



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Huerta Molina, José Miguel; Rodríguez Diez, Javier
Suspensión interdictal de obras nuevas. Desde la "operis novi nuntiatio" hasta el Proyecto de Código
Procesal Civil
Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXVIII, julio, 2012, pp. 343-392
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173623200009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

SUSPENSIÓN INTERDICTAL DE OBRAS NUEVAS. DESDE LA “OPERIS NOVI NUNTIATIO” HASTA EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL*

[“Court Order to Suspend New Works.
From “Operis Novi Nuntiatio” to the Draft of the Code of Civil Procedure”]

JOSÉ MIGUEL HUERTA MOLINA**
Universidad de Chile, Santiago, Chile

JAVIER RODRÍGUEZ DIEZ***
Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, Países Bajos

RESUMEN

La *operis novi nuntiatio* romana evolucionó de ser una prohibición particular realizada por la parte agraviada en contra del constructor, hasta convertirse en sí misma en la forma de inicio de un procedimiento jurisdiccional. La legislación española decimonónica (y, a través de su influencia, el *Código de Procedimiento Civil* chileno) estableció un juicio interdictal que permite una dilatada y a menudo injustificada suspensión de las obras, lo

ABSTRACT

The Roman *operis novi nuntiatio* evolved from being a particular prohibition imposed by the injured party against the constructor, until it turned itself into the beginning of a legal procedure. The Spanish legislation of the XIX Century (and, by way of its influence, the Chilean Code of Civil Procedure) established an injunction trial that allows an extended and often unjustified suspension of the

* El presente trabajo constituye una reelaboración de la ponencia presentada en el Colegio de Abogados el 13 de septiembre de 2011, titulada “Denuncia de obra nueva: ¿protección al dominio o mecanismo de abuso?”

** Master en Ciencias del Derecho de Stanford University, California, EE.UU. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile. Dirección Postal: Avda. Apoquindo 3721, piso 14, Santiago, Chile. Correo electrónico: jmhuerta@claro.cl.

*** Estudiante de doctorado en la Facultad de Derecho de la Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, Países Bajos. Dirección Postal: Burgemeester Oudlaan 50, oficina L5-089, 3062PA Rotterdam, Países Bajos. Correo electrónico: rodriguezdiez@law.eur.nl.

que condujo al abuso de este instrumento procesal.

works, which lead to the abuse of this procedural tool.

PALABRAS CLAVE

Operis novi nuntiatio – Interdicto –
Obra Nueva – Suspensión de las obras.

KEYWORDS

Operis novi nuntiatio – Injunction –
New Works – Suspension of the works.

RECIBIDO el 20 de abril y ACEPTADO el 22 de mayo de 2012

I. INTRODUCCIÓN

La inquietud que motiva este trabajo es la verificación de una realidad anómala establecida a propósito del interdicto de obra nueva, según los términos del actual *Código de Procedimiento Civil* chileno (= *Código de Procedimiento Civil*). En efecto, según el texto de la ley, y conforme a la interpretación unánime de la jurisprudencia, este interdicto permite paralizar las obras denunciadas por la parte que se considera afectada por su ejecución, bastando para decretar esta suspensión con la sola presentación de la demanda. En la práctica esto se traduce en que el juez ordenará como primera resolución la paralización provisional de las obras denunciadas, independientemente del mérito o fundamentación de dicha demanda o de los perjuicios que dicha paralización puedan acarrear para el denunciado.

La tramitación descrita parece apartarse de los estándares que normalmente observa el legislador. El juez decreta una especie de medida cautelar de manera instantánea, refleja, sin atender a parámetro alguno, entendiendo que la paralización de las obras es un auténtico mandato legal que no puede desatender. De más está decir que esta práctica judicial genera inquietud entre quienes participan en proyectos inmobiliarios de cualquier naturaleza, conocedores de la facilidad con que se pueden paralizar las faenas y los perjuicios que de ello se pueden derivar.

Ante la verificación de esta realidad, expondremos en primer lugar cuál es la actual regulación de la denuncia de obra nueva en nuestro Derecho civil y procesal (II). A continuación realizaremos un análisis de los orígenes históricos de la normativa vigente, para establecer la evolución de las instituciones jurídicas que finalmente se cristalizaron en las modernas codificaciones (III). Hemos elegido este enfoque al constatar que la peculiaridad de la normativa sobre denuncia de obra nueva se debe a razones de carácter histórico más que a decisiones dogmáticas del legislador. Es por ello que privilegiaremos un análisis histórico comparado, sin perjuicio de las enormes perspectivas que un enfoque estrictamente dogmático pueda ofrecer en esta materia. Nuestra investigación abarcará hasta el actual *Proyecto de Código Procesal Civil*, en el

cual estimamos que se ha desatendido completamente el desarrollo histórico de este procedimiento.

II. LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL CHILENA

El interdicto de obra nueva se encuentra regulado en los artículos 930 y 931 del *Código Civil* chileno (= CC.) y en los artículos 565 a 570 *Código de Procedimiento Civil*.

El *Código Civil* trata esta acción dentro de las “acciones posesorias especiales”, en el título 14º de su libro II. Como es sabido, estas acciones no constituyen verdaderas “acciones posesorias” (las cuales son abordadas en el título 13º del mismo libro) ya que no tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. En las palabras de don Luis Claro Solar, las acciones posesorias especiales “miran más que a la posesión, al ejercicio del derecho de propiedad y establecen restricciones o limitaciones a este ejercicio, a fin de evitar los daños o conflictos que la libertad de goce de los propietarios pudiera ocasionar”¹. En el caso de la denuncia de obra nueva, procede interponer esta acción ante una perturbación en la situación jurídica del denunciante que se derive de la construcción de una obra nueva, obteniendo el afectado la inmediata paralización de la misma. La obra denunciada necesariamente debe estar iniciada o a punto de iniciarse, pero no puede estar terminada, pues precisamente esta acción busca suspender la obra².

Esta acción, tal como se concibe en el *Código Civil*, tiene aplicación respecto de hipótesis muy específicas, entendiéndose que constituye “obra nueva”: i) La obra que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión (artículo 930 inciso 1); ii) Las obras que, construidas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre constituida en él (artículo 931, inciso 1); iii) Las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no esté sujeto a tal servidumbre (artículo 931 inciso 2); y iv) Toda obra voladiza

¹ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Imprenta Nascimento, 1932), IX, p. 535. En el mismo sentido ha resuelto la Corte Suprema, en *RDJ.*, 3 (1905-1906) 1, p. 96; *RDJ.*, 55 (1958) 1, p. 279.

² Corte Suprema, *RDJ.*, 12 (1915) 1, p. 363; *RDJ.*, 31 (1934) 2, p. 49; *RDJ.*, 36 (1939) 1, p. 219; *RDJ.*, 46 (1949) 2, p. 855; *GJ.*, 138 (1991), sent. 2, p. 44. Se ha entendido esto a partir de los arts. 549 n° 4 y 565 *Código de Procedimiento Civil*, que hablan de “impedir” y “suspender” una obra nueva, lo cual sólo podría aplicarse respecto de obras que no hayan sido terminadas. El *Código de Aguas* en su artículo 124 establece una excepción, ya que permite ejercer esta acción “no sólo a las obras nuevas, sino a las ya hechas, mientras no haya transcurrido tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre”.

que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos predios (artículo 931 inciso 3°). Por otra parte, el código sustrae de esta acción las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio o para procurar la limpieza de ciertos lugares³, así como los casos en que la perturbación se deba al ejercicio de una servidumbre legítimamente constituida⁴.

Sin embargo, el acotado criterio de los artículos 930 y 931 se expande considerablemente al establecerse una acción popular en el artículo 948 respecto de los lugares de uso público, lo que hace que la legitimación activa sea bastante amplia⁵. Asimismo, el ámbito de aplicación de la acción se expande debido a la remisión que a ella hacen distintas normas especiales, tales como el *Código de Aguas*, que en su artículo 128 se remite a los títulos 13° y 14° CC. Para impugnar las obras que tuerzan la dirección de las aguas o las estanquen⁶. Adicionalmente, el alcance de esta acción se ha ampliado por parte de la doctrina⁷ que entiende que esta acción procede no sólo para el caso de verse embarazada una servidumbre, sino también para otros derechos

³ Artículo 930, incisos 2° y 3°: “*Pero no tendrá el derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., con tal que en lo que puedan incomodarle se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior, a costa del dueño de las obras./ Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, acequias, cañerías, etc.*”.

⁴ Artículo 947: “*Las acciones concedidas en este título no tendrán lugar contra el ejercicio de servidumbre legalmente constituida*”.

⁵ Artículo 948: “*La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados*”.

⁶ El artículo 123 perteneciente al título 9° del libro I del *Código de Aguas*: *De las acciones posesorias sobre aguas y de la extinción del derecho de aprovechamiento*, establece: “*Si se hicieren estacadas, paredes u otras labores que tuerzan la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derramen sobre el suelo ajeno, o estancándose lo humedezcan o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho a aprovecharse de ellas, mandará el Juez, a petición de los interesados, que tales obras se deshagan o modifiquen, u se resarzan los perjuicios*”. Artículo 124. “*Lo dispuesto en el artículo precedente se aplica no sólo a las obras nuevas, sino a las ya hechas, mientras no haya transcurrido un tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre [...]*”. Nótese que estos artículos, en todo caso, fueron trasplantados desde *Código Civil* de manera literal: el artículo 123 del *Código de Aguas* corresponde al hoy derogado artículo 936 CC., mientras que el artículo 124 corresponde al antiguo inciso primero del artículo 937.

⁷ Esta opinión comienza con FABRES, José Clemente, *Instituciones de Derecho civil chileno* (Valparaíso, Imprenta del Universo de G. Helfmann, 1863), p. 308, n. 51, y se mantiene en la doctrina posterior. En este sentido LIRA, José Bernardo, *Prontuario de los Juicios o tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena* (5ª edición, Santiago, Librería Central de Mariano Servat, 1895), I, p. 364, nota (ee); CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 1), IX, p. 551; ALESSANDRI RODRÍGUEZ,

reales, tales como el usufructo, el uso y la habitación, invocando a favor de esta opinión la redacción original del *Proyecto de Código Civil* de 1853⁸. La Corte Suprema ha afirmado que la enumeración de casos en que procede la denuncia de obra nueva no sería taxativa, opinión que ha sido criticada por Barrientos⁹. En efecto, la expansión del ámbito de aplicación de esta acción, favorecida sin duda por las enérgicas medidas provisorias que acarrea, ha llevado a que se la emplee como si fuese el único medio para enfrentar inmisiones de todo tipo¹⁰.

Habiendo evaluado la considerable amplitud de casos que pueden ser cubiertos por esta acción según la regulación del CC., debemos abordar la normativa procesal de esta materia, establecida en los artículos 565 ss. *Código de Procedimiento Civil*. Esta regulación se enmarca en el título 4º del libro III: *De los interdictos*, el cual establece en su artículo 549: “*Los interdictos o juicios posesorios sumarios pueden intentarse: [...] 4º. Para impedir una obra nueva.*” De esta normativa el elemento más llamativo (y que motiva precisamente este estudio) es que ante la sola presentación de la demanda el juez debe suspender provisionalmente la obra, bajo apercibimiento de demolición de lo que se siga construyendo, como lo autoriza el artículo 565 CC. “*Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciante, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su costa, de lo que en adelante se haga [...]*”.

Arturo - SOMARRIVA, Manuel - VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos Reales* (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II, p. 380.

⁸ El artículo 1085 del “Proyecto 1853” establecía: “*No sólo compete al dueño de una finca el derecho de denunciar las obras nuevas que le menoscaban o embarazan el goce de ella, sino a todos los que tengan un derecho de usufructo, de uso o habitación en ella, en cuanto las obras nuevas menoscaben o embaracen su uso o goce legítimo; y podrá cualquiera de ellos intentar su acción contra toda persona a nombre del dueño, y contra el dueño mismo a su propio nombre*”. Bello señalaba como fuente de este precepto la partida III, título 32º, ley 4ª. Véase BELLO, Andrés, *Código Civil de la República de Chile* (Caracas, Ministerio de Educación, 1954), I, p. 611.

⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce* (Comentario de Jurisprudencia), en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 9 (2007), pp. 180-184. Las sentencias comentadas son la casaciones en el fondo pronunciadas el 11 de octubre de 2007 (rol N° 4596-2006) y el 21 de noviembre de 2007 (rol N° 1900-2006).

¹⁰ Recurrir a la teoría de las inmisiones permitiría obtener una solución general frente a estos comportamientos, sin tener que hipertrofiar el ámbito de aplicación de la denuncia de obra nueva. En lo que a la teoría de las inmisiones respecta, así como su recepción en nuestro *Código Civil*; cfr. AMUNÁTEGUI, Carlos, *No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil*, en *RChD.*, 36 (2009) 3, pp. 505-525.

Tradicionalmente se ha entendido que este precepto consagra una suspensión automática, de carácter imperativo para el juez¹¹, por lo que parte de la doctrina ha criticado esta redacción¹². Otros autores directamente restringen la amplitud de este precepto, considerando que las obras objeto de la denuncia deben tener el carácter de “denunciables” en los términos que establece el CCCh¹³. Sin embargo, esta es una opinión que si bien es frecuentemente reproducida por los tribunales, no se traduce en un examen de admisibilidad previo a la resolución que decreta la suspensión. En efecto, en la práctica forense la primera resolución que dicta el juez en estas causas será normalmente la suspensión provisional de la obra, discutiéndose más

¹¹ RISOPATRÓN, Carlos, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil de Chile* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1904), p. 517: “En la obra nueva deben obtenerse del tribunal dos resoluciones: en la primera, debe ordenarse desde luego, sin más conocimiento de causa, que el trabajo denunciado como nuevo y perjudicial se suspenda [...]”.

¹² En este sentido MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 458: “Resultan criticables en todo caso los términos imperativos en que se encuentra redactado el precepto: ‘el juez *decretará*’ provisionalmente dicha suspensión y ‘*mandará*’ [...]’ (artículo 565 *Código de Procedimiento Civil*); puesto que no permite al juez entrar a valorar los perjuicios que, eventualmente, puedan irrogarse al dueño de la obra. Si el libelo cumple los requisitos de forma el juez no tiene discrecionalidad alguna al momento de dictar la providencia, debiendo necesariamente suspender la ejecución de los trabajos”.

¹³ En este sentido: ALESSANDRI, Fernando, *Explicaciones de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal* (Santiago, Editorial Nascimento, 1935), II, pp. 171-172: “[...] dentro del Código Civil hay obras nuevas denunciabiles y obras nuevas indenunciabiles. Las primeras dan origen a la acción que estamos estudiando. [...] El Código de Procedimiento toma también en consideración este hecho y por tal motivo se habla en el artículo 722 [actual 565] de que ‘presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciabie, etc.’ dejando a un lado las cosas que son indenunciabiles. [...] Presentada la querella en esta forma, el juez tiene que examinar si la obra es denunciabie o no. En este último caso declarará que por ser la obra indenunciabie, no se da lugar a la querella. Una vez cerciorado el juez de que la obra es denunciabie, citará a las partes a un comparendo [...]”. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA, Manuel - VODANOVIC, Antonio, cit. (n. 7), II, p. 379: “Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciabie, el juez sólo se cerciora si la obra nueva es denunciabie y, sin más, decreta provisionalmente la suspensión”. CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal* (4^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), VI, pp. 30-31: “No cualquiera obra nueva es susceptible de ser denunciada. En efecto, según la ley civil, hay obras nuevas denunciabiles y no denunciabiles. Estas últimas constituyen la regla general. Luego, es del caso señalar qué obras nuevas presentan el carácter de denunciabiles y, por consiguiente, cuáles pueden ser objeto de una denuncia tendiente a impedir su ejecución. [...] En consecuencia, solamente esta última clase de obras [las denunciabiles] dan origen al interdicto de obra nueva. Así también lo demuestra la frase: ‘Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciabie [...]’ (artículo 565 C.P.C)”.

adelante si la obra es o no denunciabile, controversia que en definitiva se resolverá en la sentencia¹⁴. El único examen de admisibilidad que se practica es el general establecido en el artículo 254 *Código de Procedimiento Civil*Ch¹⁵.

El artículo 565 evidencia la urgencia con la cual el legislador procura evitar que se siga llevando a cabo la obra denunciada. Por lo mismo el artículo 566 establece facilidades para que se suspenda la obra al no ser necesario notificar al denunciado, bastando la comunicación a quien dirige o ejecuta la obra.

Una medida tan enérgica como la suspensión se explica considerando lo difícil que resulta deshacer lo obrado tratándose de inmuebles, por lo que se procura evitar la continuación de obras que podrían vulnerar el derecho de la persona afectada en términos irremediables (aunque algunos autores también entienden que la suspensión beneficiaría al denunciado, al evitar que continúe ejecutando una obra expuesta a destruirse¹⁶). Es por ello que parte importante de la doctrina atribuye una finalidad cautelar y preventiva a esta suspensión¹⁷. Debemos insistir en todo caso en el carácter provisional de

¹⁴ Esta doctrina es desarrollada con toda claridad en la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 19 de noviembre de 2010 (rol N° 557-10), señalando en su considerando 10° que: “*el sentenciador a quo, verificando el cumplimiento de las condiciones de ejercicio de la acción, sólo le correspondía dar lugar a su tramitación y, atendida la especial estructura de este juicio posesorio, decretar de inmediato la suspensión provisional de la obra nueva denunciada, conforme a la imperativa norma contenida en el artículo 565 del Código de Procedimiento Civil, que establece dicha suspensión con la sola presentación de la demanda. [...] En otros términos, aquí no se trata de analizar, prematuramente, si se dan o no las condiciones de admisibilidad de la acción, puesto que será en la sentencia definitiva donde el juez deberá realizar, fundadamente, el razonamiento pertinente para determinar si se han logrado probar los hechos invocados, y si tales hechos se encuentran protegidos por la normativa legal invocada para la admisibilidad de la precisa acción deducida, cuya procedencia aparece desde ya impugnada por la denunciada*”.

¹⁵ Corte Suprema, *RDJ.*, 30 (1933) 1, p. 45.

¹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA, Manuel - VODANOVIC, Antonio, cit. (n. 7), II, pp. 375-376: “La denuncia de obra nueva ofrece ventajas para ambas partes: el poseedor o denunciante evita, en forma rápida, una perturbación o la extensión o agravación de la ya consumada por la obra no concluida, y el autor de los trabajos sólo se expone a suspenderlos, en lugar de correr el riesgo de tener que destruirlos después de terminados, si la razón no le asiste. Además, si la denuncia de obra nueva no existiera, el autor de los trabajos, ante la sola oposición del poseedor, estaría obligado a detenerlos, no quedándole otro recurso que emplear la acción ordinaria para hacer reconocer su derecho; de este modo se vería constreñido a someterse a una tramitación larga y a proporcionar una prueba difícil. Y todo esto puede evitarlo, pues en el debate judicial de la obra nueva basta que demuestre que los trabajos, en la forma que se propone ejecutarlos, no envuelven el peligro de atentar contra la propiedad o la posesión ajena”.

¹⁷ En este sentido: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA, Manuel - VODANOVIC, Antonio, cit. (n. 7), II, p. 379: “En la primera etapa del juicio es donde

la suspensión de la obra. El legislador establece una suspensión provisional con el fin de determinar en forma rápida la entidad del derecho del denunciante, procurando en el intertanto evitar que se continúe vulnerando este derecho probable mediante la paralización, la cual al mismo tiempo no puede ser excesivamente prolongada, a riesgo de afectar el derecho del denunciado en caso de resultar infundada la pretensión del denunciante. Por lo mismo, la demanda da origen a un procedimiento sumario, con plazos especialmente breves y concentración de actuaciones¹⁸, quedando a salvo el derecho de las partes de deducir la controversia en un juicio ordinario posterior. Ante esta aceptación provisional de la demanda, el juicio interdictal sólo tiene por objeto alzar la suspensión de la obra decretada al principio del juicio, o en caso de estimarse que la razón asiste al denunciante, decretar la ratificación de la suspensión, o incluso la demolición de lo obrado en casos calificados, debiendo el denunciante en este último caso rendir caución para responder por los resultados del juicio ordinario, según establece el artículo 569¹⁹. De todas formas este último artículo en su inciso segundo deja a salvo a la parte vencida el ejercicio de las acciones ordinarias que le competan.

Una vez decretada la suspensión de la obra el rango de acción del denunciado es severamente restringido. El artículo 567 señala que sólo podrá hacer en la obra lo absolutamente indispensable para que no se destruya lo edificado²⁰. El artículo 570 establece la posibilidad de continuar con la obra

más acentuada aparece la finalidad cautelar del interdicto". Véase asimismo BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 874; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 356; MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, cit. (n. 12), p. 457.

¹⁸ En este sentido, el artículo 565 en su continuación establece: "[...] *En la misma resolución mandará el tribunal citar al denunciante y al denunciado para que concurran a la audiencia del quinto día hábil después de la notificación del demandado, debiendo en ella presentarse los documentos y demás medios probatorios en que las partes funden sus pretensiones*".

¹⁹ Artículo 569: "*Concluida la audiencia o presentado que sea el dictamen del perito, en su caso, el tribunal citará a las partes a oír sentencia, la que deberá dictar en el plazo de los tres días subsiguientes. / En la sentencia se ratificará la suspensión provisional decretada o se mandará alzarla, dejando a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competan, para que se declare el derecho de continuar la obra o de hacerla demoler. / Podrá, sin embargo, el tribunal, a petición de parte, ordenar en la misma sentencia la demolición, cuando estime que el mantenimiento aún temporal de la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante y dé éste suficiente caución para responder por los resultados del juicio ordinario. / La sentencia que ordene la demolición será apelable en ambos efectos. / En todo caso, la sentencia llevará condenación en costas*".

²⁰ Artículo 567: "*Suspendida la obra, y mientras esté pendiente el interdicto, sólo podrá hacerse en ella lo que sea absolutamente indispensable para que no se destruya lo edi-*

en caso de recibir una sentencia adversa, constituyendo una caución bajo circunstancias muy calificadas, ya que además de ser suficiente la caución para responder por una eventual demolición e indemnización de perjuicios, debe acreditar que de la suspensión se siguen graves perjuicios y presentar al mismo tiempo una demanda ordinaria para que se declare su derecho a continuar la obra. También debemos considerar que esta caución sólo puede otorgarse una vez que se ha dictado sentencia condenatoria en el juicio sumario, negándose toda posibilidad de continuar con la ejecución normal de la obra mientras se tramite el mismo²¹. Esta regulación resulta extraña, ya que no se admite caucionar la continuación de la obra mientras se discute si la acción es procedente, pero cuando la acción ha sido acogida sí se permite la caución.

La regulación transcrita ha facilitado la instrumentalización abusiva de este expediente judicial. Como hemos señalado, la jurisprudencia ha entendido que la primera resolución que debe dictar el juez ante la demanda de denuncia de obra nueva es la paralización inmediata de las obras, sin considerar si se verifican las condiciones mínimas para el ejercicio de esta acción. El juez se pronunciará en la sentencia respectiva sobre el mérito de la demanda. Esto no pareciera ser tan perjudicial, considerando que estamos ante un procedimiento sumario, que por lo mismo debiera tener una tramitación breve. Sin embargo, la realidad forense demuestra que estos procedimientos sumarios pueden durar meses e incluso superar el año, especialmente debido a la necesidad de practicar diligencias tales como la inspección personal del tribunal o informes de peritos²², lo que hace que los plazos establecidos en el *Código* resulten ilusorios²³. Lo más curioso es que

ficado./ Es necesaria la autorización del tribunal para ejecutar las obras a que se refiere el inciso precedente. El tribunal se pronunciará sobre esta autorización con la urgencia que el caso requiera, y procederá de plano, o, en caso de duda y para mejor proveer, oyendo el dictamen de un perito nombrado por él, el cual no podrá ser recusado”.

²¹ Artículo 570: “Si se ratifica la suspensión de la obra, podrá el vencido pedir autorización para continuarla, llenando las condiciones siguientes: / 1. Acreditar que de la suspensión de la obra se le siguen graves perjuicios; / 2. Dar caución suficiente para responder de la demolición de la obra y de la indemnización de los perjuicios que de continuarla puedan seguirse al contendor, en caso de que a ello sea condenado por sentencia firme; y / 3. Deducir, al mismo tiempo de pedir dicha autorización, demanda ordinaria para que se declare su derecho de continuar la obra. / La primera de las condiciones expresadas y la calificación de la caución, serán materia de un incidente”.

²² El artículo 568 inciso 2° regula expresamente la prueba pericial, señalando que ésta debe expedirse “dentro de un breve plazo que aquél [el tribunal] señalará”.

²³ Debemos destacar que este problema no suele ser advertido por la doctrina, la cual considera que la celeridad de este procedimiento (que sólo existe en la letra de la ley) supone precisamente una ventaja para el demandado. Así, se ha señalado lo ventajoso que resulta este procedimiento comparado con una acción ordinaria, por la cual es

la situación del demandado mejorará casi invariablemente con la sentencia, aun cuando sea condenatoria, ya que entonces, en caso de cumplir con los requisitos del artículo 570, podrá pedir autorización al juez para continuar la obra, lo cual le resulta imposible hasta ese momento.

La facilidad con la que se consigue la paralización de las obras y el carácter a menudo infundado de estas demandas se refleja en el alto porcentaje de denuncias de obra nueva que son rechazadas, las más de las veces por requisitos básicos de admisibilidad, determinándose sólo al momento de la sentencia que la obra denunciada no era susceptible de ser impugnada por medio de esta acción. Se podrá demandar excediendo el ámbito de las causales previstas en los arts. 930 y 931²⁴, o sin ver embarazado el ejercicio de una servidumbre²⁵. Se podrá demandar también por obras que ya se encuentran terminadas²⁶, o fuera del plazo de un año que fija el artículo 950²⁷. En todos estos casos la acción será rechazada, pero al cabo de muchos meses, consiguiéndose así una interrupción dilatada de las obras sin justificación alguna. Por lo mismo, no es de extrañar que gran cantidad de estos litigios terminen por conciliación o avenimiento, buscando la parte demandada acabar cuanto antes con la paralización de las faenas. El único riesgo que corre el denunciante será la condena en costas²⁸.

denunciado “se vería constreñido a someterse a una tramitación larga y a proporcionar una prueba difícil” [ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA, Manuel - VODANOVIC, Antonio, cit. (n. 7), II, pp. 376-377]. Por nuestra parte, debemos consignar que resulta a todas luces innecesario paralizar una obra aunque sea por un periodo breve (con los enormes costos que ello podría conllevar para proyectos de gran envergadura), si la demanda que motiva esta paralización resulta infundada.

²⁴ Sólo de modo ejemplar, podemos citar una causa reciente, en la cual fue la Corte Suprema (31 de marzo de 2011, rol N° 4885-09) quien determinó que los hechos sobre los cuales se sustentaba la denuncia de obra nueva interpuesta no se subsumían en ninguna de las hipótesis consagradas en el *Código Civil*, y que por lo tanto debía rechazarse esta acción, poniendo fin a una suspensión infundada de dos años.

²⁵ Por ejemplo, véase la sentencia de la Corte Suprema de 8 de abril de 2008, rol N° 4373-06.

²⁶ Por ejemplo, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena de 13 de mayo de 2009, rol N° 132-2009. En esta causa, la demandante solicitó no la paralización de las obras, sino que se interrumpiera el funcionamiento de las mismas, que se encontraban concluidas. La demandada solicitó la nulidad de todo lo obrado a fin de alzar la suspensión infundada de las faenas. Si bien la Corte reconoció los defectos de la demanda, estimó que no podía corregirse el procedimiento mediante el incidente intentado, por lo que ratificó la suspensión.

²⁷ Por ejemplo, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1994.

²⁸ Artículo 569, inciso final: “*En todo caso, la sentencia llevará condenación en costas*”.

III. DESARROLLO HISTÓRICO-COMPARADO DE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA

Habiendo examinado la actual regulación de la denuncia de obra nueva en nuestro derecho, debemos analizar los orígenes de la misma. En esta materia resulta evidente la influencia del derecho romano en nuestro ordenamiento civil. Esto queda de manifiesto al examinar las notas de Bello a los artículos 930 y 931 en el llamado “Proyecto Inédito”, donde cita como fuente el título 1º del libro XXXIX del Digesto: *De operis novi nuntiatione*²⁹. Es más, nuestra legislación civil habla de la “denuncia” de obra nueva, siguiendo de cerca el término latino *nuntiatio*, mientras que la mayoría de los países de habla hispana consagran el “interdicto” de obra nueva. Adicionalmente, hasta la dictación del *Código de Procedimiento Civil*, la legislación procesal aplicable en la materia era las *Partidas*, específicamente la partida III, que en esta materia resulta absolutamente dependiente de la compilación justinianea. De aquí el interés por abordar el desarrollo histórico de la materia, tanto en derecho nacional como en derecho comparado, para comprender las peculiaridades de su tramitación.

1. Derecho romano.

La *operis novi nuntiatio* (*o.n.n.*) tenía en el derecho romano prácticamente la misma finalidad preventiva que nuestra moderna denuncia de obra nueva, ya que pretendía, a grandes rasgos, paralizar una construcción iniciada pero no terminada (*opus novum*) que se realiza en un predio vulnerando el derecho del denunciante³⁰. La gran diferencia de la *o.n.n.* con respecto a nuestros procedimientos modernos es que esta denuncia no consistía en un juicio sumario. La paralización de las obras podía conseguirse mediante una comunicación de carácter privado y extraprocesal que efectuaba el dueño del predio vecino en el lugar donde se realizaban los trabajos, anunciando su prohibición de continuarlos a quien se encontrase en el lugar de las obras³¹. En este contexto, la intervención del magistrado resultaba totalmente facultativa,

²⁹ BELLO, Andrés, cit. (n. 8), I, p. 601.

³⁰ Dig. 39,1,1,1 (Ulp., 52 ed.): “*Hoc edicto promittitur ut, sive iure, sive iniuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is, qui nuntiasset, non haberet*”.

³¹ Se suele distinguir entre *prohibitio* y *nuntiatio*, según si la obra es *in suo* o *in alieno*, lo que determina las formas de paralización disponibles en cada caso. Sin embargo, esta distinción no presenta mayor interés a efectos de la presente investigación, especialmente considerando la absoluta confusión entre estas dos figuras a partir del derecho postclásico. Véase especialmente: BRANCA, Giuseppe, *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 7 (1941) 2, pp. 313-372.

y si bien el acto de comunicación exigía ciertos requisitos, podemos calificarlo como esencialmente desformalizado en la época clásica³². Aun cuando en la prohibición no interviniera el magistrado y no se exigiesen solemnidades especiales, una vez efectuada el constructor se veía en la necesidad de paralizar la obra para evitar la destrucción de lo que en adelante construya, según veremos a continuación.

Si bien en la *nuntiatio* no participaba necesariamente del magistrado, este podía intervenir con posterioridad de diversas maneras³³: *i*) En caso de continuarse con la construcción, el denunciante contaba con un interdicto (*interdictum ex operis novi nuntiatione*, llamado posteriormente *demolitorium*) en virtud del cual se debía destruir todo lo edificado después de la denuncia, con prescindencia de si tenía o no originalmente derecho para realizar estas labores³⁴. Vale decir, la mera contravención de la *nuntiatio* acarrearía la demolición de aquello construido con posterioridad; *ii*) Debemos destacar asimismo que en todo caso queda a salvo la acción declaratoria respectiva, en la cual se desarrollaría la controversia jurídica de fondo, discutiéndose si el denunciado tenía o no derecho a edificar³⁵; *iii*) Finalmente, el magistrado podía decretar la *remissio* de la denuncia, como veremos más adelante.

El carácter fundamentalmente privado de la *nuntiatio* así como su independencia de un eventual procedimiento interdictal u ordinario le otorgaban una característica especialmente destacable a efectos de la presente investigación: la *o.n.n* no necesitaba de un respaldo jurídico para ser eficaz, ya que la mera oposición a la continuación de las faenas bastaba a efectos de paralizar la obra, estimando algunos autores que ni siquiera sería necesario expresar los motivos de la prohibición al momento de realizarla³⁶. Así, la denuncia

³² D. 39,1,1,2 (Ulp., 52 ed.): “*Nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam praetoris aditionem; potest enim nuntiare quis, etsi eum non adierit*”. Sobre los requisitos de la *operis novi nuntiatio*, así como las consecuencias de su incumplimiento, véase las opiniones de BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto romano* (reimpresión, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1966), II, 1, pp. 433 ss.; BRANCA, G., cit. (n. 31), pp. 325 ss.; MOZILLO, Attanasio, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, en AZARA, Antonio - EULA, Ernesto (directores), *Novissimo Digesto Italiano* (Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960), V, pp. 464-465; MASI, Antonio, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto: premessa storica*, en CALASSO, Francesco (director), *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Dott. A. Giuffrè, 1964), XII, pp. 158-159.

³³ Dig. 39,1,1,9 (Ulp., 52 ed.): “*Et post operis novi nuntiationem committunt se litigatores praetoriae iurisdictioni*”.

³⁴ Dig. 39,1,20 pr. (Ulp., 71 ed.).

³⁵ Dig. 39,1,19 (Paul., [12] *quaest.*): “*Sciendum est, exsecutione operis novi, nihilominus integrae legitimae actiones manere, sicut in his quoque causis manent in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat*”.

³⁶ BONFANTE, P, cit. (n. 32), p. 435. Véase asimismo PELLECCHI, Luigi, *Contributi palinogenetici allo studio dell' 'operis novi nuntiatio'*, en *Studia et Documenta Historiae et*

paralizaría la obra aun cuando fuera completamente infundada. Ello resulta inevitable si se considera que en este acto normalmente no intervenía un magistrado que resolviera la admisibilidad de la *nuntiatio*. Por otra parte, en los casos en que se recurría al pretor para denunciar una obra nueva este sí podía denegar la *nuntiatio*³⁷ (*denegatio exsecutionis operis novi*).

A pesar del carácter infundado que podía revestir la denuncia, así como la facilidad para interponerla atendida su falta de solemnidades, no parece haber dado pie a una instrumentalización abusiva en la época clásica, debido a que el denunciado podía proseguir la construcción sin arriesgarse a verse expuesto al *interdictum ex operis novi nuntiatione*, contando al efecto con dos instrumentos: la *cautio* y la *remissio*³⁸.

En primer lugar, el denunciado podía continuar la obra suspendida aun antes de comparecer ante el pretor mediante la constitución de una *cautio ex operis novi nuntiatione*, garantizando volver las cosas al estado original si en el juicio declarativo posterior se establecía que no tenía derecho para realizar la obra³⁹. Un rasgo notable es que esta caución podía ser de carácter privado, pudiendo rendirse en el momento mismo de la denuncia, lo que evitaba paralizar las obras, así como la molestia (*vexatio*) de tener que concurrir ante el pretor. A partir de este momento el denunciado podía proseguir con la obra aun si el denunciante se rehusaba a aceptar la caución⁴⁰. Asimismo, se debe destacar que el denunciado contaba con el *interdictum ne vis fiat aedificandi*, que tenía como objetivo evitar que el denunciante impidiera la ejecución obras con posterioridad al otorgamiento de la caución⁴¹.

En segundo lugar, mediante la *remissio nuntiationis* el denunciado podía acudir al pretor solicitándole el alzamiento anticipado de la suspensión en caso de acreditarse que el denunciante carecía de *ius prohibendi*⁴², dejando a salvo a la parte vencida el ejercicio de la acción petitoria correspondiente.

Iuris, 68 (2002), pp. 95 y 162; FARGNOLI, Iole, *Operis novi nuntiatio e inanes denuntiationes tra V e VI sec. d. C.*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 69 (2003), p. 594.

³⁷ Dig. 39,1,16 (Ulp., 13 ed.); Dig. 39,1,19 (Paul., [12] *quaest.*). Cfr. BRANCA, G., cit. (n. 31), pp. 330 ss.; MASI, Antonio, cit. (n. 32), pp. 158 y 160.

³⁸ Dig. 39,1,8,4 (Ulp., 52 ed.): “*Sciendum est facta operis novi nuntiatione cui nuntiatum est abstinere oportere, donec caveat vel donec remissio nuntiationis fiat [...]*”.

³⁹ Dig. 39,1,5,17 (Ulp., 52 ed.). Cfr. BONFANTE, P., cit. (n. 32), p. 451-452; MASI, A., cit. (n. 32) p. 159; PARICIO, Javier, *La denuncia de obra nueva en el derecho justinianeo*, en *Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, Jovene Editore, 1984), V, p. 2093 n. 19; PELLECCHI, L., cit. (n. 36), pp. 165 ss.

⁴⁰ Dig. 39,1,20,5 (Ulp. 71 ed.).

⁴¹ Dig. 39,1,20,9-16 (Ulp. 71 ed.).

⁴² La cláusula edictal está conservada en Dig. 43,25,1 pr. (Ulp., 71 ed.): “*Ait praetor: ‘Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat. Ceterum nuntiationem missam facio’*” Véase asimismo Dig. 43,25,2 (Ulp., 71 ed.).

Si bien resulta pacífico que este era precisamente el objetivo de la *remissio*, las particularidades de su funcionamiento procesal constituyen un enigma debido a la escasa referencia a esta materia en las fuentes⁴³.

Recurriendo tanto a la *cautio* como a la *remissio* el denunciado podía proseguir con la obra, aun cuando ello no supusiera el reconocimiento definitivo de su derecho al quedar a salvo la posibilidad del denunciante de presentar una acción petitoria⁴⁴. Esto reduciría a un mínimo el periodo de suspensión, otorgando al mismo tiempo seguridad al denunciante respecto de su pretensión, amparando así los intereses de ambas partes⁴⁵. La suspensión sólo se prolongaría si el denunciado no podía otorgar caución, o si se rechazaba la *remissio* al acreditarse el *ius prohibendi* del denunciante, en cuyo caso sería el denunciado quien tendría que recurrir a la correspondiente acción petitoria para obtener un pronunciamiento favorable, permaneciendo en el intertanto suspendidas las obras.

A estos dos elementos de protección del denunciado (*cautio* y *remissio*) debemos agregar que una vez realizada la *nuntiatio*, el denunciante debía prestar un *iurisiurandum calumniae* ante el magistrado, jurando no estar denunciando con el solo fin de perjudicar al constructor⁴⁶. Por lo demás, el pretor siempre podía evitar la suspensión en caso que el denunciado pretenda reparar o limpiar canales o cloacas, y en general en aquellos casos en que la demora en la ejecución de las obras pueda causar algún perjuicio⁴⁷.

La existencia de estos remedios procesales parece haber impedido la instrumentalización abusiva de la *nuntiatio* en la época clásica. Este panorama

⁴³ Para una exposición de las distintas teorías (hasta 1972) en torno a la mecánica procesal de la *remissio*, véase ARIAS BONET, Juan Antonio, *Sobre la denuncia de obra nueva en el Derecho romano clásico*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 42 (1972), pp. 294 ss. Véase asimismo las opiniones posteriores de PARICIO, J., cit. (n. 39), pp. 2094-2095 n. 26; y PELLECCHI, L., cit. (n. 36), pp. 153 ss.

⁴⁴ En este sentido afirma ARIAS BONET, J. A., cit. (n. 43), p. 292: “la *o.n.n.* puede replicarse inmediatamente –y sin necesidad de entrar aún en un proceso ordinario– de tal suerte que los trabajos iniciados por el *nuntiatus* no queden paralizados. Para evitar la interrupción perseguida por la *nuntiatio*, el denunciado parece haber tenido siempre el camino abierto, aunque, naturalmente, la continuación del *opus* no signifique aquí el reconocimiento definitivo de un derecho”. En el mismo sentido PARICIO, Javier, cit. (n. 39), p. 2091, n. 12.

⁴⁵ Dig. 39,1,20,11 (Ulp. 71 ed.): “*Nec quidquam interest, iure quis aedificet, an non iure aedificet, quum sit securus is, qui opus novum nuntiavit, posteaquam ei cautum est*”. Véase PELLECCHI, L., cit. (n. 36), pp. 164-165.

⁴⁶ Dig. 39,1,5,14 (Ulp., 52 ed.): “*Qui opus novum nuntiat, iurare debet, non calumniae causa opus novum nuntiare. Hoc iusiurandum auctore Praetore defertur; idcirco non exigitur, ut iuret is ante, qui iusiurandum exigit*”.

⁴⁷ Dig. 39,1,5,11-13 (Ulp., 52 ed.). Cfr. BONFANTE, P., cit. (n. 32) p. 438; MASI, Antonio, cit. (n. 32), p. 160; PELLECCHI, L., (n. 36), pp. 138-139.

cambió dramáticamente en el derecho postclásico, como evidencia el testimonio de dos constituciones imperiales, una dictada por Zenón y otra por Justiniano, en las cuales se da cuenta del extendido uso de este medio procesal para perjudicar a los constructores. En este sentido, Zenón detalla cómo mediante litigios infundados (“*invidia lites, non propter acceptam iniuriam*”) entablados contra los constructores, se logran hacer causa de dilaciones para ellos (“*morae ipsis auctores funt*”), sin que se puedan continuar con los trabajos en modo alguno, estando “como aprisionado por indisolubles ligaduras” (“*velut indissolubilis nihilominus vinculis inretiatur*”)⁴⁸. Por su parte Justiniano dicta una constitución a fin de evitar que por vanas denuncias (*inanes denuntiationes*) se prohíban las obras, y de esta forma atender rectamente a los denunciante (“*recte denuntiantibus consuletur*”)⁴⁹.

Se suele mencionar que una de las principales causas de estos abusos estaría en la degradación de las costumbres que tuvo lugar en la época postclásica, lo cual habría quitado toda eficacia disuasoria al *iurisiurandum calumniae*⁵⁰. A pesar de la importancia que este elemento moral pueda haber tenido, parece indudable que el origen de estas conductas se debe más bien a la distinta mecánica procesal que presenta la *operis novi nuntiatio* en los siglos V y VI, materia que ha sido recientemente abordada en detalle por Fagnoli⁵¹. En primer lugar, en la *o.n.n.* postclásica existía una estrecha relación entre la paralización de las obras y el juicio declarativo posterior, por cuanto los trabajos permanecerían suspendidos hasta que la sentencia estuviese ejecutoriada, lo que incluía la apelación⁵². Para algunos autores, esta relación entre la denuncia y el juicio posterior evidenciaría que el juicio mismo se iniciaría con una denuncia de carácter escrito⁵³. Debemos agregar que no parece haber existido un examen de mérito o cualquier forma de *denegatio* para determinar la paralización, acentuándose así el carácter infundado que podía presentar la *nuntiatio*, dando lugar precisamente a estas “denuncias vanas”⁵⁴.

⁴⁸ Cod. Iust. 8,10,12,7-8. Para citar esta constitución recurrimos a la versión latina de Krüger en lugar del original griego.

⁴⁹ Cod. Iust. 8,10,14.

⁵⁰ En este sentido PARICIO, J., cit. (n. 39), pp. 2096-2098; FARGNOLI, I., cit. (n. 36), p. 594.

⁵¹ FARGNOLI, Iole, cit. (n. 36), pp. 587-601.

⁵² En este sentido señala PARICIO, J., cit. (n. 39), pp. 2092-2093, comentando la constitución de Justiniano, que “no resulta difícil el aventurar que la denuncia ya no debió ser, en esta época tan tardía, previa y complementaria de una acción declarativa posterior; así, la denuncia justiniana debió quedar en la práctica solapada con la acción declarativa subsiguiente, manteniéndose sin embargo la paralización de la obra denunciada”. En el mismo sentido BRANCA, G., cit. (n. 31), pp. 337-338.

⁵³ Véase FARGNOLI, I., cit. (n. 36), p. 597.

⁵⁴ BRANCA, G., cit. (n. 31), pp. 331-332: “Nel diritto giustiniano la *denegatio exse-*

Otra diferencia notable respecto del régimen clásico es que no existen rastros de una *remissio* o *cautio* que liberasen prematuramente al denunciado de la prolongada suspensión, la cual resultaba de esta forma completamente inevitable⁵⁵. Finalmente, las constituciones aluden a la dilatada tramitación y los importantes costos del proceso, lo que es una característica conocida de la *cognitio extraordinem*, lo cual haría aun más gravosa esta suspensión. Estos cambios procesales se deben sin duda a las transformaciones experimentadas ante la desaparición del *agere per formulas* y su reemplazo por la *cognitio extraordinem*⁵⁶, aunque los detalles de esta evolución en este caso concreto nos resultan desconocidos.

Los emperadores precitados procuraron remediar este panorama. En primer lugar Zenón, luego de ordenar ciertas medidas destinadas a conseguir una mayor expedición en el conocimiento de la apelación, establece que en caso de resultar infundada la denuncia el denunciante deberá pagar todos los perjuicios que hubiere causado al constructor, así como el precio de los materiales que se hubiesen destruido o deteriorado durante el tiempo del litigio⁵⁷. El fracaso de estas medidas parece evidente si se considera que alre-

cutionis come pure la *denegatio operis n. nunt.* non sono ordinate *ab initio*, ma solo alla fine del procedimento di merito che si apre con la denuncia". Cfr. BONFANTE, P., cit. (n. 32), p. 461.

⁵⁵ Así señala PARICIO, J., cit. (n. 39), p. 2093: "según lo que puede desprenderse de lo indicado por Justiniano, la detención de la obra obligaría hasta el momento de la decisión definitiva del asunto controvertido, es decir, el denunciado ya no podría proseguir la construcción de un modo inmediato dando la caución privada como antiguamente ocurría en el derecho clásico, sino que debía esperar a que se dictara sentencia favorable". Asimismo FARGNOLI, Iole, cit. (n. 36), p. 598: "nella costituzione manca ogni riferimento sia alla *cautio* sia alla *remissio*. Se il *nuntiatius* avesse potuto ricorrere ad uno di questi due strumenti o a qualcosa che producesse i medesimi effetti, non si sarebbe posto il problema della paralisi dei lavori, proprio perché, ricorrendo alla *cautio* o alla *remissio*, egli avrebbe potuto proseguire nel progetto dell'*opus*". Véase también BONFANTE, P., cit. (n. 32), p. 461; BRANCA, Giuseppe, cit. (n. 31), p. 337; MASI, A., cit. (n. 32), p. 161.

⁵⁶ MOZILLO, A., cit. (n. 32), p. 466: "[...] il nostro istituto subisce profonde trasformazioni nel diritto postclassico e giustiniano. Anche que la affermazione della procedura *extra ordinem* e la parificazione degli interdetti alle azioni ordinarie, non mancano di condizionare un procedimento tutto fondato sulla duplicità delle fasi processuali". Véase asimismo BONFANTE, P., cit. (n. 32), pp. 460-461; PARICIO, J., cit. (n. 39) pp. 2093-2094; FARGNOLI, I., cit. (n. 36), p. 593.

⁵⁷ Cod. Iust. 8,10,12,7c: "*Noverint autem omnes, qui prohibere aedificantes praesumunt, se victos omnia illis damna, quae obvenerint, restituturos nec non materiarum pretium, quae intra litis tempora corruptae aut deteriores factae esse videbuntur. Iis etiam, qui contra ius aedificate praesumerint, si victi fuerint, damna resarcientibus ei, qui aedificare prohibuit et litem ea de re ventilare coactus fuit*". FARGNOLI, I., cit. (n. 36), pp. 594-597 realiza un detallado comentario a estas reformas.

dedor de medio siglo después Justiniano volvería a legislar sobre la materia, implementando un nuevo remedio a las *inanes denuntiationes* al establecer un plazo máximo de tres meses para dirimir la controversia, superado el cual el denunciado podrá continuar con las obras otorgando una caución (*fideiussio*), prometiendo destruir a su costa todo lo obrado si no hubiese tenido derecho para edificar⁵⁸. Cabe mencionar que, a partir de esta constitución, aparece con toda claridad que la única oportunidad para dar caución es cuando el litigio no se resuelva dentro de tres meses, debiendo además prestarse ante el magistrado.

Los remedios dispuestos en las constituciones estudiadas dan cuenta de una realidad fundamental: bajo la tramitación postclásica de la denuncia de obra nueva, y a diferencia del régimen clásico, la duración del procedimiento sí resulta relevante. En el derecho clásico la extensión de la suspensión podía limitarse fácilmente atendida la posibilidad de caucionar inmediatamente o de obtener una *remissio*, lo cual impedía el abuso de la *nuntiatio*. La desaparición de estos remedios, así como los inconvenientes inherentes a la *cognitio extraordinem* (como la larga duración de los procesos y un acceso a la justicia más costoso) dieron pie a la situación anteriormente descrita. A esto se debe sumar un factor fundamental, como es la independencia del efecto paralizador de la denuncia del mérito de la misma. Que no exista un control de admisibilidad de la denuncia en un proceso donde no se permitía al denunciado alzar con prontitud una paralización que considera infundada, fue sin duda un factor significativo en la proliferación de aquellas *inanes denuntiationes*. No exigir un examen del magistrado respectivo coetáneo a la paralización, similar a la *denegatio* del pretor en el régimen clásico, es un rasgo del sistema postclásico que influirá decisivamente a los sistemas jurídicos posteriores. Es por ello que, si bien la reforma de Justiniano acorta el plazo durante el cual se podrá obtener una suspensión injustificada, de todas formas mantiene tres meses en los cuales esta suspensión no necesitará sustento jurídico alguno.

2. Partidas.

La regulación de la denuncia de obra nueva en las *Partidas* se apega

⁵⁸ Cod. Iust. 8,10,14: “*Talem igitur iniquitatem inhibentes, sancimus, si quis denuntiationem emiseric, in hac quidem regia urbe praefectum urbi festinare, in provincia vero rectorem eis, intra trium mensium spatium causam dirimere; sin vero aliquid fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum, licentiam habere eum, qui aedificationem deproperat, opus, de quo agitur, efficere, prius fideiussore ab eo dato officio urbicariae praefecturae vel provinciali, ut, si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denuntiationem fecerit, suis sumtibus destruet. Sic enim et opera non per inanes denuntiationes prohibebuntur, et recte denuntiantibus consuletur*”.

estrechamente al esquema consagrado en el *Corpus Iuris Civilis*. De esta forma, la paralización podía producirse simplemente mediante la prohibición (*vedamiento*) entre particulares, manteniéndose el carácter facultativo de la intervención del magistrado⁵⁹. Del mismo modo, como veremos más adelante, se mantuvo en la práctica una estrecha relación entre la denuncia y el inicio del procedimiento. Asimismo, las *Partidas* establecían que, una vez hecha la denuncia, la prohibición de edificar debía ser observada aun cuando se tuviese derecho para construir, debiendo derribarse lo que en adelante se haga⁶⁰.

También se mantuvieron los resguardos prescritos por la compilación justinianeas. En primer lugar, el denunciante debía prestar juramento de no proceder por malicia, y en caso de negarse podía el denunciado continuar con la ejecución de la obra⁶¹, existiendo drásticas sanciones al juramento falso⁶². Asimismo, se mantuvo la regla establecida por Justiniano, según la cual la paralización sólo podía durar tres meses, debiendo resolverse el pleito en este plazo⁶³, permitiéndose al denunciado proseguir la obra afianzando la eventual demolición de lo construido⁶⁴. Antes del plazo de tres meses el denunciante no podía ser obligado a recibir la caución, pero en caso de aceptarla el denunciado podía continuar con la ejecución de la obra⁶⁵. Por

⁵⁹ Partida III, título 32º, ley 1ª.

⁶⁰ Partida III, título 32º, ley 8ª: “*Guardado deve ser el vedamiento que es fecho en alguna de las tres maneras que diximos de suso, quier lo fagan el dueño de la obra, o a sus Maestros, o al Obrero; de manera que non deve y labrar después sin mandado del Judgador de aquel lugar, do se faze la obra nueuamente. Ca tan gran fuerça ha este vedamiento, quier se faga con derecho, o non, que si aquel que faze la lauor fuere rebelde, non queriendo dexar de labrar después que le fuere vedado, que todo lo que adelante labrare, que lo deve el Judgador fazer derribar a costa, e a misión de aquel que mando fazer la obra*”.

⁶¹ Partida III, título 32º, ley 9ª: “[...] el Judgador debe tomar la jura de aquel que deuieda la lauor que non se faga, jurando, que este vedamiento non lo faze maliciosamente, mas porque cree que ha derecho de lo fazer, porque aquel que faze la lauor nueua, la edifica en lo suyo, o en perjuizio del. E si esta jura non quisiere fazer, deve el Juez otorgar al otro, que faga su lauor que auia començado, e mandar a este, que non lo embargue”.

⁶² Partida III, título 11º, leyes 26ª-29ª.

⁶³ Partida III, título 32º, ley 9ª: “[...] entre tanto deve estar queda la lauor fasta tres meses. [...]”.

⁶⁴ Partida III, título 32º, ley 9ª: “[...] E si por aventura en este plazo non se pudiesse delibrar el pleito, puede el Juez después otorgarle poderío de labrar, e deve tomar buenos fiadores, de aquel que faze la lauor, en esta manera: que si pareciesse, que el non podía fazer aquella obra derechamente, porque non auia derecho en el logar do la fiziesse, que la derribaría a su costa: e después deuele otorgar poder de labrar. [...]”.

⁶⁵ Partida III, título 32º, ley 9ª: “[...] Otrosi dezimos, que si tal fiadura como esta le quisiessse dar ente de los tres meses, que non seria tenuto el que destoruasse la lauor, de tomarla. Pero si la tomasse ante que viniessse el Juez, o si a menos de la fiadura, otorgasse al

lo demás, se mantuvieron otras características del procedimiento, como la inexistencia de un examen de admisibilidad, aunque sí se estableció que ciertas obras no podían ser denunciadas⁶⁶. Finalmente, aunque las *Partidas* guardan silencio respecto a la posibilidad de demandar los perjuicios ocasionados por una denuncia infundada, como lo había establecido Zenón, los intérpretes hicieron aplicable esta sanción⁶⁷.

El régimen de las *Partidas* experimentó ciertas variaciones debido a su aplicación práctica y la interpretación de la doctrina. Una tendencia especialmente significativa por su influencia posterior fue de carácter sistemático, ya que hacia el siglo XIX la generalidad de los intérpretes se había apartado de la exposición de materias de los *Digesta* o las *Partidas*, tratando la denuncia de obra nueva a propósito de los interdictos, por considerar que constituiría un interdicto prohibitorio en cuanto prohíbe continuar con las obras. De esta forma, se trataba esta materia (junto con la *cautio damni infecti*) después de los interdictos posesorios para adquirir, retener y recuperar la posesión⁶⁸, aun cuando la tramitación de la denuncia de obra nueva en nada se asemejara a la de estos “juicios sumarios de momentánea posesión”. Este tratamiento se debe a la evolución experimentada por la denuncia de obra nueva en el derecho intermedio, y particularmente en Francia, donde se produjo una progresiva aproximación entre la denuncia de obra nueva y las acciones posesorias⁶⁹. Si bien esta sistematización inicialmente sólo tuvo un alcance

otro poderío de labrar después del vedamiento, bien podría el dueño de la lauor yr a delante en la obra que había comenzado”.

⁶⁶ Véase Partida III, título 23º, leyes 7ª y 18ª.

⁶⁷ GÓMEZ, Antonio, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum* (Matriti, Typis Petri Marin, 1780), p. 542.

⁶⁸ SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España* (2ª edición, Madrid, 1820), II, pp. 253-255 y 262; DE TAPIA, Eugenio, *Febrero Novísimamente redactado* (Madrid, Librería de los Sres. Viuda de Calleja e Hijos, 1846), VII, pp. 45 ss.; GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero o librería de Jueces, Abogados y Escribanos* (4ª edición, Madrid, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, 1852), IV, pp. 454 ss. Esta misma sistemática fue establecida por Bello en el CCCh, según lo describe BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce* (Comentario de jurisprudencia), en *Revista Chilena de Derecho Privado* 10 (2008), pp. 175. También el *Código de Procedimiento Civil* sigue esta sistemática en el título IV del libro III. Sobre la ubicación sistemática de las acciones posesorias en el Código Civil, véase AMUNÁTEGUI, Carlos, *El artículo 921 del Código Civil y la querrela de amparo. Posibilidad de exigir indemnizaciones a propósito de actos inmisivos*, en CORRAL TALCIANI, Hernán et al. (coordinadores), *Estudios de Derecho civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009* (Santiago, 2011), I, pp. 693 ss.

⁶⁹ BONFANTE, P., cit. (n. 32), p. 462-463; MASI, A., cit. (n. 32), p. 166. Como señala Bonfante, esto conduciría a entender a la denuncia de obra nueva como una “acción posesoria especial”, categoría que aun mantiene nuestro *Código Civil*.

teórico, eventualmente tendría importantes consecuencias para la tramitación de la denuncia de obra nueva, como veremos más adelante.

Más allá de la sistemática, los intérpretes realizaron notables aportes en esta materia, siendo especialmente interesante el desarrollo de un examen previo de la denuncia a efectos de otorgarla, viniendo así a subsanar uno de los grandes defectos del sistema justiniano. En este sentido, ya en la glosa “*Fuere rebelde*” de Gregorio López se describe que puede denegarse la suspensión cuando quien la solicita carece notoriamente de derecho, citando a este respecto la doctrina de glosadores y comentaristas⁷⁰. Posteriormente se entendería que el análisis previo comprendería también las situaciones de hecho de la denuncia, por lo que el juez, si bien podía resolver la solicitud de paralización inmediatamente, también podía realizar una inspección personal para comprobar que se verificaran los supuestos fácticos alegados⁷¹.

Asimismo, Antonio Gómez introdujo una importante innovación al estimar que, en caso de causar la suspensión un perjuicio muy grande al denunciado, mientras que el perjuicio del denunciante fuera reducido, podría el primero continuar la obra, previa caución de demoler lo construido en caso de probarse el mérito de la denuncia, opinión que tuvo un enorme impacto en la doctrina posterior⁷².

Otra evolución notable que experimentó la denuncia de obra nueva bajo el sistema de las *Partidas* fue la progresiva pérdida de su carácter extrajudicial, abandonándose las formas de denuncia privada. De esta forma, aun cuando algunas de las fuentes aún mencionan la alternativa de acudir al juez o de

⁷⁰ Partida III, título 32º, ley 8ª, glosa *Fuere rebelde*: “*Si tamen certum esset nuntiantem non habere jus, potest denuntiatio aporni: vide Bartículo in l. 1 in princiso col. 3. D. eod. et aliquos casus, in quibus contemni potest nuntiatio novi operis, vide per Gloss. in l. 1 §. quid sit vi factum, in verbo deffinitio, D. quod vi, aut clam, et adde Jas. in dicta l. 1. in principio*”. Antonio Gómez profundiza en este examen y los remedios disponibles al efecto en su *Comentario a las Leyes de Toro* (XLVI, 36 y 37). Véase GOMEZ, A., cit. (n. 67), pp. 542-544.

⁷¹ GARCÍA GOYENA, F., cit. (n. 68), IV, pp. 459-460.

⁷² GOMEZ, A., cit. (n. 67), p. 554: “*Quartum remedium & notabile est; quando ex denuntiatione & cessatione operis sequeretur maximum & grave damnum ipsi aedificant, & modicum vel parvum praejudicium ipsi nuntianti ex dilatione: nam tunc poterit aedificare praestita satisfactione, & postea apparebit & pronuntiabitur, an juste vel injuste aedificaverit*”. Reproducen esta opinión SALA, Juan, cit. (n. 68), II, p. 267; ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (2ª edición corregida y aumentada, Madrid, Imprenta del Colegio Nacional de Sordo-Mudos, 1838), I, pp. 83-84; ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Elementos de Práctica Forense* (2ª edición, Madrid, Imprenta de la Viuda de Jordan é Hijos, 1843), II, p. 83; DE TAPIA, Eugenio, cit. (n. 68), VII, p. 49; GARCÍA GOYENA, Florencio, cit. (n. 68), IV, p. 455; GUTIÉRREZ, [José], *Prontuario de los Juicios, su orden, sustanciación é incidencias* (Quito, Imprenta de Alvarado, 1842), p. 148.

establecer una denuncia privada⁷³, otras dejan perfectamente claro que las formas privadas de denuncia habían caído en desuso⁷⁴.

Si bien la denuncia de obra nueva experimentó ciertos cambios con el tiempo, los autores ibéricos del siglo XIX dan cuenta de un procedimiento bastante ajustado al descrito en las *Partidas*⁷⁵. A continuación esbozaremos una breve descripción, omitiendo las discordancias entre los autores. El procedimiento se iniciaría por una denuncia, que tendría que realizarse ante el juez, el cual examinaría la admisibilidad de la misma, resolviendo sobre la suspensión una vez que se hiciera un reconocimiento de la obra o bien inmediatamente. Habiéndose notificado la suspensión al denunciado o a los operarios, se tomarían en el mismo acto medidas para verificar posteriormente que no haya habido progresos en las obras. Asimismo, se tomaría un juramento al denunciador de no estar denunciando maliciosamente, pudiendo proseguir el denunciado con la obra si el denunciante se negare a prestarlo. A contar del día en que el denunciante recurre al juez comenzaría a correr un plazo de tres meses, dentro del cual debería resolverse la controversia. En el intertanto, las obras se encontrarán paralizadas, debiendo derribarse lo que en adelante se construya, sin importar el derecho que en definitiva asista al constructor. En caso de superarse el plazo de tres meses, podrán continuarse las obras previa caución de la parte denunciada de derribar a su costa lo que se hiciera si no tenía derecho para edificar. Podría también ofrecerse esta caución antes de los tres meses, no estando obligado el denunciante a aceptarla.

El procedimiento descrito da cuenta de una estrecha unión entre la denuncia misma y el procedimiento declarativo posterior, las cuales en último término llegan a confundirse, estando la denuncia, paralización y decisión de la controversia indisolublemente ligados, tal como sucedía en el derecho

⁷³ ESCRICHE, J., cit. (n. 72), p. 803; SALA, J., cit. (n. 68), p. 264, aunque en la p. 265 consigna que la denuncia por medio del juez “*es la que está mas en uso; bien que si es mucha la perentoriedad, convendrá echar manos á las otras*”.

⁷⁴ DE TAPIA, E., cit. (n. 68), p. 47: “*La denuncia de obra nueva se entabla acudiendo al juez por medio de escrito, pidiendo la suspensión de la obra nueva [...]*”. También ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., cit. (n. 72), II, p. 83: “*Esta se entabla por medio de escrito, en que se pide la suspensión de la nueva obra [...]*”. Asimismo GARCÍA GOYENA, F., cit. (n. 68), IV, p. 453: “*La ley 1, tít. 32, Partícúlo 3, reconoce tres modos de denunciar; los dos primeros extrajudiciales, y el tercero judicial. El primero consiste en requerir al edificante que no continúe edificando, y deshaga lo hecho; y el segundo, en hacer esta misma manifestación verbal; pero yendo ademas al sitio de la obra, y arrojando una piedra en ella. Estos dos modos de denunciar estan en desuso*”. Sobre el progresivo desuso de las formas privadas de denuncia, véase MASI, A., cit. (n. 32), pp. 166-167.

⁷⁵ Cfr. SALA, Juan, cit. (n. 68), II, pp. 262-266; ESCRICHE, Joaquín, cit. (n. 72), I, pp. 83-84; ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, cit. (n. 72), II, pp. 82 ss.; DE TAPIA, Eugenio, cit. (n. 68), VII, p. 46 ss.; GARCÍA GOYENA, Florencio, cit. (n. 68), IV, p. 452 ss.

romano postclásico. Sin embargo, este sistema fue capaz de superar ciertas limitaciones presentes en la compilación de Justiniano, evolucionando de modo tal que, al tiempo de proteger los intereses del denunciante, se procuró evitar un perjuicio injustificado al denunciado. En este sentido, la elaboración por parte de los intérpretes de un examen de admisibilidad resulta acorde con la progresiva judicialización de la denuncia de obra nueva. En efecto, la falta de fundamentación propia de la denuncia privada no tiene mayor justificación si el juez es quien ha de admitir a tramitación la denuncia. Adicionalmente, la posibilidad de rendir caución antes de los tres meses en caso de grave perjuicio para el denunciado permitiría eludir la paralización en las hipótesis en que el perjuicio al denunciado fuera más evidente.

Las *Partidas*, al igual que en España, constituyeron el Derecho vigente en Chile en esta materia hasta la promulgación del *Código de Procedimiento Civil*. El procedimiento seguido durante el siglo XIX en materia de obra nueva era muy similar al descrito por los autores ibéricos, lo que no debe extrañarnos, considerando la influencia fundamental que éstos tuvieron sobre la doctrina procesal chilena de la época⁷⁶. En este sentido, contamos con la descripción del llamado “Cuadernillo de Gutiérrez”⁷⁷, el testimonio del magistrado Francisco Ugarte Zenteno, conservado en la *Gaceta de los Tribunales* (= *GT.*) de 1857⁷⁸, así como con las detalladas relaciones de

⁷⁶ Esta influencia es evidente si se examinan las fuentes consultadas por José Bernardo Lira para elaborar su *Prontuario*, el más influyente del siglo XIX en Chile: “*Aunque a menudo citamos las obras de donde tomamos nuestras doctrinas, debemos también anticipar aquí que hemos consultado de continuo el estimable Diccionario Razonado de Legislación i Jurisprudencia, por don Joaquín Escrich; el Tratado Académico Forense de Procedimientos Judiciales, por los doctores Gomez de la Serna i Montalban; los Elementos de Práctica Forense, por don Manuel Ortiz de Zúñiga; varios magistrales artículos de la Enciclopedia Española de Derecho i Administración; los juiciosos i eruditos Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, por los abogados Manresa, Miquel y Reus; i, sobre todo, el Prontuario de los Juicios, laboriosa esposición de nuestras leyes de enjuiciamiento escrita por el señor don Bernardino A. Vila*”: LIRA, José Bernardo, cit. (n. 7), I, p. 2.

⁷⁷ GUTIÉRREZ, [J.], cit. (n. 72), pp. 147-148. Esta obra tuvo una importancia fundamental en el ámbito nacional hasta la aparición de los prontuarios de Vila y Lira. En lo que a la denuncia de obra nueva se refiere, reproduce sintéticamente las disposiciones de las *Partidas*, citando en ciertos puntos a Juan Sala, Joaquín Escriche y Antonio Gómez.

⁷⁸ UGARTE ZENTENO, Francisco, *Visita judicial del departamento de Caldera practicada por el juez de letras de Copiapó don Francisco Ugarte Zenteno*, en *Gaceta de los Tribunales* (GT.), 768 (1857), p. 7396: “*Denuncia de obra nueva. Artículo 24. Cuando una persona está construyendo una obra nueva o modificando la ya construida, i esta construccion o modificacion perjudica a un tercero, ésta puede presentarse denunciándola i pidiendo, que se mande suspender el trabajo; el juez provee: “por denunciada la obra*

los prontuarios de Bernardino Vila⁷⁹ y José Bernardo Lira⁸⁰. Según estos últimos tres autores, el juicio se iniciaba por una demanda, en la cual se solicitaba la paralización de las obras, que era decretada por el juez mediante una resolución judicial que era notificada al denunciado. Este último podía oponerse a esta suspensión con una contestación, en cuyo caso se iniciaba un juicio ordinario para dilucidar el derecho de las partes⁸¹, sirviendo el escrito de la denuncia como demanda en el procedimiento ordinario. Asimismo, el denunciado podía apelar en el solo efecto devolutivo de la resolución que ordenaba la suspensión de la obra⁸². Si bien a grandes rasgos este es el procedimiento descrito, estamos obligados a consignar que estas fuentes ofrecen una disparidad de opiniones en una serie de puntos referidos a la tramitación de la denuncia, y que en la jurisprudencia de la época pueden encontrarse una infinidad de tramitaciones distintas, dando cuenta de una notoria dispersión de opiniones.

La tramitación descrita se refleja en el escrito de denuncia de obra nueva, en el cual se solicitaba al juez que decretara la suspensión de las obras (*“se sirva mandar suspenderla i tomar razon de su estado, i declarar a su tiempo que don Braulio Quiros no tiene derecho de continuarla i que debe demoler la parte construida [...]”*), ante lo cual la primera resolución que decretaba el juez era justamente la paralización (*“Por denunciada la obra que se indica, notifíquese a don Braulio Quiros i a sus mayordomos i trabajadores la suspendan bajo apercibimiento de demolicion. Póngase constancia del estado de la obra por el ministro de fé que practique la diligencia; i hecho, traslado a don Braulio*

nueva, notifíquese a su dueño, i en defecto de este a sus operarios encargados de su construccion, que suspendan el trabajo, bajo apercibimiento de demolerlo a su costa; el escribano (Subdelegado o inspector) a quien se comete la diligencia, ponga constancia del estado de la obra, i hecho traslado”. Si se apelare de esta providencia, se provee: “concédese, solo en el efecto devolutivo, la apelación interpuesta; i elévense los antecedentes a la Il^{ta}. Corte con citación i emplazamiento de las partes. Si no apelare, se sigue tramitando como una causa civil ordinaria, sirviendo de demanda el escrito del denunciante”.

⁷⁹ VILA ALIAGA, Bernardino, *Prontuario de los juicios* (2ª edición corregida i aumentada, Santiago, Imprenta de la Sociedad, 1858), II, pp. 149-152.

⁸⁰ LIRA, J. B., cit. (n. 7), I, pp. 364-366; II, 386.

⁸¹ LIRA, J. B., cit. (n. 7), I, p. 366: *“Presentada la querella, manda el tribunal suspender la obra i hacer tomar razon del estado en que se encuentra; comunica traslado al querellado; i se comienza el juicio plenario”*, con cita en este punto (nota jf) precisamente de la disposición de las *Partidas* que establece la tramitación judicial de la denuncia (*Lei 9.ª, tít. 32, Partícúlo 3.ª*). Véase GT., 1886, p. 2080, sent. 3293.

⁸² Sin embargo, esta posibilidad de apelar parece haber sido de poca utilidad, por cuanto se rechazaba la apelación por tratarse de cuestiones que deben resolverse en primer lugar en el juicio de primera instancia. En este sentido GT., 1881, p. 235, sent. 366. Véase también GT., 1884, p. 1585, sent. 2524, donde en un voto de minoría se está por alzar la medida por no ser una obra denunciante.

Quiros”⁸³). Luego de esta resolución, señala Lira que “*El ministro de fè da cumplimiento a este decreto. Se suspende la obra, i sigue el juicio ordinario*”⁸⁴, lo que ratifica la inmediatez de la suspensión.

A partir de estas fuentes, podemos apreciar que en Chile existía durante la vigencia de las *Partidas* una estrecha unión entre la denuncia y el juicio declarativo respectivo, a tal punto que el escrito por el cual se solicitaba la denuncia serviría como demanda en el juicio ordinario que se iniciaría ante la oposición del denunciado. Sólo Lira, por una evidente influencia de la literatura española posterior a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, llega a identificar en la denuncia un juicio sumario, independiente (al menos en términos conceptuales) del juicio plenario posterior⁸⁵. Asimismo, se aprecia en estas fuentes una total judicialización de la denuncia misma, no habiendo vestigios de las formas de denuncia privadas, ya que la paralización debía establecerse por resolución judicial.

A pesar de las semejanzas con el procedimiento español, la tramitación carecía de varios de los remedios elaborados en el derecho procesal ibérico. Sabemos que a la época sí se observaba el precepto de las *Partidas* según el cual debía prestarse juramento de malicia⁸⁶. Sin embargo, se suscitó una

⁸³ Estas fórmulas se encuentran en LIRA, J. B., cit. (n. 7), II, p. 386. Otro modelo de formulas de denuncia de obra nueva, similar al expuesto, es descrito por VILA ALIAGA, B., cit. (n. 79), II, pp. 150-151. Encontramos resoluciones de similar tenor en *GT.*, 1881, p. 235, sent. 366; 1883, p. 291, sent. 526; 1884, p. 1585, sent. 2524; 1885, p. 69, sent. 144; 1886, p. 2080, sent. 3293; 1896, p. 1246, sent. 1833.

⁸⁴ LIRA, J. B., cit. (n. 7), II, p. 386.

⁸⁵ LIRA, J. B., cit. (n. 7), I, p. 365: “*El primer efecto de la querella de que tratamos es la suspensión inmediata de la obra nueva denunciada; pero, como a este juicio sumario sigue necesariamente otro plenario sobre el derecho a la continuacion o a la demolicion de la obra i sobre la consiguiente indemnizacion de perjuicios [...]*”; y más adelante: “*En cuanto a los trámites del juicio, es preciso tener presente al iniciarlo que en la denuncia de obra nueva hai, como ya lo hemos indicado, un juicio sumario i uno ordinario. En la querella deben, pues, comprenderse las circunstancias que dan lugar a aquél i los fundamentos que han de servir para la defensa de éste*”. Sobre la influencia de la literatura posterior a la LEC 1855, véase la n. 76. Esta opinión parece haber tenido eco en cierta jurisprudencia (*GT.* 1885, p. 14, sent. 20) la cual, al rechazar la suspensión solicitada por el denunciante, señala que “*queda a salvo el derecho de la querellante para continuar el juicio en la vía ordinaria*”. También resulta notable la sentencia recogida en *GT.* 1885, p. 574, sent. 973, en la cual los denunciantes solicitaron “*que el juicio tuviera solo una tramitacion ordinaria sin suspension de trabajos, con tal que en definitiva se mandara destruir todo lo hecho*”.

⁸⁶ LIRA, José Bernardo, cit. (n. 7), I, p. 366: “*Es necesario ademas, segun la lei, prestar el juramento de malicia*”, citándose en el pie de página (ii) la *Lei* 9.^a, tít. 32, *Partículo* 3.^o. Sin embargo, debemos destacar que la jurisprudencia no es uniforme al establecer la importancia del juramento: cierta jurisprudencia (*GT.* 1886, p. 2533, sent. 3950) resta importancia al otorgamiento del juramento, señalando que “*la omision de juramento de*

discusión doctrinaria sobre la vigencia de uno de los mecanismos más poderosos para evitar el ejercicio abusivo de la acción, como era la fijación de un plazo máximo de tres meses para suspender la obra, transcurrido el cual podía continuarse con su realización habiendo rendido fianza. Así, mientras Bernardino Vila entendía que esta norma seguía plenamente vigente⁸⁷, Lira creía que como el CC. no establecía nada en esta materia las disposiciones de las *Partidas* se encontraban tácitamente derogadas⁸⁸. Además, los autores no mencionan la posibilidad de ofrecer una caución antes de los tres meses, como se establecía en las *Partidas*. Sin embargo, debemos destacar que la jurisprudencia de la época era notoriamente más indulgente que la doctrina en materia de caución. En este sentido, numerosas sentencias establecen la posibilidad de alzar la paralización de las obras al otorgarse caución al tercer mes, citándose el precepto de las *Partidas* que establece esta posibilidad⁸⁹. En ciertos casos, se aceptó incluso la posibilidad de caucionar antes de los tres meses⁹⁰.

Otra importante carencia del derecho nacional, y que diferencia nuestra

malicia en una querella de obra nueva no es tal que implique necesariamente la nulidad del proceso"; otra resolución (GT. 1855, p. 5771, sent. 7265) niega la suspensión por no haberse otorgado juramento; finalmente, hay jurisprudencia (GT. 1895, p. 598, sent. 4100) que niega lugar a la querella en caso de no prestarse juramento.

⁸⁷ VILA ALIAGA, Bernardino, cit. (n. 79), II, p. 151: "[...] *se tramitará como todo juicio civil ordinario; i si no terminare en tres meses, puede el demandado pedir que se le permita continuar la obra bajo fianza de demolición*", indicándose en la nota al pie que la fuente de esta disposición son las *Partidas* (L.9 T. 32 P. 3).

⁸⁸ LIRA, José Bernardo, cit. (n. 7), I, p. 366, nota (jj): "*Disponia también esta lei [Lei 9.ª, tít. 32, Partícúlo 3.ª] que, si en el término de tres meses no concluía el juicio, podía el querellado continuar la obra dando fianza de demolición. Hoi es dudoso que exista este derecho, desde que, tratando de esta materia, no lo otorga el Código Civil, que ha derogado, aun en la parte que no fueren contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan y que solo ha conservado, en lo que no sean contrarias a sus disposiciones, las que se refieren a los procedimientos judiciales*".

⁸⁹ En este sentido GT., 1878, sent. 2669; 1878, sent. 4368; 1883, p. 1429, sent. 2572; 1887, p. 459, sent. 783; 1892, p. 638, sent. 962; 1896, p. 1246, sent. 1833 (el cual contiene un voto de minoría que considera derogada esta posibilidad por el artículo 930 CC.); y particularmente GT., 1884, p. 1987, sent. 2946, donde se señala expresamente que "*teniendo presente que la misma lei 9.ª, tít. 32, partícúlo 3.ª, en virtud de la cual se ha suspendido la obra nueva denunciada, es la que autoriza la prosecución de los trabajos, previa fianza i despues de tres meses; Que estando vijente dicha lei en la parte que ordena la suspension de la obra, no hai razon alguna atendible para que se le considere derogada en la parte que autoriza la prosecucion de ella, desde que uno i otro caso señala el procedimiento que debe seguirse en la tramitacion de la accion reconocida por el artículo 930 del Código Civil*".

⁹⁰ Véase GT., 1858, N° 846, sent. 1557; 1864, p. 730, sent. 2027; 1879, p. 1152, sent. 1634; 1892, p. 638, sent. 962, donde se señala que el denunciado "*puede continuar*

denuncia de obra nueva del sistema español observado durante la vigencia de las *Partidas*, es que la suspensión era decretada por el juez sin examinar el mérito de la demanda o los presupuestos de hecho de la misma. Así lo señalaba Lira: “*Es digno de notar, respecto de la denuncia de obra nueva, que el tribunal manda suspender la obra denunciada por el mero hecho de la denuncia, sin que se le hagan constar, ni siquiera sumariamente, las circunstancias en que el derecho reclamado se funda*”⁹¹. Esta circunstancia fue advertida también por la Primera Comisión que elaboró el *Código de Procedimiento Civil*⁹². Este rasgo del procedimiento resulta notable, por cuanto evidencia que no se incorporó la doctrina de los intérpretes españoles, manteniéndose un apego a la letra de las *Partidas*, sistema que resultaba más propio de un sistema privado de denuncia, donde el denunciante se querellaba en los términos que él estimara adecuados, no siendo necesaria fundamentación alguna y no existiendo control de admisibilidad. Y como en el sistema vigente en Chile la suspensión estaba íntimamente ligada al juicio ordinario posterior, normalmente la paralización se alzaría o ratificaría una vez que se dictara sentencia en el juicio ordinario (a menos que se hubiera otorgado fianza al tercer mes) pudiendo transcurrir más de un año entre la suspensión y la sentencia definitiva⁹³. De esta forma, si la obra era de aquellas que el *Código* señala como no denunciabiles en sus arts. 930 y 931, esta calidad sólo se decretaría en la sentencia⁹⁴.

A pesar la inexistencia de un examen general de admisibilidad, debemos destacar que existió abundante jurisprudencia que negaba la suspensión en caso de no existir mérito suficiente en base a los antecedentes presentados⁹⁵,

la construcción del puente motivo de la acción deducida bajo su inmediata responsabilidad”.

⁹¹ LIRA, J. B., cit. (n. 7), I, p. 366, nota (jj). Nótese en todo caso que el autor podría estar influenciado en este punto por la literatura española posterior al LEC. 1855.

⁹² En este sentido, intervino el comisionado Gandarillas: “*En debate el artículo 625, hace notar el señor Gandarillas que aquí como en la práctica actual, se decreta la suspensión sin ningún antecedente previo i bajo la sola palabra del denunciante*”: AA. VV., *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil* (Santiago, Imprenta de “El Progreso”, 1884), p. 290.

⁹³ Sobre los plazos de tramitación, véanse: *GT.*, 1884, p. 632, sent. 999 (cinco meses); 1884, pp. 210-212, sent. 321 (un año); 1885, p. 69, sent. 144 (trece meses, consignándose al mismo tiempo en la sentencia que la denuncia era “*completamente vaga*”); 1886, p. 322, sent. 543 (cinco meses); 1886, p. 2080, sent. 3293 (veinte días); 1892, pp. 35-36, sent. 1607 (once meses).

⁹⁴ Véanse *GT.*, 1870, p. 172, sent. 377; 1886, p. 2040, sent. 3237; 1886, pp. 76-78, sent. 143.

⁹⁵ Véanse *GT.*, 1881, p. 1505, sent. 2733 (aunque revocada por el tribunal de alzada); 1884, p. 334, sent. 535 (aunque revocada por el tribunal de alzada); 1884, p. 1585, sent. 2524 (voto de minoría); 1885, p. 14, sent. 20; 1885, p. 783, sent. 1688, donde se

opinión que fue respaldada por Jacinto Chacón⁹⁶. Dos sentencias son especialmente notables a este respecto. La primera corresponde a la Corte de Apelaciones de Santiago⁹⁷, a la cual concurren votos de personajes tan ilustres como Francisco Vargas Fontecilla, José Antonio Gandarillas y Francisco Ugarte Zenteno (cuya doctrina hemos reproducido anteriormente), y en la que se señala: “*Vistos: no resultando de los antecedentes presentados mérito bastante para decretar la suspensión de la obra que se dice está ejecutando don Primo Díaz Valdés en las calles de Valparaíso, se confirma el auto apelado de 11 de julio del presente año, corriente a f. 18, en cuanto por él se niega lugar a dicha suspensión i con declaracion que debe comunicarse traslado a don Primo Díaz Valdés de la denuncia de f. 3, que deberá tenerse por demandada i que el proceso deberá tramitarse por el juez de letras no implicado.*” Vargas Fontecilla señala a mayor abundamiento, en un voto especial: “*3°. Que aun cuando ese privilegio exista, la perturbacion de su goce no es materia de una denuncia de obra nueva, por cuanto esta es una accion posesoria que se dá por la lei cuando se perturba un derecho real sobre un inmueble. Por estas razones soi de la opinion que debe confirmarse el auto apelado con costas del recurso.*”

En segundo lugar, resulta también digna de mencionarse una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso⁹⁸, que en un voto especial señala primeramente los elementos esenciales para entablar la acción especial de obra nueva, consignando a continuación: “*No es conforme a derecho el otorgar o conceder una acción, aunque en carácter de provisoria sin que se ofrezcan de parte del actor fundamentos o antecedentes plausibles, por deficientes o ineficaces que puedan resultar en definitiva, para establecer, al ménos semiplenamente i en forma sumaria, la existencia de los hechos de donde dimana el derecho o la accion para ejercitarlo*”. Más adelante se cuestiona: “*¿I cuál debe ser esta prueba? La misma, a juicio del suscrito, que se exige para cualquier medida o providencia conservativa, entre las cuales, por su índole, por su naturaleza i alcance piensa que debe colocarse la orden de suspender o paralizar las obras nuevas denunciadas*”. Finalmente, señala que “*aun discuriendo en el concepto*

concede la suspensión, pero no en toda la extensión solicitada por la denunciante, “*no siendo posible ademas suspender desde luego, por la mera afirmacion de la denunciante, reparaciones que tenian por objeto la conservacion de una servidumbre que da vida a muchos predios*”.

⁹⁶Jacinto Chacón entendía que sí debía realizarse una información sumaria: “*En las posesorias especiales, recibida sumaria información sobre ser verdad que se hacen trabajos en propiedad ajena que dañarían la nuestra si se consumasen, el juez ordena la suspensión de esos trabajos mientras se prueba la realidad de estos perjuicios*”. CHACÓN, Jacinto, *Exposicion Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno* (Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1878), II, p. 570.

⁹⁷GT., 1874, p. 1048, sent. 2127.

⁹⁸GT., 1892, pp. 1058-1060, sent. 1636.

de que la querella esté revestida de todas las formalidades y requisitos sustanciales exigidos para su admisibilidad o procedencia [...] no bastarían ellos por sí solos para dar lugar a la denuncia de obra nueva. Según el recordado artículo 931, para que la obra o construcción sea denunciante (esto es, posible o susceptible de ser denunciada) se requiere que ella se intente apoyar sobre el predio del denunciante”, concluyendo que “no hai en autos mérito bastante para declarar denunciables como obras nuevas las construcciones denunciadas”. De esta forma se introduce directamente un análisis de admisibilidad de la denuncia considerando el carácter *denunciante* de la obra, rechazándose la solicitud de paralización en caso de no configurarse este requisito.

Según hemos podido apreciar, la indulgente interpretación de parte de la jurisprudencia permitió mantener en algunos casos el régimen de las *Partidas* en cuanto a la posibilidad de rendir fianza para continuar las obras, y en lo relativo a la realización de un examen mínimo de admisibilidad previo al decreto de suspensión. De todas formas, la tramitación vigente en la segunda mitad del siglo XIX permitía normalmente una suspensión de al menos tres meses en las obras (en caso de acogerse por el juez la posibilidad de rendir caución), aplicándose un control previo al decreto de suspensión de forma desigual por la judicatura. Ante este panorama el legislador procuró, según se verá más adelante, establecer un control de admisibilidad previo a la resolución que ordena la paralización de las obras.

3. *Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881.*

Del análisis que hasta ahora hemos desarrollado, podemos apreciar que hasta principios del siglo XX el procedimiento vigente en Chile en materia de obra nueva conservaba a grandes rasgos la estructura existente en tiempos de Justiniano. La íntima conexión entre la denuncia y el procedimiento posterior propiciaba una suspensión de las obras de al menos tres meses, debido a que la falta de fundamentación de la denuncia normalmente sólo se resolvería en la sentencia definitiva, siendo la primera resolución que dictaba el juez un decreto de paralización de las obras. Ante esto, la posibilidad de caucionar al tercer mes morigeraba la posibilidad de abuso. Sin embargo, la introducción por parte de los intérpretes y de la jurisprudencia de un examen de admisibilidad previo al decreto de suspensión permitía atacar la raíz del problema, al evitar la paralización en aquellos casos en que no aparecía justificación para decretarla.

Considerando que este era el régimen aplicable en esta materia hasta 1903, resulta del todo sorprendente el brusco cambio entre este sistema y aquel estrenado por el *Código de Procedimiento Civil*, promulgado ese año, el cual constituye la normativa vigente hasta el día de hoy. Las razones de esta aguda diferencia se deben a la influencia de la *Ley de Enjuiciamiento*

Civil española de 1855 (= LEC. 1855), la cual pasaremos a estudiar. A falta de una doctrina nacional desarrollada que pudiese generar una codificación original, el codificador chileno tuvo como modelo la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, cuyo sistema en lo que a denuncia de obra nueva se refiere se mantuvo en la posterior *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 (= LEC. 1881), la cual estuvo vigente en la península hasta el año 2000 en España. Por la gran similitud de estas codificaciones en lo que a denuncia de obra nueva se refiere, las trataremos conjuntamente.

Si bien algunos autores entendieron que la regulación de la materia en la LEC. 1855 era a grandes rasgos muy similar a la existente durante la vigencia de la partida III, derogándose sólo preceptos obsoletos⁹⁹, lo cierto es que los cambios fueron muy significativos.

El cambio fundamental dice relación con la estructura del procedimiento. Si bien con anterioridad a la dictación de la LEC. 1855 se entendía que la denuncia de obra nueva constituía jurídicamente un interdicto (específicamente un interdicto prohibitorio) esta denominación resultaba útil sólo para efectos de sistematización. Sin embargo, con la LEC. 1855 se entendió que todos los interdictos constituían juicios sumarios, y como la denuncia de obra nueva caía dentro de la categoría de los interdictos¹⁰⁰ se le dio la tramitación de un juicio sumario. El cambio se aprecia en el testimonio de Pedro Gómez de la Serna, uno de los gestores de la LEC. 1855: “*Bajo la denominacion de interdictos comprendió la Comision todos los juicios civiles, que reclaman con urgencia una medida que los termine, por interesarse inmediatamente el orden público, la seguridad amenazada de las personas ó de las cosas, ú otros derechos privados, que á no ser atendidos sin dilacion, pueden perderse. [...] Vienen por lo tanto á ser los interdictos unos juicios sumarísimos y preliminares de otros, en que con mas prendas de acierto se aleguen, examinen, discutan y decidan las cuestiones que el interdicto ha fijado solo de un modo transitorio. [...] Y esta fué la base del trabajo de la Comision al fijar la tramitacion de materia tan delicada*”¹⁰¹.

⁹⁹ Respecto a la LEC. 1855, opina MANRESA Y NAVARRO, José María, *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación* (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857) III, p. 630: “*En cuanto a procedimientos, ha sancionado la nueva Ley con ligeras modificaciones los establecidos por las leyes de Partida y admitidos en la práctica, como veremos en los comentarios siguientes*”.

¹⁰⁰ LEC. 1855, artículo 691: “*Los interdictos solo pueden intentarse: 1° Para adquirir la posesion. 2° Para retenerla. 3° Para recobrarla. 4° Para impedir una obra nueva. 5° Para impedir que una obra vieja cause daño. El artículo 1631 LEC. 1881 realiza una enumeración semejante*”.

¹⁰¹ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los Procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislacion, 1857), pp. 143-144. En el mismo sentido MANRESA Y NAVA-

Esta nueva estructura afectó profundamente la tramitación de la denuncia de obra nueva. Anteriormente, según hemos descrito, la denuncia en el derecho español no era más que la forma de dar inicio al juicio declarativo respectivo, en el marco del cual podía alzarse la paralización al tercer mes. Pero con la nueva estructura, el “interdicto de obra nueva” constituirá un procedimiento sumario, al inicio del cual se decretaría sin examen de admisibilidad alguno la suspensión de las obras. Posteriormente se procurará resolver en un plazo breve si la suspensión decretada al inicio del juicio debe alzarse o confirmarse. Todo el proceso versa exclusivamente sobre la necesidad de mantener la paralización. Una vez concluido este primer juicio, quedaba a salvo para las partes la posibilidad de recurrir a la acción ordinaria correspondiente, iniciándose así un juicio plenario¹⁰². De esta forma, lo que antes se resolvía en el marco de un juicio, ahora se dividía en dos, uno sumario y otro plenario, versando el primero sobre la necesidad de mantener la paralización y el segundo sobre el derecho de fondo.

El nuevo procedimiento sumario creado por la LEC. 1855 presentaba características de extrema celeridad. En efecto, la LEC. 1855 establecía que en el mismo auto de suspensión se convocaría a un juicio verbal entre denunciante y denunciado¹⁰³. En caso de realizarse una inspección personal del tribunal, esta debería tener lugar dentro de los tres días siguientes a la

RRO, J. M., cit. (n. 99), III, p. 651: “*El interdicto es un juicio sumarísimo, en que se decide interinamente sobre el hecho de la posesion, sin perjuicio del derecho. Tambien se dá este nombre al juicio sumarísimo que tiene por objeto impedir ó evitar un hecho ó una cosa que perjudica á un tercero. De aquí la división de los interdictos en posesorios y prohibitorios. Tres son los de la primera clase, á saber: de adquirir la posesión, de retenerla y de recobrarla; y dos los de la segunda, cuales son, el de obra nueva y el de obra vieja*”.

¹⁰² Este régimen no se establece expresamente en la LEC. 1855, aunque no parece haber existido duda alguna al respecto, considerando el sistema general de los interdictos. En este sentido GÓMEZ DE LA SERNA, P., cit. (n. 101), pp. 143-144: “*Las sentencias que en estos juicios se pronuncian, aunque definitivas, tienen un carácter especial, porque si bien la condenan ó absuelven de demanda intentada, y no puede por lo tanto reproducirse la cuestion bajo el mismo aspecto, no impiden que se vuelva á tratar del mismo negocio en mas amplio juicio, con mas solemnes formas, con declaraciones que lleven, no el carácter interino y provisional del interdicto, sino estabilidad, permanencia, perpetuidad en los derechos que en el juicio se ventilen*”. En el mismo sentido: MANRESA Y NAVARRO, J. M., cit. (n. 99), III, p. 633: “*Esta resolución ha de entenderse necesariamente sin perjuicio del derecho de las partes para impedir ó continuar la obra, del que podrán hacer uso en juicio ordinario*”. Por su parte, la LEC. 1881 establecía expresamente este régimen en sus artículos 1671 y 1675. Véase sobre este punto: REUS, Emilio, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881 Concordada y Anotada con gran extensión* (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1882), III, p. 610-611.

¹⁰³ LEC. 1855, artículo 738 inciso 2º: “*En el mismo auto de suspension se convocará á juicio verbal al denunciante y al denunciado, previniéndoles que traigan los documentos en*

audiencia¹⁰⁴. Finalmente, se debería dictar sentencia en los tres días siguientes a la audiencia o a la diligencia de inspección personal del tribunal¹⁰⁵.

Además del gran cambio estructural que suponía esta reforma, existen otras diferencias importantes entre la regulación de las *Partidas* y aquella de las *Leyes de Enjuiciamiento* españolas para efectos de esta investigación:

i) En primer lugar, las *Leyes de Enjuiciamiento* no contemplaban otra forma de denuncia que la realizada mediante demanda interdictal ante el juez, proscribiendo de esta forma los “vedamientos” particulares de las *Partidas*¹⁰⁶. Este cambio obedece al desuso en que habían caído estas formas de denuncia¹⁰⁷.

ii) La nueva legislación eliminó todo examen previo a la paralización. La redacción de las nuevas normas¹⁰⁸ daba a entender a los intérpretes que el

que respectivamente funden sus pretensiones. A este juicio podrán concurrir los defensores de los interesados”. Véase asimismo el artículo 1663 inciso 1º de la LEC. 1881.

¹⁰⁴ LEC. 1855, artículo 741 inciso 1º: “Entre el juicio y la diligencia de inspección no podrán mediar mas que tres días á no exigir mayor dilacion alguna causa extraordinaria é insuperable”. Muy similar es el artículo 1667 de la LEC. 1881. De más está decir, como señala HERNÁNDEZ DE LA RUA, Vicente, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, 1856), III, p. 479, que será el juez quien determine cuándo procede ampliar el plazo de tres días, ya que los jueces aprecian en concreto la concurrencia de causas legales.

¹⁰⁵ LEC. 1855, artículo 741 inciso 2º: “Dentro de los tres días siguientes al en que la diligencia de inspección haya tenido lugar, o de la celebración del juicio si no hubiere habido inspección, el Juez dictará sentencia”. El artículo 1668 de la LEC. 1881 reprodujo de forma textual esta norma.

¹⁰⁶ LEC. 1855, artículo 738, inciso 1º: “Presentada que sea demanda para la suspensión de cualquiera obra nueva, la decretará el Juez provisionalmente, dejando en el sitio en que estuviere haciéndose un dependiente del juzgado para que cuide de que sea cumplida la suspensión. Desde entonces y mientras esté pendiente el interdicto, nada podrá hacerse en la obra más que lo que sea absolutamente indispensable para que no se destruya lo edificado, y esto con autorización del Juez”. LEC. 1881, artículo 1663: “Presentada la demanda de interdicto de obra nueva, dictará el Juez providencia, acordando que se requiera al dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle, bajo apercibimiento de demolición de lo que se edifique, y que se cite a los interesados a juicio verbal, señalando para su celebración el día más próximo posible, pasados los tres días siguientes al de la notificación de esta providencia, previniéndoles que en él deberán presentar los documentos en que intenten apoyar sus pretensiones”. Véase HERNÁNDEZ DE LA RUA, V., cit. (n. 104), III, p. 475.

¹⁰⁷ MANRESA Y NAVARRO, J. M., cit. (n. 99), III, p. 632: “La denuncia de la obra quedará hecha legítimamente del modo antedicho, debiendo considerarse como ineficaces para los efectos legales los otros dos medios que permitía la ley de Partida antes citada, y que ya no estaban en uso”.

¹⁰⁸ Véase el artículo 738 LEC. 1855, y el artículo 1663 LEC. 1881, reproducidos en la n. 106 *supra*. Al respecto, comenta GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, cit. (n. 101), pp. 150-151: “[...] introdujo también la Comisión algunas reformas importantes. Desde

juez debía decretar la paralización inmediatamente¹⁰⁹, sin atender al mérito fáctico o jurídico de la demanda¹¹⁰.

iii) Si bien se mantiene la posibilidad del denunciado de alzar la suspensión de la obra ofreciendo una fianza suficiente para responder por la eventual demolición e indemnización de perjuicios, ahora sólo se permite otorgar esta fianza una vez que la sentencia interdictal esté ejecutoriada. Además, las condiciones para continuar con la realización de la obra son sumamente calificadas, exigiendo no sólo que la fianza sea suficiente, sino también que se demuestre que de la suspensión se deriven grandes perjuicios y que se presente al mismo tiempo una demanda para seguir la controversia en juicio declarativo ordinario¹¹¹. De esta forma, la posibilidad de caucionar

luego dispuso que la autoridad judicial, inmediatamente que viera que era procedente el interdicto, adoptara las medidas convenientes á que no siguiera la violacion del derecho reclamado, ó á que se precavieran los peligros”.

¹⁰⁹ Este régimen se refleja en la resolución que debe dictar el juez y en la forma del requerimiento al denunciante, en virtud los cuales necesariamente se debe suspender la obra. Véanse las fórmulas que establecen MANRESA Y NAVARRO, J. M., cit. (n. 99) III, p. 671; REUS, E., cit. (n. 102), VI, pp. 158-159.

¹¹⁰ MANRESA Y NAVARRO, J. M., cit. (n. 99), III, p. 631: “[...] el Juez, en vista solo de la demanda, y sin que sirva de obstáculo el que no venga justificada con documentos ú otra prueba, debe decretar provisionalmente dicha suspensión [...]”. Asimismo HERNÁNDEZ DE LA RUA, Vicente, cit. (n. 104), III, p. 478: “En la antigua jurisprudencia, luego que se presentaba la demanda, acordaba el juez el reconocimiento de la obra por sí mismo, con asistencia del escribano, para que este fijara testimonio del estado de aquella; y despues de practicada esta visita ocular, proveia ó no la suspension de los trabajos, mandando en su caso que se requiriese al dueño ú operarios para que cesasen en aquellos. Pero la Ley de enjuiciamiento ha prescrito que ante todo se decrete la suspension, y que la diligencia de reconocimiento y visita ocular no son indispensables, sino que los jueces podrán o no acordarlas, segun lo crean conveniente”. Sobre la justificación de la inmediatez de la suspensión, señala REUS, Emilio, cit. (n. 102), III, pp. 606-607: “Como el perjuicio que con la obra nueva puede causarse, puede ser inminente y como si llegara el caso de acordar la suspension tal vez se le perjudicaria más al dueño de la obra cuanto más se le dejase edificar; acuden los tres artículos preinsertos á determinar las medidas y providencias que se deben acordar en los primeros instantes, no bien se haya presentado la demanda. En primer término se prescribe que una vez hecha esta presentacion, el Juez dictará providencia acordando que se requiera al dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle [...]”.

¹¹¹ Esta normativa la encontramos por primera vez en la LEC. 1855, artículos 745 y 747: Artículo 745. “Si se consintiere la sentencia, o apelada se confirmare, tendrá derecho el dueño de la obra suspendida a pedir autorización para continuarla. El Juez accederá a esta solicitud si de la suspensión de la obra se siguieren grandes perjuicios, con tal que el que hubiere formulado dé fianza suficiente a su juicio para responder de la demolición y de la indemnización de los perjuicios, que de continuarse puedan seguirse, si así se mandare por ejecutoria”. Artículo 747: “No se podrá conceder autorización para continuar ninguna obra suspendida, sin que al tiempo de pedirse se deduzca la oportuna demanda para que se declare el derecho a continuarla. Otorgada la autorización, esta demanda seguirá los trá-

se desplazó necesariamente al final del proceso: sólo una vez terminado el juicio sumario, en caso de haber sido condenado el denunciado, se le concedía la opción de rendir caución para continuar las obras. En el intertanto, las obras necesariamente permanecen paralizadas. Esto se condice con la nueva estructura del proceso, ya que el juicio sumario tiene por objeto alzar o ratificar la suspensión, y sólo una vez terminado el proceso, en caso de una sentencia condenatoria, se pueda proceder a rendir caución para continuar con las obras.

iv) Se eliminó la disposición justinianeas, mantenida en las *Partidas*, que establecía un plazo máximo de tres meses en el cual debía recaer sentencia judicial, transcurrido el cual el denunciado podía continuar la realización de la obra otorgando fianza. A partir de la LEC. 1855 se elimina todo límite a la duración del proceso, lo que deriva en una suspensión inevitable a lo largo de las dos instancias al ser apelable la sentencia en ambos efectos la sentencia que manda alzarla¹¹², mientras que la sentencia que ratificaba la suspensión era apelable en el sólo efecto devolutivo¹¹³. Este cambio está en armonía con la reforma comentada en el párrafo anterior, según la cual la fianza sólo podía prestarse una vez ejecutoriada la sentencia interdictal condenatoria.

v) Finalmente, se eximió al demandante de la obligación de prestar juramento de no proceder por malicia¹¹⁴ o cualquier otra garantía de seriedad.

Los cambios expuestos evidencian una notoria desprotección del denunciado en comparación a la legislación vigente antes de la LEC. 1855. Si bien sabemos que la intención de la Comisión era compatibilizar la celeridad del procedimiento con la seguridad de los derechos que se ventilan¹¹⁵, resulta

mites del juicio ordinario". La LEC. 1881 mantiene este criterio en sus artículos 1671, 1672 y 1674.

¹¹² LEC. 1855, artículo 742 inciso 1º: "*Si no se ratificare la suspension de la obra, procederá la apelacion en ambos efectos*". Comenta MANRESA Y NAVARRO, José María, cit. (n. 99), III, p. 635: "[...] cuando por no ratificarse en la sentencia la suspension de la obra, apele el demandante, como entonces procede la apelacion en ambos efectos segun el artículo 742, deberán quedar las cosas en el ser y estado en que se hallen hasta que recaiga ejecutoria, y de consiguiente continuará la suspension provisional de la obra decretada conforme al artículo 738, sin que haya términos hábiles para que el Juez pueda autorizar su continuacion bajo ningun concepto, como no sea en la parte absolutamente indispensable para que no se destruya lo edificado".

¹¹³ LEC. 1855, artículo 744, inciso 1º: "*La sentencia en que se ratificare la suspension es apelable solo en un efecto*". La LEC 1881 mantiene este régimen, al establecer en su artículo 1668 inciso 2: "*La [sentencia] que mande alzar la suspensión de la obra será apelable en ambos efectos; la en que se acuerde la ratificación, lo será sólo en uno*".

¹¹⁴ MANRESA Y NAVARRO, J. M., cit. (n. 99), III, p. 631: "*Diferenciase del antiguo en que con razon se suprime, puesto que no se exige, el juramento de no proceder de malicia, ordenado por la ley 9.º, tít. 32, Particúlo* ^{om}".

¹¹⁵ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P., cit. (n. 101), p. 151.

difícil de explicar la indefensión en la que se dejó al denunciado. Esto podría deberse al menor plazo que se establecía en ellas para dictar sentencia¹¹⁶ (considerando el carácter sumario del procedimiento), lo cual haría innecesarias mayores prevenciones en favor del denunciado. Fernández¹¹⁷ considera probable que las Leyes de Enjuiciamiento no regularan las medidas defensivas y cautelares del demandado ya que se habrían propuesto tratar aspectos de carácter netamente procesal, dejando a las leyes sustantivas (que en ese entonces eran precisamente las Siete *Partidas*) el tratamiento de estos mecanismos. Y como el Código Civil Español (promulgado en 1889) mantuvo la regulación de las *Partidas* se habría generado un sensible vacío respecto de la protección del demandado. Si bien las motivaciones detrás de este sistema permanecen ocultas, lo cierto es que la duración que en definitiva tuvieron estos procesos, según veremos más adelante, sumado a la falta de remedios procesal a favor del demandado, condujo en último término a una situación insostenible en el derecho español.

4. *Código de Procedimiento Civil de 1902.*

La dependencia de los proyectos de Código nacionales respecto del modelo español es indiscutible en la tramitación de la denuncia de obra nueva. El legislador nacional consagró un procedimiento sumario prácticamente idéntico al español, siguiendo de cerca la sistemática y a ratos incluso la literalidad de los artículos de la LEC. 1855. El llamado “Primer Proyecto”, cuyo libro III fue elaborado por José Bernardo Lira, y sobre el cual trabajaron las diversas comisiones, exhibe una notoria dependencia del modelo español¹¹⁸: al inicio del juicio se decreta provisionalmente la suspensión de la obra, citándose en el mismo auto a una audiencia, aunque sin señalar el tope de tres días (artículo 625¹¹⁹, similar al artículo 738 de la LEC. 1855); se mantiene la posibilidad de solicitar prueba pericial, aunque se innova al regular la prueba testimonial, eliminándose al mismo tiempo toda referencia a la inspección

¹¹⁶ Es por esto que, comentando la posibilidad de rendir caución, MANRESA Y NAVARRO, J. M., cit. (n. 99), III, p. 636 señala que el dueño de la obra tiene facultad de pedir autorización para continuarla “sin necesidad de esperar á que transcurran los tres meses de que habla la ley 9, título 32, Particula 3.ª, que queda modificada en esta parte”.

¹¹⁷ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *La denuncia de obra nueva en el derecho civil navarro*, en *Revista Jurídica de Navarra*, 25 (1998), p. 17.

¹¹⁸ AA. VV., *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil*, cit. (n. 92), II, pp. 169-170.

¹¹⁹ “Primer Proyecto”, artículo 625, inciso 1º: “Presentada que sea la demanda para la suspension de cualquiera obra nueva, la decretará el juez provisionalmente i mandará que se tome razon del estado i circunstancias de dicha obra i que se aperciba al que la estuviere ejecutando con la demolicion o destruccion a su costa de lo que en adelante se hiciere”.

personal del tribunal¹²⁰ (artículo 628, en contraste con el artículo 739 de la LEC. 1855); el juez debe pronunciar sentencia definitiva dentro de tercero día, ratificando o alzando la suspensión y dejando a salvo el ejercicio de acciones ordinarias (artículo 629, en concordancia con los arts. 741, 742, 743 de la LEC. 1855); finalmente, se mantiene la posibilidad de reanudar la obra sólo una vez concluido el juicio sumario, otorgando caución bajo las mismas condiciones antes mencionadas (artículos 630 y 631, similar a los arts. 745 y 747 de la LEC. 1855). Asimismo, el sistema consagrado en el Primer Proyecto ofrece la misma desprotección al denunciado que la LEC. 1855, eliminando el plazo máximo de tres meses, permitiendo caucionar sólo en términos muy calificados y suprimiendo la necesidad de otorgar juramento así como todo examen de mérito de la demanda previo a la resolución que decreta la suspensión.

La estructura del procedimiento es idéntica a aquella establecida por la LEC. 1855, apartándose completamente del esquema vigente hasta entonces en Chile¹²¹. La suspensión de la obra se transformó en un juicio sumario independiente del juicio ordinario posterior. Es por ello que Claro Solar afirma: “La acción posesoria especial no tiene, por consiguiente, otro fin que la paralización de los trabajos de la obra nueva iniciada, manifestamente perjudicial al demandante. En ella no se resuelve sobre el derecho que tenga o no el ejecutor de la obra, sino sobre el hecho de la suspensión o no suspensión de los trabajos, hasta que se resuelva sobre el derecho que tenga o no a su ejecución, en el juicio correspondiente”¹²².

Existen en todo caso algunas innovaciones positivas en el Primer Proyecto con respecto a la LEC. 1855. En primer lugar, Lira estableció en su proyecto que la sentencia lleva siempre condena en costas, lo que acarrearía al menos una sanción básica en caso de litigación temeraria. Asimismo, resulta notable

¹²⁰ En todo caso, la Tercera Comisión dejó claro que estas menciones no excluyen ninguno de los medios probatorios que en general autoriza el Proyecto. Véase AA. VV., *Actas de la Comisión Mista de Senadores y Diputados* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1904), p. 228, artículo 717.

¹²¹ Este cambio se aprecia claramente en la sentencia reproducida en *RDJ.*, 3 (1906) 1, p. 103, donde se describe la diferencia entre el procedimiento antiguo, bajo el cual se inició la causa, y el procedimiento del *Código de Procedimiento Civil*: “*Que decretada por el Juez con arreglo a lo dispuesto en la ley 9° artículo 32, Partida 3° la suspensión de la obra denunciada, correspondía discutir en juicio ordinario, juntamente con las otras que la demanda contiene, la primera de las peticiones formuladas en la denuncia, para que se declare que debe demolerse lo ya construido por el demandado, por cuanto la legislación procesal vigente a la época en que fué interpuesta la expresada denuncia no establecía un procedimiento especial aplicable a este caso distinto del ordinario, que fué el observado en el presente juicio*”.

¹²² CLARO SOLAR, L., cit. (n. 1), IX, p. 537.

que en el “Primer Proyecto” no se mantuvo el régimen establecido por la LEC. 1855 en lo que a apelación se refiere, evitándose así que la suspensión se mantenga de forma inevitable a lo largo de las dos instancias¹²³.

Posteriormente se introdujeron algunas modificaciones puntuales para aliviar la situación del denunciado al hacer más expedito el juicio. Así, se agregó en el artículo 628 que el dictamen del perito “*se expedirá dentro del breve plazo que el tribunal señalará*”¹²⁴, agilizando así la tramitación. Asimismo, la Primera Comisión modificó el inciso 2° del artículo 625, estimando que la citación a una “*audiencia inmediata*” era demasiado vago, estableciendo que la audiencia “*deberá tener lugar al quinto día hábil después de la última notificación*”¹²⁵. Por su parte, la Tercera Comisión estableció la imposibilidad de recusar al perito que se nombrare en el caso del artículo 716 (actual artículo 567)¹²⁶.

Por otra parte, también hubo modificaciones que empeoraron la situación del denunciado. En este sentido, la Segunda Comisión introdujo la posibilidad de decretar inmediatamente en la sentencia que resuelve el juicio sumario la demolición de la obra, previa caución del denunciante de responder por los resultados del juicio ordinario¹²⁷, lo cual resulta inexplicable en el contexto de un juicio sumario.

El cambio más significativo para efectos de esta investigación tuvo lugar bajo la revisión de la Primera Comisión, y se refiere al examen de admisibilidad de la demanda previo a resolver sobre la suspensión. En este punto debemos comparar el artículo original de la LEC. 1855 con aquel que finalmente entró en vigencia en Chile con la dictación del *Código de Procedimiento Civil*:

¹²³ AA.VV., *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil*, cit. (n. 92), II, pp. 169-170.

¹²⁴ *Ibid.*, II, p. 291.

¹²⁵ *Ibid.*, II, p. 291, que se remite a la p. 279. Si bien la Segunda Comisión modificó el plazo, en definitiva se mantuvo aquel establecido por la Primera Comisión. Véase MONTT, Jorge, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República en que se somete a la aprobación del Congreso Nacional el Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (Santiago, Imprenta Nacional, 1893), p. 195, artículo 714.

¹²⁶ AA. VV., *Actas de la Comisión Mista de Senadores y Diputados*, cit. (n. 120), pp. 227-228.

¹²⁷ MONTT, J., cit. (n. 124), p. 196, artículo 718 inciso 3°.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 Artículo 738 [Inciso primero]	Código de Procedimiento Civil Artículo 721 [Primera parte]
Presentada que sea demanda para la suspension de	Presentada la demanda para la suspension de
cualquiera obra nueva,	una obra nueva denunciante,
la decretará el Juez provisionalmente,	el juez decretará provisionalmente dicha suspensión
dejando en el sitio en que estuviere haciéndose un dependiente del juzgado para que cuide de que sea cumplida la suspensión. [...]	i mandará que se tome razón del estado i circunstancias de la obra i que se aper- ciba al que la estuviere ejecutando con la demolicion o destruccion, a su costa, de lo que en adelante se hiciere.

Nuestro legislador siguió muy de cerca el modelo español, alterando en forma radical sólo la parte final del artículo. Pero el cambio más interesante es otro: mientras que el artículo 738 de la LEC. 1855 hace procedente la suspensión respecto de “*cualquiera obra nueva*”, el *Código de Procedimiento Civil*. lo restringe a “*una obra nueva denunciante*”. Este cambio no obedece a la mera casualidad, sino a la intención expresa de la Primera Comisión de limitar el ámbito de aplicación de esta acción, según se consagra en la historia de la ley¹²⁸: “*En debate el artículo 625, hace notar el señor Gandarillas que aquí como en la práctica actual, se decreta la suspensión sin ningún antecedente previo i bajo la sola palabra del denunciante. I la disposición es tan general que con ella bastaría al actor calificar cualquier trabajo con el nombre de obra nueva para obtener su paralización. Todo esto es mui grave, i si se estima indispensable una disposición como la que se discute, a lo menos debe definirse lo que se llama obra nueva para restringir el alcance de este artículo. / [...] / Aprobada el acta de la sesión anterior, se continuó el debate sobre el artículo 625; i estando acordes todos los miembros de la Comisión en que no debía admitirse la tramitación especial que se indica en el párrafo 5° del Proyecto sino para las obras que se enumeran en los arts. 930 i 931 del Código Civil, se acordó principiar en estos términos el inciso 1° a fin de dejar más claramente significado el espíritu del precepto: ‘Presentada que sea la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciante [se destacan estas palabras], la decretará [...]’*”.

La historia de la ley evidencia la conciencia que tenía el legislador de la instrumentalización abusiva que podía darse a la denuncia de obra nueva. El

¹²⁸ AA. VV., *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil*, cit. (n. 92), II, pp. 290 - 291.

codificador buscó remediar esta situación con una remisión al *Código Civil*, estableciendo que la obra nueva debe ser “denunciable” en los términos de los arts. 930 y 931 del *Código de Bello*. De esta forma se establecería un filtro mínimo de admisibilidad, negando la tramitación bajo este procedimiento a denuncias de obras que no cumplan con los requisitos que establece el CC., evitando así una paralización infundada de las obras (“*bajo la sola palabra del denunciante*”).

A nuestro juicio, el error del legislador al establecer este texto fue introducir la modificación de un modo demasiado sutil, así como pretender fijar un examen de admisibilidad demasiado elemental en comparación a aquel vigente bajo las *Partidas*. Al no establecerse de modo explícito la necesidad de practicar este examen, y a pesar de la claridad de la historia de la ley en este sentido, la jurisprudencia no reconoció en este precepto la necesidad de practicar un análisis previo a la resolución que decreta la suspensión de las obras. Es más, como vimos anteriormente al estudiar la doctrina actual, se ha entendido que los términos del artículo 565 imponen al juez la suspensión inmediata de la obra, por cuanto se establece que “el juez decretará provisionalmente y mandará que se tome razón”, de modo que la suspensión no sería facultativa, desoyéndose a la doctrina que exige que la obra sea denunciable. Por lo anterior, no es de extrañar que en gran parte de la jurisprudencia posterior al *Código de Procedimiento Civil* haya desaparecido todo estudio de admisibilidad previo a la suspensión, decretándose esta última de un modo instantáneo ante la presentación de la demanda. En todo caso, no podemos dejar de consignar que la actual práctica no pasa de ser una interpretación jurisprudencial, la cual podría cambiarse a la luz de la historia fidedigna de la ley y el texto vigente, el cual consagra claramente que la obra debe ser denunciable.

El examen que hemos realizado nos permite apreciar que el actual estado de cosas en el derecho nacional acarrea una desprotección casi absoluta del demandado en la denuncia de obra nueva, que desde una perspectiva dogmática resulta injustificable. La resolución que decreta la suspensión de las obras resulta una señalada excepción a la bilateralidad de la audiencia al concederse efectos jurídicos inmediatos a la mera interposición de la acción, sin atender a los descargos del demandado. Asimismo, la función cautelar que esta suspensión está llamada a cumplir resulta excesiva desde el punto de vista de las medidas cautelares, al no existir un análisis previo sobre el *periculum in mora* o el *fumus boni iuris*, y al no concederse la posibilidad de otorgar una fianza que ponga a salvo el interés del demandado¹²⁹. Adicionalmente,

¹²⁹ Sobre este punto véase MARÍN GONZÁLEZ, J. C., cit. (n. 12), p. 458, quien cita la doctrina española anterior a la LEC. 2000, donde se critica el hecho de no considerarse

el pretendido beneficio que obtendría el denunciado al no tener que destruir aquello que no tenía derecho a construir¹³⁰ resulta completamente artificioso en el marco de una denuncia infundada. A lo anterior se debe agregar la falta de remedios de carácter general a los que pueda recurrir el demandado ante una denuncia infundada, al no existir sanciones a la litigación temeraria o a la mala fe procesal más que en disposiciones especiales¹³¹, y siendo muy limitada la posibilidad de condenar al demandante en el juicio posterior por el ejercicio abusivo de acciones judiciales¹³². Ante este panorama, no debe extrañarnos que se haya cuestionado incluso la constitucionalidad del artículo 565 CPC. ante el Tribunal Constitucional, aunque lamentablemente este último no se hizo cargo de los cuestionamientos de fondo planteados por la demandante¹³³.

5. Evolución del interdicto de obra nueva en el Derecho español.

Como hemos visto, nuestra regulación procesal de la denuncia de obra nueva encuentra su inspiración directa en la legislación española. No podemos dejar de hacer notar que la *Ley de Enjuiciamiento Civil* que influyó decisivamente en nuestro *Código de Procedimiento Civil* fue emitida hace casi de ciento sesenta años, y que desde no solo fue derogada, sino que sus disposiciones, que en materia de denuncia de obra nueva se mantuvieron de forma muy similar en la LEC. 1881 en lo que a nosotros nos interesa, fueron sometidas a un profundo análisis y revisión.

La regulación de la denuncia de obra nueva en la LEC. 1881 motivó un interesante debate en España. Como hemos visto, las reformas introducidas con las Leyes de Enjuiciamiento establecieron un sistema en el cual la

para efectos de esta suspensión la apariencia de derecho, el peligro en la demora o la posibilidad de rendir fianza.

¹³⁰ Véase n. 16 *supra*.

¹³¹ Resulta notable que en la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 13 de mayo de 2009, rol N° 132-2009, comentada en la n. 26 *supra*, se consignara en un voto de minoría la referencia a la mala fe procesal, al afirmar que: “carece de objeto la suspensión pretendida tratándose de una obra terminada, por cuanto de lo contrario, bastaría para dicho ejercicio la simple afirmación del denunciante de que el embarazo de su posesión se ha producido por una obra en ejecución, no obstante estar terminada, consiguiendo de esta manera, impedir el funcionamiento de la obra o bien, su explotación, según sea el destino de la construcción, con el consiguiente perjuicio que dicha paralización provoca a su propietario, situación que pugna con la buena fe con que los litigantes deben enfrentar un proceso” (Considerando 4°).

¹³² La jurisprudencia sólo ha acogido de forma restringida la doctrina del abuso de derecho en materia procesal, considerando que el ejercicio de acciones judiciales es un derecho absoluto, exigiendo que la conducta sea dolosa o gravemente negligente. Véase BARROS BOURIE, E., cit. (n. 17), pp. 644-646.

¹³³ Tribunal Constitucional, sentencia del 1 de octubre de 2009, rol N° 1475-09.

suspensión se decretaba de forma instantánea, negando toda posibilidad de continuar la obra hasta la dictación de la sentencia que resolviera el interdicto. Este régimen en abstracto parecía no ser tan perjudicial para el demandado considerando la brevedad de los plazos de tramitación establecidos por la ley. Sin embargo, en la práctica estos juicios sumarios eran bastante más extensos de lo prescrito, especialmente debido a la realización de diligencias probatorias, como la inspección personal del tribunal o el informe de peritos¹³⁴, cuya ejecución podía retardar el pronunciamiento del juez. Adicionalmente, el régimen de apelación establecido obligaba a mantener suspendida la obra en segunda instancia, pudiendo eximirse el demandado sólo mediante el otorgamiento de fianza bajo condiciones muy calificadas.

La tramitación descrita generó fuertes críticas. En este sentido, afirmaba un magistrado español: “[...] la legislación procesal no ha hecho sino acentuar la histórica desprotección del dueño de la obra frente a denuncias y demandas que, aun revelándose *a posteriori* infundadas, consiguen de inmediato su suspensión, asegurándola por tan prolongado lapso de tiempo que, en no pocas ocasiones, terminan por frustrar el legítimo derecho de su ejecución”¹³⁵. De esta forma, el interdicto de obra nueva se perfilaría como un caso prototípico de ejercicio abusivo de acciones judiciales, como señala el mismo autor: “La nueva regulación estrictamente procesal de la materia, amén de limitar los mecanismos defensivos del derecho afectado por la obra nueva, privó a su dueño o promotor de los recursos y remedios con que históricamente contó para hacer frente a pretensiones suspensivas temerarias o escasamente fundadas, y abrió con ello las puertas al abuso procesal, del que este procedimiento interdictal representa un claro referente. [...] La seguridad de una dilatada suspensión, ligada a la mera admisión de la demanda, convierte en no pocas ocasiones el interdicto de obra nueva en un medio de coacción contra el demandado que, como la experiencia judicial constata, se ve en la precisión de renunciar a sus derechos y llegar a una transacción [...]”¹³⁶.

Para salvar la compleja situación del denunciante bajo el régimen de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 se recurrió a diversos expedientes. En primer lugar, en el plano legislativo algunos derechos forales establecieron una regulación especial que permitía salvar los inconvenientes de la legislación nacional. Resulta especialmente notable a este respecto la ley 350 del

¹³⁴ En la LEC. 1855 se establecían expresamente estos medios de prueba en el artículo 739, inciso 1º y 2º: “*El Juez, si lo estimare necesario, podrá trasladarse, antes de dictar sentencia, al lugar de la obra para decidir con más acierto. También podrá nombrar, para que lo acompañe a la inspección, perito, cuyo dictámen se estenderá en los autos*”. Igual sistema mantiene la LEC. 1881 en su artículo 1667.

¹³⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., cit. (n. 117), p. 16.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 17-18.

*Fuero Nuevo de Navarra*¹³⁷, la cual deliberadamente buscó rescatar ciertos elementos del régimen romano de denuncia de obra nueva con el fin de evitar el abuso procesal¹³⁸, especialmente la posibilidad del denunciado de prestar una caución de carácter privado con el fin de evitar la paralización de la obra. Además, esta normativa restableció la denuncia privada propia del derecho romano. Todo esto excluyó la necesidad de recurrir al interdicto de obra nueva de la *Ley de Enjuiciamiento*, al cumplir la denuncia de obra nueva del derecho navarro una función preventiva del proceso interdictal de modo más completo y eficiente, evitando al mismo tiempo el ejercicio abusivo de la acción¹³⁹.

La jurisprudencia también contribuyó a equiparar los intereses de las partes, admitiendo en una serie de casos la procedencia de acciones indemnizatorias ante el ejercicio abusivo de denuncias de obra nueva. De esta forma, se reparaba al dueño de la obra todo perjuicio que pudo haber experimentado por la suspensión injustificada de las obras. Sin embargo, en definitiva sólo se condenó al denunciante en casos muy particulares¹⁴⁰, rechazándose la mayoría de las veces la demanda al no acreditarse el elemento subjetivo necesario (dolo) para configurar el ejercicio abusivo de acciones judiciales¹⁴¹.

Finalmente, no podemos dejar de reconocer el esfuerzo de la doctrina por superar la iniquidad del régimen procesal del interdicto de obra nueva. En este sentido, se exploró la posibilidad de exigir al interdictante una fianza en caso de resultar infundada su acción, y así reducir el ejercicio abusivo del interdicto. Sin embargo, esta posibilidad fue considerada generalmente inaceptable¹⁴².

Las diversas críticas hallaron una respuesta la *Ley de Enjuiciamiento Civil*

¹³⁷ Ley 350: “*Si un propietario denuncia la obra nueva de otro vecino como contraria a su derecho, se podrá proseguir la construcción dando garantía de la eventual demolición o indemnización si procediere; en otro caso se estará a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el interdicto de obra nueva*”.

¹³⁸ Al respecto véase FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., cit. (n. 117), pp. 9 y ss.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 20. Más adelante declara el autor (p. 41): “La posibilidad de eludir la paralización de la obra mediante la constitución de dicha garantía fue en el derecho romano y sigue siendo en el vigente Derecho Civil navarro el remedio más efectivo al alcance del denunciado para hacer frente sin menoscabo de sus derechos a reclamaciones injustas”.

¹⁴⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1984 (STS 324/1984) y 4 de diciembre de 1996 (STS 6905/1996).

¹⁴¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1980 (STS 5071/1980); de 23 de noviembre de 1984 (STS 1797/1984); de 27 de mayo de 1988 (STS 4003/1988); de 5 de junio de 1995 (STS 3229/1995); y de 29 de diciembre de 2004 (STS 8499/2004), referida a un proceso sustanciado bajo la LEC 1881.

¹⁴² FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., cit. (n. 117), p. 16.

promulgada el 7 de enero de 2000 (LEC. 2000). En ella se reguló la suspensión de obra nueva dentro de los llamados juicios verbales¹⁴³. La única norma específica sobre la denuncia de obra nueva establece que el tribunal dirigirá una orden inmediata de suspensión al dueño o encargado de la obra, pero que se le permitirá a este ofrecer caución para continuarla¹⁴⁴. Se incorpora de esta forma un sistema similar al vigente en otros países, como Italia¹⁴⁵, estableciendo una mayor equivalencia en la protección de los intereses de las partes: si bien el juez sigue decretando la suspensión de forma inmediata, se permite que el demandado pueda continuar bajo caución con las labores suspendidas, lo que asegura al mismo tiempo los intereses del demandante.

6. Nuevo Código Procesal Civil.

Para cerrar esta investigación, no podemos dejar de comentar la regulación que sobre esta materia contienen los recientes proyectos elaborados con miras a la dictación de un Nuevo Código Procesal Civil. Especialmente notable resulta el anteproyecto que vio la luz el 2006¹⁴⁶, el cual reguló brevemente la denuncia de obra nueva, enmarcando su tratamiento dentro del procedimiento sumario¹⁴⁷. En esta materia, el *Proyecto* resultaba altamente

¹⁴³ Artículo 250: “Ámbito del juicio verbal: *Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 5º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva*”.

¹⁴⁴ Artículo 441: “Actuaciones previas a la vista, en casos especiales./ [...] 2. *Si la demanda pretendiere que se resuelva judicialmente, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva, el tribunal, antes incluso de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado. El tribunal podrá disponer que se lleve a cabo reconocimiento judicial, pericial o conjunto, antes de la vista./ La caución podrá prestarse en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley*”.

¹⁴⁵ Código Civil italiano, artículo 1171, inciso 2º: “*L'autorità giudiziaria, presa sommaria cognizione del fatto, può vietare la continuazione della opera, ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele: nel primo caso, per il risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell'opera, qualora le opposizioni al suo proseguimento risultino infondate nella decisione del merito; nel secondo caso, per la demolizione o riduzione dell'opera e per il risarcimento del danno che possa soffrirne il denunziante, se questi ottiene sentenza favorevole, nonostante la permessa continuazione*”. Debe destacarse que el sistema italiano establece una caución tanto si se paraliza como si se permite continuar las obras, caucionando en el primer caso el denunciante y en el segundo el denunciado. Asimismo, para resolver si se suspenderá o no la obra el juez tendrá que realizar un examen previo (*sommaria cognizione*), por lo que la suspensión no se decreta inmediatamente.

¹⁴⁶ AA. VV., *Anteproyecto Código Procesal Civil*, en *Revista Electrónica del Centro de Estudios de la Justicia*, 8 (2006), pp. 47-188 [visible en internet: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej8/documentos.htm>].

¹⁴⁷ Libro Cuarto: *Procedimientos Especiales*. Título I: *Procedimiento Sumario*. Artí-

dependiente de la LEC. 2000, tanto en la sistemática como en la literalidad de sus artículos. Esto resultaba bastante positivo, por cuanto la normativa española constituye un buen modelo en este punto. Al igual que en el texto ibérico, la única norma particular que se establecía sobre la denuncia de obra nueva regulaba las condiciones en que se suspende la obra, estableciendo a favor del denunciado la posibilidad de ofrecer caución para continuarla¹⁴⁸. De esta forma se incorporaba la evolución experimentada en el derecho comparado, al permitir al denunciado continuar con la realización de la obra sin desproteger al denunciante, evitando de paso la instrumentalización abusiva del procedimiento.

Curiosamente la regulación de este anteproyecto desapareció en el *Proyecto de Ley* que fue presentado ante la Cámara de Diputados el 18 de mayo de 2009 (“Mensaje” N° 398-357). Contrariando los anuncios de procedimientos modernos y corregidos en virtud de los avances doctrinarios, este *Proyecto* volvía a la sistemática del actual *Código de Procedimiento Civil*, regulando la denuncia de obra nueva en un capítulo independiente (artículos 495-498). El articulado era desilusionante, siendo la mayoría de sus disposiciones una reproducción textual del actual *Código de Procedimiento Civil*¹⁴⁹, con algunos cambios puntuales en la redacción y en el procedimiento.

culo 382. “*Ámbito de aplicación*. Se decidirán en juicio sumario, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 4.º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva”.

¹⁴⁸ Artículo 388, inciso 3º: “*Actuaciones previas al comparendo, en casos especiales*. [...] Si la demanda pretendiere que se resuelva judicialmente, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva, el tribunal, antes incluso de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado. El tribunal podrá disponer que se lleve a cabo reconocimiento judicial, pericial o conjunto, antes de la vista”.

¹⁴⁹ A continuación reproducimos íntegramente la regulación de la denuncia de obra nueva en el *Proyecto de Ley que aprueba el Nuevo Código Procesal Civil*. El lector podrá apreciar por sí mismo las limitadas innovaciones del mismo:

“Capítulo 2º. Denuncia de Obra Nueva, Artículo 495: “*Suspensión Provisional*. Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciante, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su costa, de lo que en adelante se haga. No es necesaria la notificación del denunciado para llevar a efecto la suspensión decretada, bastando para esta suspensión la notificación del que esté dirigiendo o ejecutando la obra./ Suspendida la obra, y mientras esté pendiente el procedimiento, sólo podrá hacerse en ella lo que sea absolutamente indispensable para que no se destruya lo edificado./ Será necesaria la autorización expresa del Tribunal para ejecutar las obras a que se refiere el inciso precedente. El Tribunal se pronunciará sobre esta autorización con la urgencia que el caso requiera, y procederá de plano, o, en caso de

El último *Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil* que fue presentado ante la Cámara de Diputados el 12 de marzo de 2012 (“Mensaje” N°432-359), si bien mantiene en forma casi literal el texto del actual *Código de Procedimiento Civil*, establece como análisis previo a la suspensión de la obra la necesidad que se cumplan los requisitos generales que el mismo proyecto establece para la generalidad de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y peligro en la demora).¹⁵⁰ Esta modificación constituye un impor-

duda y para mejor proveer, oyendo el dictamen de un perito nombrado por él. Artículo 496: “Procedimiento. En la misma resolución a que se refiere el artículo precedente, el Tribunal citará a las partes a la audiencia establecida en el artículo 492. Se procederá en lo demás conforme a lo dispuesto en esa misma disposición y a lo prevenido en el artículo 493”. Artículo 497: “Sentencia. En la sentencia se ratificará la suspensión provisional decretada o se mandará alzarla, dejando a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competan, para que se declare el derecho de continuar la obra o hacerla demoler./ Podrá, sin embargo, el Tribunal, a petición de parte, ordenar en la misma sentencia la demolición, cuando estime que el mantenimiento aún temporal de la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante y éste dé suficiente caución para responder por los resultados del juicio ordinario./ La sentencia que ordene la demolición será apelable en ambos efectos. Artículo 498. Efectos. Si se ratifica la suspensión de la obra, podrá el vencido pedir autorización para continuarla, cumpliendo las condiciones siguientes:/ 1° Acreditar que de la suspensión de la obra se le siguen graves perjuicios;/ 2° Dar caución suficiente para responder de la demolición de la obra y de la eventual indemnización de perjuicios que de continuarla pueda perseguir su contendor, en caso que a ello fuere condenado por sentencia firme; y/ 3° Deducir, al mismo tiempo de pedir dicha autorización, demanda ordinaria para que se declare su derecho de continuar la obra./ La primera de las condiciones expresadas y la calificación de la caución, será materia de un incidente”.

¹⁵⁰ Artículo 568: “Suspensión provisional. Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciante, si se le pide y concurren los requisitos establecidos en el Párrafo 2°, del Capítulo 2° del Título XII, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición ó destrucción, a su costa, de lo que en adelante se haga. No es necesaria la notificación del denunciado para llevar a efecto la suspensión que se hubiere decretado, bastando para esta suspensión la notificación del que esté dirigiendo o ejecutando la obra./ Suspendida la obra, y mientras esté pendiente el procedimiento, sólo podrá hacerse en ella lo que sea absolutamente indispensable para que no se destruya lo edificado, sin perjuicio que el denunciado pueda solicitar hacer uso de los derechos contemplados en el artículo 571./ Será necesaria la autorización expresa del tribunal para ejecutar las obras a que se refiere el inciso precedente. El tribunal se pronunciará sobre esta autorización con la urgencia que el caso requiera, y procederá de plano, o, en caso de duda y para mejor proveer, citando a las partes a una audiencia, con todos sus medios de prueba”. Artículo 569: “Procedimiento. En la misma resolución en la que se pronunciara sobre la suspensión solicitada o al proveer la demanda, si el actor no hubiere pedido dicha suspensión el tribunal citará a las partes a la audiencia establecida en el artículo 355 y se procederá en lo demás conforme a lo dispuesto en los artículos 356 y 357 y a lo prevenido en el artículo 567”. Artículo 570: “Sentencia. En la sentencia, si se hubiere decretado la

tante avance en aras de evitar el ejercicio abusivo de las denuncias de obra nueva, estableciendo por lo demás una solución de notable originalidad en el contexto del derecho comparado, y que se condice con el carácter cautelar que tradicionalmente se le atribuye a esta suspensión. No obstante ello, se mantienen ciertas características cuestionables propias del actual *Código de Procedimiento Civil*, como es la posibilidad de caucionar la continuación de la obra sólo una vez que la denuncia ha sido acogida, y no cuando está todavía en discusión.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo de la presente investigación hemos constatado que el actual procedimiento bajo el cual se sustancia la denuncia nueva descuida los intereses del denunciado, dejándolo en la indefensión frente a demandas infundadas. Según hemos expuesto, esta situación se debe a la dificultad que enfrentó el legislador español decimonónico, así como su posterior émulo chileno, para adecuar los intereses del denunciado en un procedimiento de carácter sumario.

Si bien es cierto que ya en el derecho romano y en las *Partidas* la suspensión se decretaba inmediatamente, incluso ante una denuncia privada en la que no intervenía magistrado alguno, históricamente se dispuso de numerosos remedios procesales a favor del denunciado, así como de sanciones en contra del denunciante temerario, a fin de evitar una suspensión prolongada carente de sustento jurídico. Al establecerse un “interdicto de obra nueva”, entendido como un juicio sumario en el cual se resolvería sobre el alzamiento o ratificación de la suspensión, el legislador español no adecuó debidamente la estructura del procedimiento a fin de cautelar los intereses

suspensión provisional, se ratificará o se mandará alzarla si se hubiera decretado, dejando a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de la acciones ordinarias que le competan, para que se declare el derecho de continuar la obra o hacerla demoler./ Podrá sin embargo, el tribunal, a petición de parte, ordenar en la misma sentencia la demolición, cuando estime que el mantenimiento aún temporal de la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante y éste dé suficiente caución para responder por los resultados del juicio ordinario./ La sentencia que ordene la demolición no admitirá ejecución provisional”. Artículo 571: Efectos. Si se ratifica la suspensión de la obra, podrá el vencido pedir autorización para continuarla, cumpliendo las condiciones siguientes:/ 1. Acreditar que de la suspensión de la obra se le siguen graves perjuicios; / 2. Dar caución suficiente para responder de la demolición de la obra y de la eventual indemnización de perjuicios que de continuarla pueda perseguir su contendor, en caso que a ello fuere condenado por sentencia firme; y/ 3. Deducir, al mismo tiempo de pedir dicha autorización, demanda ordinaria para que se declare su derecho de continuar la obra./ La primera de las condiciones expresadas y la calificación de la caución, será materia de un incidente”.

del denunciado. En primer lugar, no se estableció un examen de admisibilidad, lo cual resulta inexplicable en un procedimiento estrictamente judicial, falencia que el legislador nacional procuró remediar sin éxito. Asimismo, el desplazamiento de la posibilidad de caucionar al final del proceso sumario, así como su excesiva calificación, eliminaron la eficacia a la caución como remedio procesal, especialmente debido a la larga duración de estos procesos. A todo lo anterior debemos agregar la falta de sanciones generales que desalienten la litigación temeraria.

Actualmente enfrentamos la elaboración de un nuevo *Código Procesal Civil*, el cual promete de por sí mejorar en parte la situación actual del denunciado, ya que el análisis de verosimilitud y peligro en la demora debiera mitigar el riesgo de suspensiones abusivas. Asimismo, la mayor celeridad de sus procedimientos evitaría que la suspensión sea tan prolongada como lo es actualmente. En todo caso, incluso si nada se innovara, el intérprete aun podría invocar el texto de la ley y su historia fidedigna para exigir un análisis de admisibilidad mínimo a partir de la calificación de “denunciable” de la obra nueva. Sin embargo, nos parece que el legislador debe examinar profundamente los mecanismos para evitar la instrumentalización abusiva de la denuncia de obra nueva, tal como se ha hecho en el último proyecto enviado al Congreso, protegiendo así los intereses del denunciado, ya que la actual condena en costas un débil escarmiento. Esta modificación legal es urgente y no necesariamente debe esperar la implementación de una reforma procesal civil global, la que puede tomar varios años”. Siguiendo con el enfoque histórico que hemos elegido, sólo podemos señalar ciertas circunstancias en el desarrollo histórico de esta institución que deben tenerse presentes, a modo de conclusión.

En primer lugar, debemos destacar la total inadecuación de la suspensión instantánea de las obras, por la sola presentación de la denuncia, al actual procedimiento. La falta de un examen de admisibilidad sólo resulta adecuada en un sistema de denuncia privada, donde nadie resuelva sobre el mérito de la misma. Sin embargo, en un procedimiento sumario, en el cual necesariamente interviene un magistrado, no existe un motivo plausible para mantener tal sistema, el cual permanece como un resabio histórico de una forma de denuncia extinta hace siglos. No exigir este examen ante la presentación de la demanda implica que aun cuando el demandado tenga la posibilidad de caucionar a objeto de continuar con las obras estas permanecerán suspendidas sin justificación alguna, aunque sea por un breve lapso de tiempo.

En segundo lugar, debemos señalar que la imposibilidad de otorgar una caución para continuar las obras antes de la sentencia que resuelva el juicio sumario, así como los numerosos requisitos que se deben cumplir para obtener su otorgamiento, no son sino una herencia del ya derogado sistema de

la LEC. 1855, cuyos fundamentos en este punto resultan completamente artificiales, teniendo su origen exclusivamente en el intento de adaptar este mecanismo a la nueva estructura sumaria del proceso. Considerando la adecuada protección que confiere la fianza de demolición a los intereses de ambas partes, así como la general duración de los procesos, no resulta extraño que en el derecho comparado se haya implementado la posibilidad de conceder una caución inmediatamente, tal como lo establecía el derecho romano clásico. Esta necesidad no ha sido contemplada en el último proyecto de reforma procesal civil, la que mantiene el que la caución sólo puede otorgarse cuando la acción ya ha sido acogida, aunque sin duda la necesidad de establecer la posibilidad de caucionar se ve mitigada por el análisis previo a la suspensión que este proyecto introduce.

Finalmente, sin lugar a dudas uno de los elementos más llamativos en la evolución de este procedimiento ha sido el regular la suspensión de la obra en el marco de un procedimiento sumario. Desde el derecho romano postclásico, así como durante la vigencia de las *Partidas*, la denuncia de obra nueva aparece estrechamente vinculada al juicio declarativo. Sin embargo, los comisionados de la LEC. 1855, al entender que la denuncia de obra nueva constituía un interdicto, forzosamente le otorgaron una tramitación interdictal o sumaria que hasta ese momento le resultaba desconocida. Esto modificó completamente su estructura y tramitación. A la luz de este cambio se entiende que sólo se pueda alzar la suspensión al dictarse sentencia en el juicio sumario, pues precisamente este es el objeto del juicio; asimismo, en este contexto se entiende que sólo pueda otorgarse caución de demolición en caso de resultar vencido el denunciado en el juicio sumario. De esta forma, la creación totalmente artificial e innecesaria de este procedimiento sumario trajo consigo una serie de consecuencias que afectaron negativamente la situación del denunciado. Esto no exige necesariamente suprimir la actual estructura del procedimiento; es más, la existencia de un juicio sumario previo aparece como una curiosa forma de *remissio* moderna, que con su decisión permitiría otorgar mayor certeza jurídica a los litigantes, sin tener esperar la sentencia de un procedimiento declarativo ordinario. Lo que sí debe hacerse es equiparar los intereses de las partes en el contexto de un juicio sumario, tal como se ha hecho en otras legislaciones. Para conseguir esto, tanto el examen de las circunstancias de hecho y de derecho previo a la resolución que otorga la suspensión, así como la posibilidad del denunciado de reanudar las faenas previa caución, parecen ser ciertamente los expedientes más recomendables a la luz de la evidencia histórica y comparada, pudiendo establecerse copulativa o disyuntivamente. Ahora bien, explorar de qué modo estos u otros remedios que la experiencia histórica nos ofrece pueden combinarse, a fin de configurar en abstracto el sistema más respetuoso de los intereses de ambas partes,

implica un análisis dogmático que no hemos desarrollado en el presente trabajo, por lo que nuestra contribución debe llegar hasta aquí.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo - SOMARRIVA, Manuel - VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales* (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II.
- ALESSANDRI, Fernando, *Explicaciones de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal* (Santiago, Editorial Nascimento, 1935), II.
- AMUNÁTEGUI, Carlos, *No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil*, en *RChD.*, 36 (2009) 3.
- AMUNÁTEGUI, Carlos, *El artículo 921 del Código Civil y la querrela de amparo. Posibilidad de exigir indemnizaciones a propósito de actos inmisivos*, en CORRAL TALCIANI, Hernán y otros (coordinadores), *Estudios de derecho civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009* (Santiago, 2011), I.
- ARIAS BONET, Juan Antonio, *Sobre la denuncia de obra nueva en el Derecho romano clásico*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 42 (Madrid, 1972).
- AA.VV., *Actas de la Comisión Mista de Senadores i Diputados* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1904).
- AA.VV., *Anteproyecto Código Procesal Civil*, en *Revista Electrónica del Centro de Estudios de la Justicia*, 8 (2006)[visible en internet: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej8/documentos.htm>].
- AA.VV., *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil* (Santiago, Imprenta de “El Progreso”, 1884), II.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce (Comentario de Jurisprudencia)*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 9 (2007).
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce (Comentario de Jurisprudencia)*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10 (2008).
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- BELLO, Andrés, *Código Civil de la República de Chile* (Caracas, Ministerio de Educación, 1954).
- BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto romano* (reimpresión Milano, Giuffrè, 1966), II, I.
- BRANCA, Giuseppe, *La “prohibitio” e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 7 (1941) 2.
- CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), VI.
- CHACÓN, Jacinto, *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno* (Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1878), II.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Imprenta Nascimento, 1935), IX.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- DE TAPIA, Eugenio, *Febrero novísimamente redactado* (Madrid, Librería de los Sres. Viuda de Calleja e Hijos, 1846), VII.

- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (2ª edición corregida y aumentada, Madrid, Imprenta del Colegio Nacional de Sordo-Mudos, 1838), I.
- FABRES, José Clemente, *Instituciones de Derecho civil chileno* (Valparaíso, Imprenta del Universo de G. Helfmann, 1863).
- FARGNOLI, Iole, “*Operis novi nuntiatio*” e “*inanes denuntiationes*” tra V e VI sec. d. C., en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 69 (2003).
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *La denuncia de obra nueva en el derecho civil navarro*, en *Revista Jurídica de Navarra*, 25 (1998).
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero o librería de Jueces, Abogados y Escribanos* (4ª edición, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, 1852), IV.
- GÓMEZ, Antonio, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum* (Matriti, Typis Petri Marin, 1780).
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Motivos de las Variaciones Principales que ha introducido en los Procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857).
- GUTIÉRREZ, [José], *Prontuario de los Juicios, su orden, sustanciación é incidencias* (Quito, Imprenta de Alvarado, 1842).
- HERNÁNDEZ DE LA RUA, Vicente, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, 1856), III.
- LIRA, José Bernardo, *Prontuario de los Juicios o tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena* (5ª edición, Santiago, Librería Central de Mariano Servat, 1895).
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Ley de enjuiciamiento civil comentada y esplicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación* (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857), III.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- MASI, Antonio, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto: premessa storica*, en CASSASSO, Francesco (director), *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Dott. A. Giuffrè, 1964), XII.
- MONTT, Jorge, *Mensaje de S.E. el Presidente de la República en que se somete a la aprobación del Congreso Nacional el Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (Santiago, Imprenta Nacional, 1893).
- MOZILLO, Attanasio, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, en AZARA, Antonio – EULA, Ernesto (directores), *Novissimo digesto italiano* (Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960), V.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Elementos de Práctica Forense* (2ª edición, Madrid, Imprenta de la Viuda de Jordan é Hijos, 1843), II.
- PARICIO, Javier, *La denuncia de obra nueva en el Derecho Justiniano*, en *Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, Jovene Editore, 1984), V.
- PELLECCHI, Luigi, *Contributi palinogenetici allo studio dell’ ‘operis novi nuntiatio’*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 68 (2002).
- REUS, Emilio, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 Concordada y Anotada con gran extensión* (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1882), III y VI.
- RISOPATRÓN, Carlos, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil de Chile* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1904).
- SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España* (2ª edición, Madrid, 1820), II.

UGARTE ZENTENO, Francisco, *Visita judicial del departamento de Caldera practicada por el juez de letras de Copiapó don Francisco Ugarte Zenteno*, en *Gaceta de los Tribunales* 768 (1857).

VILA ALIAGA, Bernardino, *Prontuario de los Juicios* (2^o edición corregida i aumentada, Santiago, Imprenta de la Sociedad, 1858), II.