con mejor derecho del que la ley confiere al que cree con justa causa que es dueño sin serlo. Por justa que la causa de error haya sido, sabemos que el solo hecho del error no confiere a quien lo sufre un derecho a lo que habría tenido si no hubiera habido error: el constructor, por consiguiente, no tiene derecho real alguno sobre el inmueble. Sólo tiene, como hemos visto, un derecho de retención.

Ahora bien, el derecho de retención, en principio, sólo permite al acreedor retener la cosa de cuya restitución se trata como garantía de su crédito. Es un modo de presionar al deudor para que éste pague. Por eso el Código de Procedimiento Civil (art. 346) lo asimila a la prenda o la hipoteca, según el bien sobre el que recae, si es que ha sido judicialmente declarado, y sólo para los efectos de su realización y pago (no es, por consiguiente, un derecho real: no da al acreedor derecho de persecución⁷). Por eso también el Código Civil permite al deudor recobrar la cosa, garantizando el pago de la obligación asegurada (así, entre otros: arts. 699 inciso 2º, para el caso que estamos analizando; 914, para el caso del poseedor vencido; 2193, para el comodato)⁸. De esto se sigue que, en principio, el derecho de retención no da al acreedor derecho de uso y goce de la cosa⁹.

Que no tenga derecho a usar y gozar la cosa no quiere decir que debe abstenerse de usarla y gozarla. Aquí la situación es la misma que la del poseedor de mala fe: éste también carece del derecho de usar y gozar la cosa, pero su uso y goce no es ilícito. La regla que le prohíbe usar y gozar no es una regla de propiedad en el sentido de Calabresi y Melamed sino una de responsabilidad¹⁰: si la usa y goza, deberá al dueño la renta por el uso, y el precio de los frutos de los que se hubiere apropiado por el goce. Para el poseedor de mala fe la regla está en el artículo 907 del Código Civil:

⁷ Véase, en el mismo sentido, Abelink, R. *Las Obligaciones* (Santiago: López-Viñcos, 1971), p. 624.

⁸ Es posible entonces sostener que el deudor *siempre* puede recuperar la cosa garantizando el pago de la deuda. En este sentido véase Abelink, *ibid.*, p. 623.

⁹ NB: lo dicho en el texto es que el mismo derecho de retención no da derecho de uso y goce; es posible que el acreedor tenga derecho a usar y gozar la cosa y el derecho de retención, al permitirle retener la cosa, le permite continuar usándola y gozándola. Así, por ejemplo, en el caso del art. 1937: "En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá éste ser expulso o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador". Aquí el arrendatario retiene la cosa como garantía y en virtud de que detenta como arrendatario tiene derecho a seguir usando la cosa en los términos del arriendo (y el arrendador tiene derecho a que el arrendatario pague la renta, sin perjuicio de que entre esta obligación del arrendatario y la obligación del arrendador de indemnizar al arrendatario pueda operar la compensación. Lo que ocurrirá es que si el arrendador no paga el arrendatario podrá seguir usando la cosa arrendada y eventualmente la obligación del arrendador se extinguirá por compensación. La diferencia de este caso con el que comentamos es que el arrendador está incumpliendo una obligación contractual (por lo que el arrendatario puede exigirla) pero, como hemos visto, el dueño no está incumpliendo obligación alguna si decide tolerar la retención del constructor y no pagar la indemnización.

¹⁰ Véase Calabresi y Melamed: "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catredra" en *63 Estudios Públicos* (1996), pp. 347-391.

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, deberá el valor que rentan o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.

El constructor que retiene el inmueble sobre el que ha construido, no tiene derecho a apropiarse de los frutos de ese inmueble. Por consiguiente, por cada acto de apropiación de los frutos adquiere una obligación de restituir esos frutos al dueño una vez terminada la retención. Dicha obligación del acreedor en algún momento alcanzará el monto de la obligación de indemnizar que tiene el dueño. En ese momento el dueño podrá demandar la entrega del inmueble y solicitar al juez la liquidación de la obligación de restituir los frutos y habiéndose liquidado esta deuda, que será también de dinero y actualmente exigible, se habrán cumplido los requisitos del artículo 1656 para que la obligación del dueño se dé por extinguida por compensación; habiéndose extinguido la deuda, el derecho de retención del constructor se extingue consecuentemente.

Esta explicación es preferible a otras, como la de Ramos (que sostiene que el constructor es dueño del edificio mientras el dueño del terreno no paga las indemnizaciones debidas¹¹) por varias razones: en primer lugar, porque, como está dicho, muestra que la situación que resulta de la aplicación del artículo 669 inciso 2º no es indefinida: es provisorio, y la separación entre dominio por un lado y uso y goce por el otro que parece permitir esa disposición tenderá a su consolidación en el dominio del dueño del terreno. Esta consideración es relevante porque la tendencia a la consolidación del dominio es importante en el sistema del Código Civil. En efecto, cuando una situación de diferenciación entre dominio y uso y goce no tiene una tendencia interna a su consolidación el Código la impone, como en el caso del usufructo que termina por la muerte del usufructuario o a los 30 años si se trata de una persona jurídica (arts. 806 y 770 CC respectivamente).

En segundo lugar, esta solución impide el enriquecimiento sin causa del constructor, en la medida en que él debe pagar por el uso y goce del bien ajeno. Permitirle al constructor usar y gozar del bien ajeno sin pagar por ello es una solución que carece de justificación en el sistema del Código.

Podría decirse que la solución ofrecida no evita sino sólo hace más improbable que la situación se extienda indefinidamente. En efecto, es posible que el tercero no explote el bien, y que en consecuencia no se apropié de frutos de éste en la cantidad necesaria para extinguir su crédito por compensación. Pero esta posibilidad es mucho menos probable de lo que parece. Como hemos visto, el poseedor de mala fe no es responsable sólo por los frutos de los que se apropió, sino por los que se habría apropiado con mediana inteligencia y actividad (esto de nuevo muestra que a pesar de carecer de derecho a gozar de

¹¹ Ramos, *op. cit.* en n. 2, p. 144.

la cosa de lo que se trata no es que esté *prohibido* para el poseedor de mala fe explorar la cosa). Por consiguiente, el dueño no necesita probar que el constructor se ha apropiado de frutos por un valor igual o superior a las indemnizaciones debidas, sino que dado el tipo de bien de que se trata su explotación con mediana inteligencia y actividad durante un cierto plazo habrá producido frutos en esta cantidad. La razón por la cual la ley hace responsable al poseedor de mala fe de esos frutos no producidos es que su posesión de la cosa impide al dueño su explotación de ella. La misma razón concurre en el caso del artículo 669 inciso 2º: la retención por parte del constructor impedirá al dueño explotar por sí mismo la cosa, y eso hace responsable al retenedor de los frutos que la cosa habría producido si hubiera sido explotada diligentemente. La única situación que estos razonamientos no solucionan es la que se produce si la cosa es tan improductiva que explotada con mediana inteligencia y actividad no produce bienes suficientes para compensar los intereses del precio de la construcción.

Esta posibilidad, sin embargo, no debe preocuparnos. Ciertamente se trata de que aquí el constructor ha cometido un fenomenal error de juicio comercial: ha hecho una inversión significativa en una cosa que ni explotada con mediana diligencia puede pagarse. Es claro que en este caso el que debería sufrir las consecuencias de este error de juicio es el constructor y no el dueño, y la interpretación ofrecida implica que será el dueño el perjudicado por el error de juicio del constructor. ¿Es esto una razón en contra de esa interpretación? La respuesta ha de ser negativa, porque es simplemente la reaparición de la anomalía originaria de la figura del artículo 669 inciso 2º. En efecto, la razón por la que el error del constructor perjudica al dueño es reconducible a la anomalía detectada al principio: el artículo 669 inciso 2º impone al dueño de un terreno el deber de preocuparse de los intereses de un tercero que está actuando ilícitamente, de modo que si no lo hace será él (el dueño) el que sufrirá las consecuencias de la acción ilícita del tercero. Como la entera figura del artículo 669 inciso 2º es anómala en este sentido, no es raro que la anomalía reaparezca en el caso extremo, obligando al dueño a cargar con los costos del error del constructor.

Servidumbres: constitución

¿Tiene el dueño de un inmueble derecho a ser indemnizado por los perjuicios que le causa el hecho de que un canal que lleva agua de regadío a un predio vecino pase a través del suyo? La respuesta no presenta mayor dificultad: desde luego lo tiene, a menos que el dueño del predio beneficiado tenga *derrocho* a través del predio vecino con el canal. Ahora bien, incluso en el supuesto de que tenga derecho, el que habitualmente asumirá la forma de una *servidumbre*, y en este caso de acueducto, todavía corresponde preguntarse si el titular de la *servidumbre*, es decir, el dueño del predio dominante, tiene alguna obligación en cuanto a la forma en que ese derecho ha de ejercerse.

En principio, el análisis de la situación debe comenzar distinguiendo las *servidumbres legales* de las convencionales. Si se trata de una *servidumbre legal* el dueño del predio dominante tiene derecho a constituirla y el dueño del predio sirviente no puede negarse, sin perjuicio de tener derecho a ser indemnizado por los perjuicios que el acueducto le cause. Tratándose de *servidumbres voluntarias* la determinación de cuáles son las indemnizaciones debidas por el dueño del predio dominante al dueño del predio sirviente no aparece, porque el primero las debe, si es que las partes las pactan como parte del contrato que crea la *servidumbre*, no en calidad de indemnización sino en calidad de contraprestación. En las *servidumbres legales*, en las que el dueño del predio sirviente no puede, como en el caso de las voluntarias, negarse a la constitución de la *servidumbre*, la ley especifica cuáles son las indemnizaciones que el dueño del predio dominante debe al dueño del sirviente como consecuencia del ejercicio de su derecho legal de constituir la *servidumbre* incluso contra la oposición de éste. Estas cuestiones (y las accesorias de cómo disponer el acueducto de modo que minimize el perjuicio al predio sirviente, conforme a lo dispuesto por el artículo 79 del Código de Aguas) deben ser resueltas, a falta de acuerdo de las partes, por el juez que declara la constitución de la *servidumbre legal*.

Ahora bien, el gravamen que la *servidumbre* constituye para el predio sirviente en algún sentido se incorpora a éste, porque "las *servidumbres* son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen" (art. 835 CC). Por esto, quien adquiere un predio gravado con una *servidumbre* no sufre perjuicio por la existencia de esa *servidumbre*, y quien se ve legalmente requerido a permitir la existencia de una *servidumbre* en predio propio no sufre, en términos jurídicamente relevantes, un perjuicio constante sino sólo un perjuicio único: el causado por la constitución de la *servidumbre*. Por esto el Código de Aguas da al dueño del predio sirviente derecho a exigir las indemnizaciones del caso al momento de constituirse la *servidumbre*. Como el daño que el gravamen representa ha sido indemnizado, el dueño del predio sirviente no sufre daño por la continuada existencia de la *servidumbre*, que ahora es parte del bien que detenta.

Por eso también cuando se demanda precisamente estas indemnizaciones es crucial determinar si lo que se está demandando es la constitución de una *servidumbre legal* (caso en el cual es procedente obligar al dueño del predio dominante a pagar todas las indemnizaciones pertinentes) o la indemnización de un perjuicio causado por el ejercicio regular de una *servidumbre* ya constituida (caso en el cual en principio no hay derecho a indemnización). Aunque no fue expresado en estas palabras, ésta fue la cuestión controvertida en *Maldonado con Ferrández*.

En efecto, aquí se demanda para que se declare que el demandado no tiene derecho para continuar transportando las aguas de un canal de regadío a través del predio del demandante, y en subsidio para que, si se declara que tiene de-

recho a hacerlo, se le imponga la obligación de abovedarlo y realizar las obras necesarias para que el canal se mantenga en buenas condiciones y en particular para que no se ensanche por el desmoronamiento progresivo de sus riberas.

En este caso el demandado alegó ser titular de una servidumbre de acueducto. La servidumbre no había sido formalmente constituida, y por eso las sentencias de primera y de segunda instancia entendieron que lo que se requería era decidir, en términos de los artículos 76 y siguientes del Código de Aguas, el modo en que el derecho legal de servidumbre del dueño del predio sirviente debía ejercerse. Por eso el juez de primera instancia, en una sentencia que fue casada por la Corte de Apelaciones por ultrapetra, y la Corte de Apelaciones, en su sentencia de reemplazo, impusieron al dueño del predio dominante la obligación de realizar obras para asegurar, en términos del inciso final del artículo 78 del Código de Aguas, el cumplimiento de las obligaciones que el artículo 79 impone al dueño del predio dominante, que en breve pueden caracterizarse como obligaciones destinadas a minimizar el perjuicio que la servidumbre representa al predio sirviente. La Corte también impuso al demandado, en los términos del artículo 82 del Código de Aguas, la obligación de pagar al demandante el valor del terreno sobre el cual corría el canal.

Como se ve, la Corte de Apelaciones, aunque no lo dijo de ese modo, decidió en el entendido de que estaba declarando la constitución de una servidumbre cuya fuente estaba en la ley. En concordancia con esto, decidió que la alegación del demandado de haber adquirido por prescripción el derecho de servidumbre debía ser rechazada porque la prescripción no puede alegarse como excepción¹². De modo contradictorio, sin embargo, reconoció que el demandado tenía una servidumbre constituida por título conforme al artículo 883 del Código Civil, porque en un proceso anterior entre las mismas partes el demandante había reconocido el hecho del paso por su predio del canal de su vecino. Al reconocer esta circunstancia la Corte de Apelaciones debió haber notado que entonces no debía fallar como si estuviera decidiendo sobre la constitución de un a servidumbre de acueducto, y por consiguiente no correspondía imponer al demandado las obligaciones que en definitiva le impuso (art. 78 inc. 2º CAG).

La sentencia de reemplazo dictada por la Corte de Apelaciones fue casada en el fondo por la Corte Suprema, porque ésta entendió que se trataba no de declarar la existencia de una servidumbre legal y establecer sus condiciones de ejercicio, sino de una servidumbre ya constituida. De hecho, el demandado podía alegar a su favor al menos tres modos de constitución de la servidumbre:

¹² Esta cuestión, como se sabe, mantiene cierta controversia. Hay quienes sostienen que la prescripción sólo puede ser alegada como acción. Pero en realidad lo que se alega como excepción no es la prescripción, sino el hecho de ser titular del derecho adquirido por prescripción. En el caso en comento resulta claro: lo que la demandada alegaba no era directamente prescripción del derecho de servidumbre, sino oponía a la demandante el mejor argumento a su disposición: que la demanda debía ser rechazada porque el demandado estaba realizando una acción lícita de ejercicio de un derecho, el de servidumbre, adquirido por prescripción. Por supuesto, para acoger la alegación el tribunal debe declarar que la prescripción ha operado. No parece haber razón de peso para negar al demandado la justificación más categórica que puede invocar en contra de la pretensión del actor.

la *destinación de padre de familia*, porque el predio sirviente y el dominante eran parte de un predio mayor cuando el canal fue construido (art. 881 CC), la constitución *por título* en términos del artículo 883 del Código Civil, como ya lo había declarado la Corte de Apelaciones (c. 12) y la adquisición *por prescripción* en términos del artículo 882 del Código Civil, porque la de acueducto es una servidumbre continua y aparente.

Como en el caso en análisis se trataba de una servidumbre voluntaria, constituida por alguna de las tres maneras mencionadas, la demanda del actor perseguía la finalidad ilícita de mejorar su derecho a costas del dueño del predio sirviente. En efecto, el derecho adquirido por el demandante fue un derecho de dominio sobre un predio que estaba gravado con la servidumbre de acueducto en cuestión. Al pretender que tiene derecho adicionalmente a la indemnización por el terreno que utiliza el canal que riega el predio dominante, el demandante está intentando enriquecerse injustamente. En términos económicos, si el demandante actuó racionalmente al adquirir el predio debió haber pagado por él un precio que reflejaba el hecho de que estaba gravado con una servidumbre. Es en consecuencia impropio que pretenda que se le indemnice un daño que no ha sufrido. Esa es la lógica que subyace a la disposición del artículo 78 del Código de Aguas, que dispone que las indemnizaciones que se deban por la constitución de la servidumbre de acueducto se pagan sólo una vez. Esa es la razón por la cual la sentencia de la Corte de Apelaciones debía ser casada en la forma, por contener decisiones contradictorias: decidió que la servidumbre de que se trataba era voluntaria y que había sido constituida en el pasado (es decir que el litigio no versaba sobre la constitución de una servidumbre legal de acueducto) y al mismo tiempo ordenó a la parte demandada a indemnizar un daño que de acuerdo a lo anterior no había irrogado. La Corte Suprema, al casar la sentencia, evita una decisión incorrecta.

PROTECCIÓN DEL DOMINIO Y DE LA POSESIÓN

De los casos aquí comentados, cinco se refieren al problema de la posesión de inmuebles. De éstos, tres (*Herrich con Negron*, *Huisa con Chaipul y Fiza con Saenz*) son sentencias dictadas en procedimientos ordinarios iniciados por ejercicio de acciones reivindicatorias y el cuarto es una sentencia de protección (*Herriguez con Conservador*). El quinto (*Estrada con Transportadora*) plantea varios problemas sustantivos por lo que será comentado por separado.

Poseción e inscripción

En *Herriguez con Conservador* se recurrió de protección en contra de la decisión del Conservador de Bienes Raíces de Puerto Montt de practicar, en 2002, una inscripción especial de herencia a favor de uno de los recurrentes de derechos sobre un inmueble a la sazón inscrito a nombre del recurrente desde 1924. Esta inscripción había sido obtenida por el antecesor del recurrente

en juicio contra el fisco. Los derechos alegados por el recurrido surgían de su calidad de heredero de su padre, abuelo y bisabuelo, remontrándose a una inscripción de 1913 que reconocía derechos (se de suponer, porque la sentencia no lo especifica) a éste. El recurrente, por su parte, era sucesor de quienes a partir de 1917 habían comprado acciones y derechos sobre el inmueble en cuestión hasta completar el 100% de ellos. De hecho, el conservador de Puerto Montt recurrido se había negado a practicar la inscripción especial de herencia solicitada por el recurrente porque a su juicio éste carecía de derechos inscribibles, y sólo la practicó ante la orden judicial obtenida en una gestión voluntaria por el otro recurrido.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazó el recurso, por considerar que no era una cuestión que debiera ser discutida en un procedimiento de esa naturaleza. Apelada esa decisión, la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia y acogió el recurso. El argumento central de la Corte Suprema fue una apelación al *status quo* (sin mencionar estas palabras) que será comentado más adelante, al hablar en general del recurso a esta noción en la jurisprudencia de protección relativa al derecho de propiedad. Esto suscita la pregunta de si era correcta la decisión de primera instancia, es decir, si era correcto rechazar el recurso porque no era un asunto que correspondiera decidirlo en sede de protección.

Aunque no es éste el lugar para detenerse en la cuestión, de suyo importante, de los límites del recurso de protección, es importante notar dos cosas: En primer lugar, que el *solo hecho* de que existan procedimientos alternativos al recurso de protección no puede ser suficiente para declarar que éste no procede, porque la propia constitución lo concede "sin perjuicio de los demás derechos" que la ley conceda. La cuestión de estos procedimientos alternativos, sin embargo, es relevante para determinar si exista un quebrantamiento del imperio del derecho, que es requisito indispensable para que el recurso de protección opere. Desde este punto de vista, si los mecanismos de protección alternativos son insuficientes de modo tal que ellos no serán aptos para restablecer el imperio del derecho, ya porque por restricciones procesales no permitirán determinar si hay o no una situación que deba ser corregida o no, o porque ellos operarán cuando ya sea inoportuno por haber sido ya causado el daño, entonces puede concluirse que el recurso de protección procede pese a la existencia de otros procedimientos. La frase final del artículo 20 de la constitución, sin embargo, no puede ser entendida en el sentido de que la existencia de procedimientos paralelos al recurso de protección es perfectamente irrelevante. En otras palabras: dada la frase final del artículo 20 de la constitución la existencia de otros procedimientos para hacer valer un derecho nunca es por sí misma suficiente para concluir que el recurso de protección no procede; pero esa frase no tiene la consecuencia de transformar el recurso de protección en una alternativa a todos los procedimientos: en la medida en que hay procedimientos alternativos al que puede recurrirse para obtener

protección de derechos de modo que no resulte severamente más gravoso o improductivo, deben preferirse esos otros procedimientos. Esto será discutido con más detalle más abajo.

Habiendo dicho esto, es importante determinar cuáles eran las vías no constitucionales de reclamación a las que el afectado podría haber recurrido. Para estos efectos, debe atenderse al hecho de que el recurrente era poseedor inscrito desde 1924 y que el recurrido tenía a su nombre una inscripción especial de herencia de 2002. En estas circunstancias, es claro que debe considerarse si el recurrente tenía alguna acción posesoria, y en todo caso parece claro que tenía adicionalmente la acción reivindicatoria. La cosa, sin embargo, es un poco (pero sólo un poco) más compleja.

Atendidas las controversias interpretativas que suscitan las reglas legales aplicables (en particular los arts 728 y 2505 CC) no es claro si la inscripción especial de herencia obtenida por uno de los recurridos ha sido suficiente para poner fin a la posesión inscrita del recurrente. Como es sabido, hay dos maneras de entender la relación entre esas dos reglas: es posible entender que el artículo 728 es una regla cuyo foco está en el inciso primero, es decir, una regla que regula los casos en que una posesión inscrita termina: una posesión inscrita termina sólo cuando una inscripción es cancelada por otra que corresponde a alguno de los tres tipos indicados por el inciso primero del artículo 728. El inciso segundo de este artículo, en esta interpretación, simplemente menciona una circunstancia más que no afecta la posesión inscrita (el apoderamiento material) y el 2505, por su parte, debe ser leído a la luz del 728, entendiendo que la inscripción a la que se refiere aquél debe ser una de las mencionadas en el inciso primero de éste. Si ésta es la interpretación correcta de las reglas aplicables, la inscripción especial de herencia obtenida por uno de los recurridos no afecta en absoluto la posesión del recurrente, y no siendo afectada la posesión del recurrente éste no tendría acción posesoria ni reivindicatoria alguna (desde luego, su derecho de dominio no se vería tampoco afectado, y el recurso de protección debería haber sido rechazado).

Pero es sabido que hay otra interpretación disponible de estos artículos: puede decirse que el centro de gravedad del artículo 728 está en su inciso segundo, porque en realidad ese artículo es uno que se limita a negar al apoderamiento material valor para afectar la posesión inscrita. El artículo 2505, por su parte, se refiere a una situación completamente distinta, en la que lo que se esgrime en contra de una posesión inscrita no es apoderamiento (por lo que el caso no es cubierto por el art. 728), sino otra inscripción, y el mandato del 2505 es que en este caso la inscripción más reciente previene a la antigua. En esta interpretación, la parte recurrente ha perdido la posesión y entonces debe ejercer, en su caso, la acción reivindicatoria (porque tiene 78 años de posesión inscrita ininterrumpida) o la querrela de restitución del artículo 926.

Dada la controversia anterior, no parece sensato negar que el derecho del recurrente sobre el inmueble ha sido al menos turbado por la inscripción espe-

cial de herencia del recurrido. En efecto, antes de esa inscripción el recurrente tenía posesión inscrita ininterrumpida por 78 años, y después de esa inscripción está expuesto a una situación incierta dada la controversia que rodea varios de los aspectos de la posesión de inmuebles en el Código Civil. Esto solo basta para que el recurrente haya podido alegar turbación (art. 921 CC, querrela de amparo) o privación injusta (art. 926 CC, querrela de restitución) de la posesión. En caso de haber prescrito ambas acciones (lo que en todo caso no había ocurrido al momento de dictar sentencia la Corte Suprema, porque la decisión es de 16 de abril de 2003 y la inscripción especial de herencia obtenida por el recurrido es de 20 de mayo de 2002), el recurrente debía haber intentado la acción reivindicatoria la que, dados los hechos consignados por la sentencia de primera instancia y reproducidos por la de segunda, debería haber sido exitosa.

En todo caso, nótese que los derechos del recurrente habrían sido en definitiva afectados al cumplirse el plazo de prescripción adquisitiva; asumiendo (porque eso no se discutió sino sólo se mencionó en el juicio) que el recurrente podía alegar a su favor 78 años de posesión inscrita ininterrumpida, es claro que puede probar su dominio, y esto sólo será afectado cuando el recurrido que obtuvo la inscripción especial de herencia pueda alegar la prescripción a su favor. No hay necesidad, en consecuencia, de una acción especial de urgencia. La acción del recurrido no afecta todavía el imperio del derecho. En estas condiciones la solución adoptada por la Corte de Apelaciones parece ser la correcta: sin perjuicio de la corrección substantiva del alegato del recurrente, la vía adecuada para restablecer el imperio del derecho no es la protección.

Acción reivindicatoria

En los otros tres casos mencionados de lo que se trataba era del ejercicio de la acción reivindicatoria. Todos fueron casos de doble inscripción, con un reivindicante que alegaba ser poseedor inscrito contra un demandado que invocaba una inscripción obtenida a través del procedimiento creado por el DL 2695 de regularización de la propiedad raíz.

En *Fica con Sáez*, se demandó la nulidad de la inscripción de la demandada, obtenida, como está dicho, conforme al procedimiento establecido por el DL 2695 y, declarada que fue esa nulidad, la reivindicación del predio en cuestión. La demandada, sin embargo, había probado en los términos dispuestos por el referido decreto ley las circunstancias que la habilitaban para solicitar la inscripción de la propiedad a su nombre, y por consiguiente no había vicio de nulidad en esa inscripción. Si la inscripción regularizadora afecta los derechos del verdadero dueño, éste tiene dos formas de protegerse: puede oponerse a la solicitud del peticionario, y si es exitoso en esto impedirá que la propiedad se inscriba a nombre de éste, y pueden ejercer la acción reivindicatoria dentro de un año contado desde el momento de la inscripción. Mientras ese plazo no transcurra, la inscripción regularizadora no afecta el dominio del verdadero

dueño. Por esto, no era necesario hacer lo que el demandante hizo en este caso, es decir, interponer la acción reivindicatoria dependiente del resultado de una acción de nulidad previa. La inscripción puede ser plenamente válida y a pesar de eso la acción reivindicatoria ser procedente. El juez de primera instancia y la Corte de Apelaciones castigaron duramente la incompetencia jurídica de la parte demandante, porque concluyeron que dado que la acción de nulidad debía ser rechazada (porque no había vicio en el procedimiento de regularización) debía también rechazarse la acción de reivindicación que se interponía dependientemente. La Corte Suprema, sin embargo, casó la sentencia de segunda instancia alegando que

en virtud del principio *intra non valet curia* son los jueces los que siempre aplican el derecho a los hechos antegados por las partes de suerte que, en la especie, si de lo expuesto por la demandante claramente se infiere que ha interpuesto una acción reivindicatoria, a pesar del tenor literal de su demanda, el tribunal debe, entendiendo que del hecho surge el derecho, aplicar éste y razonar sobre la procedencia de tal pretensión (sentencia de reemplazo, c. 2).

Aquí quizás la Corte pecó de excesivo entusiasmo. La invocación al principio *intra non valet curia* parece razonable porque la demandante de hecho había interpuesto acción de reivindicación, aunque lo había hecho incorrectamente. Habiendo sido interpuesta la acción de reivindicación, parece correcto el razonamiento de la Corte: no está dando más de lo pedido, porque la reivindicación fue efectivamente demandada, sino está ignorando el error cometido por la parte demandante, que creía tener un derecho menos eficaz que el que efectivamente tenía (creía tener un derecho que dependía de una declaración previa de nulidad cuando tenía un derecho independiente de ella). Aquí, *intra non valet curia*. Pero la siguiente afirmación de la Corte, completamente incesarria, de que del hecho surge el derecho, no puede ser invocada para solucionar problemas de competencia específica del tribunal, por dos razones: primero, porque no se refiere al problema, que no es si el actor tiene o no derecho sino si la Corte tiene o no competencia. Segundo, porque si del hecho de que el actor tenga un derecho se sigue que la Corte tiene competencia entonces todas las reglas que limitan la competencia específica de un tribunal en materia civil devienen irrelevantes: baste considerar que esta tesis de la Corte implica que nunca se puede fallar ultrapetita. Un derecho podrá surgir de los hechos (más las reglas aplicables), pero del surgimiento del derecho no surge inmediatamente (en materia civil) competencia para ningún tribunal.

Un caso estructuralmente similar a *Fica con Sáez* es *Hinnich con Negroni*.

³ "El principio" porque este principio general no cubre un tipo de casos: casos en los cuales el que detenta la inscripción obtenida conforme al régimen general vende un inmueble a quien posteriormente ocupa materialmente el mismo sin tradición por inscripción. Casos de este tipo, de transacciones irregulares de inmuebles, eran uno de los problemas principales que serían regularizados por el DL 2695. La Corte de Apelaciones, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo presente precisamente que el caso en cuestión no aparecerá cubierto por esta excepción al principio general. En efecto, de acuerdo a la Corte la "única finalidad" del DL 2695 es "normalizar la situación de poseedores materiales de un inmueble, sobre el cual sus anteriores dueños, si los hay, han hecho una inequívoca manifestación de voluntad de ceder la propiedad" (c. 1).

Aquí también hay un demandante que ha gozado de posesión inscrita, ejerciendo una acción reivindicatoria contra una persona que ha obtenido una inscripción de acuerdo a lo dispuesto por el DL 2695.

De nuevo, no puede caber duda de que en principio una inscripción de propiedad obtenida conforme al procedimiento de regularización no puede ser preferida a una inscripción obtenida regularmente⁴³. La obtención de una inscripción regularizadora no afecta los derechos del dueño, mientras éstos no se hayan extinguido por el paso del brevísimo plazo establecido en el artículo 15 del DL 2695. El tribunal de primera instancia, en una sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones y luego por la Corte Suprema, sin mayor modificación substantiva, creyó que consideraciones generales de este tipo no son suficientes para decidir el caso, y se sintió llamado a hacer una serie de consideraciones sobre las diversas teorías del régimen de posesión de inmuebles en la legislación chilena. El argumento que ofrece para preferir la inscripción del actor sobre la del demandado fue que esa inscripción (de 1971) mantiene la historia fidedigna de la propiedad raíz, toda vez que proviene de quien antes del actor era su dueño, el fisco⁴⁴ (c. 10). Esta es claramente la decisión correcta por la razón equivocada. La inscripción del actor debe ser preferida no porque ella mantenga la historia de la propiedad raíz, sino porque el actor, que puede probar posesión ininterrumpida desde 1971 hasta el momento en que la demandada obtuvo su inscripción, es *dueño*. Esto resulta obvio si se considera que toda la lógica del DL 2695 es precisamente interrumpir la historia de la propiedad raíz, de modo que si el actor hubiera accionado después del año su demanda debería haber sido rechazada a pesar de que seguiría siendo cierto que su inscripción mantendría la "historia fidedigna" de la propiedad.

Esta observación puede generalizarse: cuando lo que está en discusión es la validez de una de varias inscripciones la referencia a la mantención de la historia de la propiedad raíz es siempre impertinente como razón para preferir una de ellas, porque la historia que a la ley le interesa mantener es la historia que da cuenta de transferencias legítimas. La pretensión de mantener la historia de la propiedad raíz es, en consecuencia, un criterio que permite entender y solucionar conflictos interpretativos relativos al régimen general de posesión inscrita y no a la adjudicación de un problema de doble inscripción bajo ese régimen, en que lo discutido es precisamente qué historia merece ser mantenida.

En el mismo considerando, que no fue eliminado ni por la Corte de Apelaciones ni por la Corte Suprema, el juez advierte la existencia de dos teorías sobre el valor de la inscripción en el derecho chileno, una que concibe a la inscripción como garantía del hecho real de la posesión, cuyo valor entonces depende de la efectividad de ese hecho, y otra, que denomina "inscripción ficción". El juez sorprendentemente no ofrece más razones que su propia convicción para preferir la segunda sobre la primera: "ya se habrá advertido, empero, que el tribunal es partidario de la teoría de la inscripción ficción".

Como fundamento de una decisión judicial, esta forma de argumentación es inaceptable y es lamentable que la Corte de Apelaciones y la Suprema no hayan eliminado este considerando. Cuando el juez debe elegir entre dos o más interpretaciones plausibles de la ley no puede invocar su propia convicción como fundamento para preferir una de ellas, sino debe dar razones por las cuales las opciones desechadas debían serlo. Al invocar su propia convicción, el juez está tácitamente informando a la parte de que perdió no porque en derecho le correspondía perder, sino porque tuvo el infortunio de que su caso fuera conocido por un juez que es partidario de la tesis que benefició a la contraparte. Esto puede ser verdad en algún sentido sociológico, pero no en sentido jurídico, y el juez no cumple su deber de fundamentar si apunta a este hecho como fundamento de su decisión.

En *Hizca con Chapul* la situación era la inversa a los dos casos anteriores. Aquí se trataba de un poseedor inscrito que había regularizado su posesión en conformidad a lo dispuesto por el DL 2695 que accionaba de reivindicación en contra de quien era sólo poseedor material. La demanda fue acogida en primera instancia y rechazada en segunda. Las consideraciones que esgrimió la Corte de Apelaciones para rechazar la demanda fueron que la actora no había cumplido un año de posesión inscrita cuando interpuso la demanda, por lo que no era todavía dueña. La Corte Suprema casó esta sentencia en el fondo, sosteniendo que si bien el año al que hace referencia el inciso 2º del artículo 15 del DL 2695 no había transcurrido al momento de interponerse la demanda, dicho plazo sí se había cumplido al momento de ser notificado el demandado.

Ni la Corte de Apelaciones, al rechazar la acción reivindicatoria ejercida por la actora en atención a no haber transcurrido el plazo que la haría dueña, ni la Corte Suprema, al desechar esta conclusión de la Corte de Apelaciones en atención a que dicho plazo sí había transcurrido al momento de trabarse la litis, notaron que el hecho de que la demandada sea dueña de la cosa reivindicada no es necesario para la procedencia de la acción reivindicatoria. En efecto, conforme al artículo 894 del Código Civil "se concede la *misma acción* al poseedor regular". La actora tenía desde luego la posesión regular, porque el inciso 1º del artículo 15 del DL 2695 lo dispone expresamente: uno de los efectos de la inscripción regularizadora es que después de practicada ésta "el interesado adquirirá la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales" entre los cuales no puede estar el artículo 894. Aun antes de cumplirse el plazo de un año el que ha obtenido la inscripción regularizadora es poseedor regular, y la posesión regular basta para ejercer la acción reivindicatoria, al menos cuando se ejerce en contra de alguien que no está en los casos del inciso 2º del artículo 894.

Es importante destacar que aunque la acción del artículo 894 recibe un nombre distinto por la doctrina (que la llama *acción publiciana*), para los efectos legales ella no es una acción diversa a la reivindicatoria. El artículo 894

lo dice expresamente: es la *reivindicación*. Por lo tanto quien desee ejercer la acción publiciana no necesita indicar que está ejerciendo una acción no reivindicatoria sino publiciana: la acción publiciana es la acción reivindicatoria cuando ésta es ejercida por el poseedor regular.

Tampoco se hizo cuestión de si procedía la acción reivindicatoria en el caso en cuestión. La acción reivindicatoria procede cuando el dueño (o, como hemos visto, el poseedor regular) pierde la posesión de la cosa, y en el caso de *Huasa con Chaipul* la demandante no había perdido la posesión. De acuerdo al sistema de posesión registral que rige a los inmuebles en el derecho chileno, contra una posesión inscrita no vale una posesión material (art. 728 inc. 2º CC). Por consiguiente, no se daba el supuesto fundamental de la acción reivindicatoria, que es que el dueño no esté en posesión de la cosa (art. 889 CC).

Pero esta conclusión sería apresurada. Desde luego, el hecho de que la detentación material de la cosa no pueda afectar la posesión de la demandante no quiere decir que sea para ella irrelevante. Después de todo, es difícil negar que "la posesión como tal no tiene ningún valor económico, y no lo adquiere más que porque hace posible la utilización económica de la cosa"¹⁴. Por consiguiente, es razonable concluir que si bien la actora tiene la posesión (por mandato del art. 15 DL 2695) su posesión ha sido turbada. En estos términos, la vía correcta para reclamar de esto era la acción posesoria de amparo (art. 921 CC). Aquí es importante notar dos cosas: primero, que como en un caso como éste el poseedor no puede invocar una inscripción que tenga más de un año no es aplicable el artículo 924, y es en consecuencia permisible la prueba de la posesión, por el demandado, conforme al artículo 925 (hechos materiales de aquellos a los que sólo da derecho el dominio). Esta conclusión es especialmente adecuada en este caso dado que lo que se invoca es solamente una inscripción regularizadora; segundo, que esta acción prescribe en un año "desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella" (art. 920 CC). Para determinar si la acción ha prescrito es necesario determinar si el año se cuenta desde que la demandante inscribió, caso en el cual está todavía a tiempo, o desde que se inició la detentación material del demandado, caso en el cual está prescrita. Como la inscripción no cumple el requisito de tener al menos un año de antigüedad parece preferible optar por la segunda solución. La inscripción de menos de un año no tiene el valor de excluir la prueba de la posesión por hechos materiales, y esta interpretación dará preferencia precisamente a quien pueda probar, sin considerar la inscripción, *corporeis*. Entre el titular de una inscripción regularizadora y el poseedor material la cuestión debe solucionarse sin considerar la inscripción, sin perjuicio de que entre el antiguo poseedor inscrito y el titular de la inscripción regularizadora (o entre aquél y el poseedor material) la cuestión sea distinta.

¹⁴ Lhering, R. "La posesión. Teoría simplificada", en *Ibid. Estudios Jurídicos* (Buenos Aires: Helisna, 1974), p. 165.

Nullidad y posesión

En *Estrada con Transportadora* se discutió el problema de los efectos de la declaración de nulidad de un contrato y en particular el modo en que esta declaración afecta, si lo hace, a terceros. El demandante, Belfor Estrada, reclamaba ser dueño de un predio en su calidad de heredero de Ernestina Acuña. Acuña, sin embargo, había vendido y enajenado en 1972 el predio a un tercero, Omar Estrada. Después de adquirido el predio éste se adjudicó, al liquidar la sociedad conyugal entre Estrada y su cónyuge, precisamente a ésta (la inscripción del acto adjudicatorio es de 19 de febrero de 1976), y luego de sucesivas enajenaciones llegó al poder de los demandados. En 1974 Belfor Estrada había demandado a Omar Estrada de nulidad del contrato de compraventa de 1972. En el contexto de este juicio, Belfor Estrada había solicitado y obtenido una prohibición de enajenar que fue inscrita en el registro de prohibiciones y gravámenes el 17 de agosto de 1976.

En 1998 Belfor Estrada obtuvo la declaración de nulidad del contrato de 1972, y accionó de reivindicación en contra del actual poseedor del predio, Transportadora Río Cines. Los demandados citaron a sus vendedores de evicción, quienes concurren y el juicio de siguió con ellos.

Muchas cuestiones fueron discutidas en este juicio, pero de estas aquí serán comentadas sólo algunas. En particular, se comentará aquí el fondo de la decisión, en cuanto a la oponibilidad de la sentencia de nulidad a los actuales poseedores de la cosa. La regulación legal de esta situación, contenida principalmente en el artículo 1689 del Código Civil, es suficientemente clara: la nulidad judicialmente declarada da, pese a lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil, acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales.

De estas excepciones, la principal es el caso en el cual el tercero poseedor ha adquirido la cosa por prescripción. La prescripción, por su parte, se interrumpe civilmente por la interposición de cualquier recurso judicial intentado por el que se cree dueño contra el poseedor (art. 2503 CC). Esta interrupción, sin embargo, sólo puede ser alegada por el que ha intentado ese recurso y aun que no lo dice expresamente la ley, sólo respecto del que ha sido emplazado en ese juicio, por razones que ya veremos.

Aplicadas estas consideraciones al caso en comento, es claro que el demandante carecía de acción contra los demandados. La razón por la que no tenía acción no es el artículo 3º del Código Civil, es decir, no es que la sentencia judicial que declaró la nulidad del contrato sea imponible a ella, porque es oponible en virtud del artículo 1693⁵. La razón es otra, y es simplemente que el demandado puede alegar a su favor más de diez años de posesión ininterrum-

¹⁵ Para la correcta inteligencia del artículo 3º del Código Civil en relación a reglas aparentemente excepcionales pero que en realidad no lo son, como el mencionado art. 1689 CC y otros como el art. 315 CC, véase Atria, "Inaplicabilidad y colchencia: contra la ideología del legalismo", en *12 Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile, 2001), pp. 198s.

vida. Habiendo adquirido la cosa por prescripción, la acción reivindicatoria del demandante se ha extinguido (por prescripción adquisitiva del derecho que protege, conforme al art. 2517 CC, y no por prescripción extintiva como afirma la Corte Suprema. Las acciones reales no están sujetas a la prescripción extintiva).

El juez de primera instancia no siguió un razonamiento como el anterior. La razón que explica su error es que entendió la posesión de modo análogo a la propiedad, como un *derecho*. Como la propiedad es un derecho, si A adquiere de B y B transfere a C, y como nadie puede transferir derechos que no tiene, entonces C es dueño sólo si B era dueño y B era dueño sólo si A era dueño. En estas circunstancias la declaración de que un antecesor en realidad no era dueño basta para declarar no-dueños a todos quienes derivan de él su pretensión de dominio. El juez aplicó a la posesión el mismo criterio: si A es poseedor y transfere a B la posesión, quien luego se la transfere a C, entonces si se niega posteriormente que A haya tenido posesión entonces ni B ni C la tuvieron. Esto contiene un grueso error conceptual. La posesión no es en este sentido un derecho (no es necesario pronunciarse sobre si *conceptualmente y desde cualquier punto de vista* la posesión debe ser entendida como hecho: nos basta saber que aquí no se comporta como derecho, y eso es indiscutible), por-que en la línea imaginada la posesión de B no depende del hecho que A haya sido poseedor, y la de C no depende de que B haya sido poseedor. Esto está explícitamente ordenado por el artículo 717: la posesión del sucesor *principia en él*. B no es poseedor porque A haya sido poseedor (nótese la diferencia con el dominio), sino es poseedor precisamente a pesar de que A no sea poseedor (como los casos regulados por el artículo 730, en los que la enajenación hecha por quien es expresamente declarado no-poseedor hace al adquirente poseedor). No es necesario detenerse en las razones por las cuales la posesión tiene este régimen tan diferente del dominio. La explicación es obvia y tiene que ver con la posibilidad de establecer con certeza la titularidad del derecho de dominio por la vía de diseñar el régimen de posesión y propiedad de modo que posesión y propiedad tiendan a reunirse en el mismo titular a medida que pasa el tiempo¹⁶. Si la posesión se comportara como la propiedad en el sentido que estamos discutiendo, el hecho de que el dominio y la posesión de un bien se encuentren normalmente reunidos en un mismo titular sería una pura e improbable coincidencia, y no la regla general.

Como el argumento que benefició al demandado no es el artículo 3° del Código Civil, es correcta la afirmación del juez de que

la sentencia judicial que acogió [la] petición de nulidad debe producir sus efectos no sólo respecto del demandado en aquél proceso sino respecto de todos quienes fueron adquiriendo el inmueble a través de las sucesivas enajenaciones (c. 29 sentencia de primera instancia).

¹⁶ Quizás Andrés Bello fue exageradamente optimista al pensar (como lo expresa en el mensaje del Código Civil) que llegaría una época en que "inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos", pero eso no quita que toda la regulación de la propiedad supone que por regla general el poseedor es propietario.

La razón por la cual el demandado debe obtener no es, dicho de otro modo, que la sentencia le sea inoponible (claramente le es oponible), sino que en el tiempo intermedio ha adquirido originariamente el dominio, es decir, ha adquirido el dominio de un modo que lo hace independiente de que sus antecesores fueran dueños. El error del juez se encuentra un poco más adelante, en el mismo considerando, cuando afirma que, declarada la nulidad del contrato y en consecuencia de la inscripción,

La posesión inscrita a favor de Ernestina Acuña Lazo jamás cesó, en atención a que si bien fue cancelada por el conservador de bienes raíces, el fallo que anuló la enajenación que ésta hizo a favor de Eduardo Omar Barnada la revirtió legalmente y debe entenderse que dicha posesión jamás se perdió (*ibid*).

Para apoyar esta interpretación de la ley, el juez ofrece una *reductio ad absurdum* de la posibilidad contraria: si no se acepta su tesis,

por cada enajenación del predio en discusión debía deducirse separadamente un nuevo juicio impetrando la nulidad de la nueva adquisición, lo que tornaría indefinido en el tiempo la declaración de los derechos de quien está privado de la posesión (*ibid*).

Pero para evitar esta absurda conclusión el juez adopta una interpretación que produce un absurdo simétrico en otra parte: aceptada la tesis del juez, lo que resulta indefinido en el tiempo es la consolidación del derecho de dominio. El dilema la ley lo resuelve de un modo diverso al elegido por el juez: la ley toma precauciones para que el bien litigioso no pueda enajenarse. Esa es la función de la prohibición precautoria. La prohibición de enajenar es necesaria precisamente porque si se enajena el bien inmueble litigioso eso puede reducir la sentencia de nulidad a la irrelevancia, porque esa enajenación, si bien no habrá sido capaz de transferir el dominio (una vez declarada la nulidad), es apta para hacer al adquirente poseedor, precisamente porque, como dispone el artículo 717, la posesión del sucesor *principia con él*, y no depende del hecho de que el enajenante haya sido dueño, poseedor o mero tenedor.

Contra la sentencia de primera instancia que acogió la demanda, ordenando la restitución del inmueble, se dedujo recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Talca, quien acogió el recurso rechazando la demanda. La razón por la cual la Corte de Apelaciones de Talca acogió el recurso fue que ella aceptó la excepción de inoponibilidad deducida por la parte demandada, "porque se intenta cumplir un fallo respecto de aquellos que tenían la calidad de terceros en el juicio [de nulidad de contrato]" (c. 15). Como ya ha sido mostrado, esta es una mala razón para una decisión correcta. El demandado tenía derecho a obtener en el juicio pero no porque la sentencia de nulidad le era inoponible, sino porque había adquirido por prescripción en el tiempo intermedio. Que el demandado no tiene la excepción de inoponibilidad es consecuencia inmediata y directa del artículo 1689 del Código Civil: la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, "terceros", esto es, que no han sido parte en el juicio. Esto no tiene nada de raro

ni de excepcional. El dominio, después de todo, es un derecho real (art. 582 CC) y los derechos reales se ejercen respecto de cualquiera persona (art. 577 CC).

La sentencia de segunda instancia fue objeto de multitud de recursos de casación (en la forma y en el fondo, por la parte demandante, la demandada y los citados de evicción). La Corte Suprema, en lo que nos interesa ahora, se pronunció sobre la excepción de inoponibilidad de modo mucho más cauto. Principia aceptando la regla general del artículo 3, y luego entiende que la regla del artículo 1689 hace excepción a ella. Correctamente la Corte Suprema entendió que aun cuando en virtud del artículo 1689 había acción en contra del demandado esta acción se había extinguido por prescripción adquisitiva del demandado. Sin embargo, añadió la siguiente consideración adicional:

Pero aun más, tratándose de una disolución de la sociedad conyugal y adjudicación a quien no había concurrido al otorgamiento del contrato que se anula, y dado el efecto declarativo de aquella, según lo dispuesto en el artículo 1344 del Código Civil en relación con el artículo 1776 del mismo Código, dicha nulidad no puede empecerle a la conyuge adjudicataria que no ha sido legalmente emplazada en juicio. Y en este sentido resulta efectivo que en este caso particular la sentencia de nulidad no puede dar derechos en contra del tercer poseedor, máxime, si como se ha dicho, ya han transcurrido los plazos para intentar dicha acción (c. 4 cursivas agregadas).

El argumento que apunta al especial efecto declarativo de la adjudicación, como lo reconoce la Corte, no produce efecto en lo dispositivo del fallo, porque la demandada debe obtener porque ahora es dueña de la cosa por prescripción. Pero de todos modos es un argumento que merece ser considerado. Si el argumento fuera correcto, el demandante no tendría acción reivindicatoria contra la conyuge adjudicataria incluso si ella no hubiere enajenado el bien y el contrato hubiera sido declarado nulo antes de que se hubiera cumplido el plazo de prescripción. En estos términos, la Corte Suprema parece entender que el caso de la conyuge adjudicataria cuando la cosa ha sido adquirida por la sociedad conyugal es otra de las "excepciones legales" a las que hace referencia el artículo 1689. Pero esto no es correcto, porque no hay nada en los efectos especiales de la adjudicación que justifique entender que el adjudicatario no puede ser alcanzado por la acción reivindicatoria en términos del 1689. A mi juicio, la única manera de entender el argumento de la Corte es por referencia no al artículo 1689 sino al 1690. El argumento debe ser que dado el especial efecto declarativo de la adjudicación la conyuge no es afectada por la declaración de nulidad no porque esté a salvo de la acción reivindicatoria, sino porque *a su respecto el contrato no es nulo* (la frase des-tacada con cursiva en la cita de la Corte parece abonar esta interpretación). La razón por la cual el contrato no sería nulo para la conyuge adjudicataria sería que en virtud de la ficción legal que la hace dueña retroactivamente ha de entenderse que en la tradición realizada por Ernestina Acuña a Omar Estrada la adquirente no fue Estrada sino su conyuge. Ahora bien, si A celebra un contrato de compraventa con B y hace tradición a C esa tradición no

es pago del contrato, por lo que si la conyuge fue la adquirente de Acuña y si esa tradición fue cumplimiento del contrato es necesario concluir, parece entender la Corte, que en virtud de la ficción de la adjudicación la adjudicataria no sólo es parte de la tradición sino también del *contrato*. Desde luego, si la conyuge adjudicataria se entiende parte del contrato, entonces estaría a salvo de la nulidad judicialmente declarada en juicio entre Omar Estrada y Belfor Estrada, porque "cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras" (art. 1690 CC). A su respecto, el contrato no sería nulo.

Esta tesis es insostenible. La conyuge adjudicataria se entiende dueña desde el momento en que la sociedad conyugal adquirió el dominio, pero eso no significa que ella haya sido parte del contrato. El contrato no deviene nulo relativamente si la conyuge adjudicataria era incapaz al momento de celebrarse el contrato (lo que, debe recordarse, era siempre el caso antes de la ley 18802, que eliminó la referencia a la mujer casada en sociedad conyugal del inciso 3º del art. 1447 CC). La ficción legal del artículo 1344 del Código Civil, que el artículo 1776 hace extensivo a la división de los bienes de la sociedad conyugal, sólo implica que la adjudicataria del bien se entienda dueña desde el momento en que lo adquirió la sociedad conyugal, pero no cambia el fundamento jurídico de la adquisición: ese fundamento jurídico (en el caso en comentario) sigue siendo un contrato de compraventa entre Acuña y (Omar) Estrada. Si el contrato es declarado nulo, los efectos de la nulidad se regirán, conforme a las reglas generales, entre las partes conforme al artículo 1687 y respecto de terceros conforme al artículo 1689. Si de la ficción legal que da efectos retroactivos a la adjudicación debiéramos concluir que hace a la adjudicataria parte del contrato, entonces deberíamos aplicar la misma consecuencia al caso del que compra y adquiere una cosa que ha previamente vendido y traido. Conforme al artículo 682 del Código Civil, si A vende y hace tradición a B de una cosa que es de C, B no adquiere el dominio en virtud de esa tradición. Pero si A posteriormente adquiere el dominio de la cosa (por ejemplo, porque la compra y recibe de C), entonces se entenderá que B fue dueño desde el momento de la tradición. Pero si luego C quiere demandar la nulidad del contrato necesita emplazar a B. C deberá demandar a A, y si obtiene en el juicio tendrá acción contra B en términos del artículo 1689.

En definitiva, en *Estrada con Transportadora* no hay inoponibilidad que sea relevante. El juez de letras comete un grave error que es corregido, aunque con malas razones, por la Corte de Apelaciones de Talca, cuyas razones son a su vez corregidas por la Corte Suprema. En otro caso de entusiasmo excesivo, sin embargo, la Corte Suprema, junto a la argumentación cetera y pertinente que da la razón a la parte demandada añade una consideración equivocada, que sin embargo no tiene efecto en lo dispositivo del fallo.

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 necesaria. 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). Él es en realidad una de las razones por las que un procedimiento de amparo constitucional no es procedente entre individuos en sus calidad 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 fácticamente, 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 fácticamente 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 *Jansiel 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 Lepranto 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 Validad (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 *Vidalía con Vidalía* 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. 847 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 lle-

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 *Vidalía con Vidalía y otras*.

Aquí la recurrente reclamaba de actos de la recurrida que impedirían 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, apartándose de la legalidad vigente, al haberse auto tutelado los derechos que eventualmente le asistan, 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 decir quien está actuando en auto tutela de sus derechos: si la recurrente, por que 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 cumplir 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 Y puede negarse a pagar una deuda que al mismo tiempo mantiene con él y oponer a la demanda de Y 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 (1).

Ahora bien, en los casos en comentario la posición por defecto usualmente será que quien ve su acción amparada por la legitimidad será el recurrido, por que 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 *est.* 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 demeritada: 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 derrochamente inaceptable. La solución para el caso de las medidas precautorias es exigir un *índice 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 afectarían 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 objetando 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 *Trebitzack con Urrutia* 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 *Yumis 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 al 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 CPD) 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 "contendidas que se promuevan entre los copropietarios o entre éstos y el administrador, relativas a la administración del respectivo condominio" (art. 33 ley 19337), 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 *irregencia* 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 jurídico 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.