



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Lathrop Gómez, Fabiola
PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA DEL DOMINIO EN EL DERECHO
CHILENO

Ius et Praxis, vol. 17, núm. 2, 2011, pp. 3-23

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720860002>

- 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

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA DEL DOMINIO EN EL DERECHO CHILENO* **

PROVENANCE OF THE DECLARATIVE ACTION IN THE
CHILEAN PROPERTY LAW SYSTEM

FABIOLA LATHROP GÓMEZ***

RESUMEN

El texto presenta algunas consideraciones generales doctrinales y jurisprudenciales sobre la acción declarativa del derecho de dominio en Chile, destinadas a poner de relieve las falencias del sistema de protección de dicho derecho y de la posesión en nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, de la labor interpretativa de nuestros tribunales de justicia acerca del mismo.

ABSTRACT

This text presents some doctrine and jurisprudence considerations regarding declarative action in the Chilean property law system intended to point out the failures of this right regarding possession in the protection and legal system, and particularly the court's interpretative work regarding this subject.

PALABRAS CLAVE

Acción Declarativa, Acción Reivindicatoria, Dominio

KEY WORDS

Declarative Action, Action of Recovery of Possession, Property Law

I. EL OCASO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LAS FALENCIAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL DOMINIO Y DE LA POSESIÓN

Al referirse a la protección del derecho de dominio y de la posesión, la mayoría de la doctrina chilena se ha centrado en el análisis de las acciones nominadas de protección, observándose, por el contrario, un escaso desarrollo de

* Esta autora agradece los valiosos comentarios y sugerencias de Renée Rivero, Profesora Asistente de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Trabajo recibido el 3 de agosto y aprobado el 7 de octubre de 2011.

** Las abreviaturas CC y CPR significan, respectivamente, Código Civil chileno y Constitución Política de la República de Chile.

*** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca; Docente e Investigadora de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Profesora de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado de la misma Facultad. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl.

otras acciones no mencionadas expresamente por la ley¹. Esto, a diferencia de lo sucedido en el Derecho comparado, donde la doctrina y, fundamentalmente, la jurisprudencia, han construido, en materia de derechos reales, acciones como la confesoria y la negatoria, a falta de texto positivo.

En efecto, la doctrina chilena se ha abocado al estudio de la acción reivindicatoria que, por antonomasia, protege el dominio y la posesión de su titular, pero que, sin embargo, se ha tornado muchas veces ineficaz para conseguir tal propósito, debido, entre otros factores, a la conocida dificultad de prueba de los hechos constitutivos de la pretensión del actor, es decir, su dominio, y a la discusión acerca de si procede respecto de derechos personales y universalidades jurídicas². No obstante, la falencia de la acción reivindicatoria radica, fundamentalmente, en la restricción de su ámbito de protección³ y en su tramitación en juicio de lato conocimiento, factores que debilitan su funcionamiento y conducen, inexorablemente, al ejercicio de otras acciones –muchas veces como subterfugio– que le están emparentadas, como la acción de precario y la de demarcación.

La llamada acción de precario del art. 2195 inciso 2° CC, al estar sustanciada en juicio sumario, ha tomado gran ventaja a la acción reivindicatoria⁴; la acción de demarcación, por su parte, regulada en los arts. 844 y ss. CC –también sometida a un juicio sumario–, pese a perseguir, de acuerdo al texto de la ley, un objetivo diverso al de la reivindicación, es utilizada para recobrar el terreno

¹ En todo caso, cabe destacar los trabajos de MÍGUEZ NÚÑEZ, R., “La acción negatoria”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, núm. 12, 2004, pp. 129-135 y, en lo que respecta a las inmisiones, AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, núm. 3, 2009, pp. 523-524.

² Recordemos que, en la gran mayoría de los casos, habiéndose adquirido el dominio mediante modos derivativos, la prueba de mayor certeza es la prescripción adquisitiva, lo que obliga a recurrir a la denominada cadena de posesiones. Al respecto, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.; SOMARRIVA UNDURRAGA, M.; VODANOVIC HAKLICKA, A., *Tratado de los Derechos Reales. Bienes*, Tomo II, 6° Edición, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009, pp. 279 y ss., ponen de manifiesto que, a diferencia de otras realidades, como la francesa, nuestra jurisprudencia “no ha plasmado ninguna doctrina general sobre las presunciones de dominio, de manera que en cada caso la solución no está ‘prefabricada’ y hay que construirla paso a paso y caminando con pies de plomo”.

³ En otros ordenamientos, como el español (art. 348 inciso 2° CC español) y el italiano (art. 948 CC italiano), la acción reivindicatoria no sólo procede contra el poseedor no dueño, sino también contra el tenedor.

⁴ Lo señalaban hace dos décadas DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R. (“Lo que la jurisprudencia se llevó”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 189, año LIX, 1991, p. 99): “la jurisprudencia se llevó la acción de dominio, aunque con vida en la letra del Código Civil. En su reemplazo, la situación de hecho contenida en el apartado 2° del artículo 2195 ha venido a ocupar el sitio de aquella”.

desposeído aduciendo incertidumbre en los deslindes de inmuebles contiguos de propietarios distintos⁵.

Por último, a estos elementos cabe agregar la eficacia limitada de las acciones posesorias, en cuanto están restringidas a los inmuebles y proceden en un escaso margen de tiempo, razones por las cuales han sido reemplazadas, en su objetivo, por el recurso de protección⁶.

Los defectos del sistema de protección del dominio y de la posesión chileno se intensifican al no preverse expresamente por la ley una acción declarativa del dominio, acción que, eventualmente y tal como ha sucedido en el Derecho comparado, podría dar solución a ciertas situaciones no previstas expresamente por nuestro Código o en las que no está clara la procedencia de alguna acción protectora del dominio y de la posesión⁷.

Se trataría de casos como el siguiente. Se celebra un contrato de promesa de compraventa de un inmueble en que se faculta al promitente comprador para entrar

⁵ La Corte Suprema ha tenido pronunciamientos diversos sobre las relaciones existentes entre la acción de demarcación y la acción reivindicatoria. Así, en sentencia de 3 de abril de 2008, Rol 206-2008, la Primera Sala de la Corte Suprema rechaza la acción de demarcación por manifiesta falta de fundamento, señalando que *“el haber incoado una acción tendiente a obtener la demarcación y cerramiento, cuyo objetivo es fijar los límites que lo separan del o los predios colindantes, en circunstancias que el cierro existe como en autos, en forma de cerco o valla alambrada - no permite llegar a otra conclusión que no sea que la acción intentada carece de objeto, correspondiendo a una acción diversa la pretensión de desplazar ese linde con arreglo a los títulos de los que las partes se sirvan”* (énfasis añadido). Sin embargo, en sentencia de 17 de agosto de 2010, Rol 5565-2010, ha señalado que *“no se desnaturaliza la acción de demarcación incorporando en ella cuestiones de dominio, pues recuperar terrenos (como consecuencia de la fijación justa y legal de los límites que separan a los predios colindantes) es uno de sus fines, siempre que no se los individualice y que su objeto principal sea la fijación de la línea divisoria, con las restituciones consiguientes, pero inciertas en su cantidad y destino (...). El actor, si hace valer su derecho de dominio sobre una determinada porción de terreno, no deja de ejercitar la acción de demarcación por invocar, como antecedente de hecho, la circunstancia de que el demandado, al trazar por sí y ante sí la línea de separación, habría dejado comprendida una extensión de terreno que sobrepasa a la superficie que le correspondería de acuerdo a los títulos de dominio”* (énfasis añadido).

⁶ En cuanto a la precariedad de las acciones posesorias, resulta ilustrativo que su débil impacto en el Derecho francés haya llevado a su supresión en el Anteproyecto de reforma del Libro II del Código civil de este país. Por su parte, el recurso de protección puede resultar inapropiado en esta materia, en cuanto si bien busca restablecer el *status quo* existente antes de la pretendida vulneración, el fondo de la cuestión debatida, esto es, la posesión, queda muchas veces sin resolverse, sujetándose a la voluntad de las partes la iniciación de la respectiva acción reivindicatoria. A la utilización de este recurso, en estas materias, se ha referido ATRIA LEMAITRE, F., *“Derechos Reales”*, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2004, pp. 48 y ss., y SOTO KLOSS, E., *El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1982, pp. 137 y ss.

⁷ Algunos autores han puesto de manifiesto esta situación. Nos referimos, especialmente, a Peñailillo (PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Los Bienes*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2007, pp. 535 y ss.) y a quien fuera su memorista, MÍGUEZ NÚÑEZ, R., *Dos acciones de dominio*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2001.

en posesión material y, posteriormente, la promesa queda sin efecto, intentando, con posterioridad, su dueño y poseedor inscrito, o bien, su sucesor en el dominio, que se restituya la tenencia material del bien. En este caso, puede discutirse el ejercicio de la acción reivindicatoria en tanto en cuanto el demandado, esto es, el promitente comprador, no es poseedor. Concretamente, podría ser aplicable el art. 915 CC, norma que contiene la denominada acción reivindicatoria contra injusto detentador. Sin embargo, como veremos, esta solución tampoco otorga total seguridad. Por su parte, podría intentarse también la acción de precario, a la que, sin embargo, podría oponérsele el respectivo contrato de promesa.

En efecto, con ocasión del examen de los sujetos pasivos de la acción reivindicatoria y, concretamente, del análisis del art. 915 CC, el profesor Daniel Peñailillo ha puesto de relieve las distintas naturalezas jurídicas concedidas a la acción contenida en dicho artículo, afirmando que esta norma podría estar consagrando la acción innominada de dominio de la que nuestro ordenamiento, al menos expresamente, carece, y que serviría para solucionar casos como los mencionados⁸. El problema es que, en situaciones como la ejemplificada, el demandante, invocando el art. 915 CC, se expone a la posibilidad de que el juez rechace la acción intentada en cuanto puede estimar que esa acción tiene como legitimado pasivo a un poseedor o al representante del poseedor y no un mero tenedor.

En cuanto a la acción de precario, es útil traer a colación dos casos en que, por la divergencia de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema, podrían surgir situaciones de desprotección o de inseguridad jurídica.

El primer caso fue conocido por la Corte Suprema el año 2004⁹ y es similar al enunciado anteriormente. Doña Carmen Montesinos y doña Fedora Salazar

⁸ En efecto, Peñailillo (PEÑAILILLO, *Los bienes*, cit. nota n. 7, pp. 533 y ss.) señala que se ha sostenido que se trataría de una acción reivindicatoria que, excepcionalmente, se dirige contra el mero tenedor; en este sentido se pronunciaría, entre otros, VERGARA BEZANILLA, J., "Reivindicación contra el poseedor a nombre ajeno o injusto detentador", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 86, núm. 2, 1989, pp. 55 y ss., a quien podemos agregar, más recientemente, BARCIA LEHMANN, R., *Lecciones de Derecho Civil chileno*, Tomo IV, De los Bienes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 75. Por otra parte, podría tratarse de una acción meramente restitutoria –diversa de la acción reivindicatoria– contra el mero tenedor; en este sentido se ha pronunciado, primeramente, CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, Tomo IX, De los Bienes, Imprenta Nascimento, Santiago, 1935, pp. 458 y ss., en cuanto estima que a la hipótesis contenida en este artículo se le aplican las reglas de las prestaciones mutuas, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.; SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Curso de Derecho Civil*, Volumen II, Los Bienes y los Derechos Reales, Editorial Nascimento, Santiago, 1974, pp. 837-839 y ROZAS VIAL, F., *Los Bienes*, LegalPublishing, Santiago, 2007, p. 375. Más recientemente, BARRIENTOS GRANDÓN, J., "Comentarios de Jurisprudencia", *Revista Chilena de Derecho Privado* núm. 4, 2005, pp. 221 y ss., en especial, p. 241, ha sostenido que el art. 915 CC especificaría un caso concreto de aplicación de lo dispuesto en el art. 896 CC para un campo posesorio y no dominical.

⁹ Causa Rol N° 4732-02. Este caso dio lugar a un comentario del profesor Atria (ATRIA LEMAITRE, F., "Derechos Reales", *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2005, en especial, pp. 41-43) en el que sostiene que la Corte de Apelaciones falla contra ley y que la Corte Suprema falla

celebraron un contrato de promesa respecto de un inmueble, el que más tarde fue vendido por la primera –doña Carmen– a Don Ciro Araya, quien aparece luego demandando de precario a doña Fedora Salazar. En primera instancia se acoge la demanda. En segunda instancia se rechaza la demanda, afirmando que hay contrato oponible al dueño, ya que se ha acreditado la existencia del contrato de promesa y que, por ende, el precario no se ha configurado. La Corte Suprema, por el contrario, acoge la demanda, señalando que este contrato no es oponible al demandante, pues proviene del antecesor en su dominio del inmueble y no del demandante directamente, con lo que sí se habría producido la tenencia precaria.

Muy por el contrario, en otro fallo de la Corte Suprema¹⁰, caratulado Inmobiliaria Guayquirai S.A. con Gina Tacchini Villalobos, la Inmobiliaria demanda de precario a la señora Tacchini respecto de un inmueble adquirido por compra a la Sociedad Inmobiliaria 1390 Limitada, el año 2006. La contraparte sostiene haber celebrado, el año 1999, una promesa de compraventa con la Inmobiliaria 1390 Limitada respecto del mismo inmueble. En primera instancia, la demanda es rechazada, en razón de que la parte demandada ostenta la tenencia del inmueble sublite en virtud de un contrato válidamente celebrado y no por mera tolerancia, sentencia que es confirmada por la Corte de Apelaciones. Ante la Corte Suprema se rechaza recurso de casación en el fondo intentado, arguyéndose que el título que justifica la ocupación *no necesariamente debe emanar del actual propietario*, evento en el cual resulta indiscutible que le afecta, sino también de *algún otro del*

contra quien, si hubiera intentado la regularización, habría tenido mejor derecho que el demandante frente al legislador, en conformidad al art. 19 núm. 1 inc. 2 del DL 2.695 de 1979 y que, muy por el contrario, el resultado del juicio de precario debía serle negativo, ya que en este juicio nada tiene para oponer al demandante. Según este autor, este tipo de situaciones revelan las inconsistencias de los regímenes de regulación de la posesión inscrita y de protección de dicha posesión, situación que deja a los tribunales enfrentados a fallar en contra de quien, conforme a la ley, tiene mejor derecho o a fallar en contra de la ley.

¹⁰ Causa Rol N° 5728-2010. En este sentido, también se ha pronunciado la Corte Suprema en causa Rol 5582-2008, caratulada Umberto Montiglio Valenzuela con Selva Nieves Vásquez Núñez, en que don Umberto, en representación de doña Berta de las Mercedes Castro Reyes, de doña María Luisa Reyes Jara y de don Patricio Hernán Castro Reyes, deduce demanda de precario en contra de doña Selva Vásquez Núñez respecto de un retazo de un inmueble de su propiedad, el cual la demandada ocuparía por mera tolerancia de los actores. La demandada indica, entre otros argumentos, que existe un contrato de promesa celebrado por el padre y cónyuge de los demandantes, antecesor en el dominio del inmueble, con Domingo López Quiroz, pareja de la demandada; y que es en razón de éste que ella, su pareja y sus hijos, ocupan el inmueble sublite. El tribunal de primera instancia estima que no se logra acreditar que la ocupación que la demandada efectúa respecto del retazo sea consecuencia de un contrato o título que los actores deban respetar, puesto que no existe vínculo matrimonial entre la demandada y quien se señala como promitente comprador en el contrato aducido. La Corte de Apelaciones confirma sentencia apelada. La Corte Suprema, conociendo de casación, concluye que la ocupación de la demandada está justificada con el mérito del contrato de promesa antes referido, y por tal, acoge el recurso revocando la sentencia apelada.

que ese propietario sea sucesor por acto entre vivos o por causa de muerte. En efecto, dice la sentencia, lo relevante será que el derecho que emana del referido título o contrato y que legitima la tenencia de la cosa, pueda ejercerse respecto del propietario, sea porque él o sus antecesores contrajeron la obligación de respetar esa tenencia –si el derecho del tenedor u ocupante es de naturaleza personal–, bien sea porque puede ejercerse sin respecto a determinada persona –si se trata de un derecho real– (considerando 10º).

Javier Barrientos¹¹ y Fernando Atria¹² han señalado que la acción general restitutoria de la que estamos hablando podría estar contenida en el art. 2195 inc. 2 CC, es decir, en la acción de precario.

En efecto, esta acción, desde 1944, se sustancia en juicio sumario, lo que constituye una ventaja respecto de la acción de dominio; además, la prueba del dominio suele ser más fácil en cuanto la sola escritura pública que contiene el contrato de compraventa u otro título traslativo, debidamente inscrito, sirve para acreditar que el actor adquirió el dominio y la posesión, factores que juegan a favor de su consideración como acción general.

Sin embargo, como hemos visto, esta acción ha dado lugar a una nutrida y contradictoria jurisprudencia, siendo sus cuestiones más debatidas la exigencia de inexistencia de un contrato previo (en el primer caso comentado se entiende que no lo hay, pues no emana directamente del demandante y, por el contrario, en el segundo, sí se le considera como título válido a oponer aunque no emana del actor) y la normativa a aplicar en materia de prestaciones y reembolsos y perjuicios. Sin ir más lejos, en casos como los mencionados, el juez puede considerar que existe título oponible al actor aunque esté resuelto o caducado. La contrariedad de los fallos podría, precisamente, demostrar la ineficacia de esta norma como continente de la mencionada acción innominada, en tanto la diversidad de criterios demostraría que la jurisprudencia no ha construido, con mediana seguridad y uniformidad, los elementos de la misma.

¹¹ Cfr. BARRIENTOS, “Comentarios”, cit. nota n, 8, pp. 245 y ss.

¹² Cfr. ATRIA, “Derechos”, cit. nota n. 9, p. 48 nota al pie 16. Para este autor, la “acción de precario” ha sido utilizada ante la inexistencia de una acción de protección del dominio que pueda utilizar un poseedor inscrito para recuperar la tenencia de la cosa (no pudiendo ejercer la acción reivindicatoria por estar en posesión del inmueble amparada por la inscripción vigente a su nombre ni la querrela de amparo por haber transcurrido más de un año desde el inicio de la detentación del demandado). Cabe señalar que este autor redefine el concepto de posesión del Código Civil chileno argumentando que la legislación de saneamiento del dominio (en especial el DL 2695 de 1979 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz) estaría haciendo retornar al ordenamiento jurídico chileno hacia un concepto fáctico de posesión, de forma que dicha normativa especial sería la norma de clausura de las normas de posesión sobre bienes inmuebles (pp. 76 y ss). En contra de que este sea la norma de clausura, SALAH ABUSLEME, M., “El D.L. 2695, naturaleza jurídica y funciones”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Civil VIII Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué*, Editorial LegalPublishing, Santiago de Chile, 2010, pp. 257-272.

Hay, por último, quien aboga por una acción innominada de dominio fundada, entre otros elementos, en que todo derecho debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, sin importar que haya una acción tipificada ni nominada en él; en que en Derecho privado puede hacerse todo lo que no esté prohibido por ley, y en el principio de la inexcusabilidad, como manifestación de la tutela judicial consagrada en el art. 73 inciso segundo de la Constitución y en los arts. 5º inciso segundo y 10 inciso segundo del Código Orgánico de los Tribunales. Dentro de esta acción y dependiendo de lo pedido, podría comprenderse la acción declarativa de dominio a la que dedicaremos este artículo¹³. Así, en el Derecho comparado, situaciones como las descritas más arriba han sido solucionadas a partir del ejercicio de una acción declarativa del dominio, no reconocida en la letra de la ley, aunque sí desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia uniformes¹⁴.

Peñailillo sostiene que bien el art. 915 CC, o bien, el art. 582 CC y el recurso de protección intentado para proteger la propiedad (art. 19 núm. 24 CPR), podrían sustentar esta acción innominada. Este autor señala que podría sostenerse que el ordenamiento jurídico no exige encuadrar toda pretensión en una determinada acción nominada, sino que basta que tenga arraigo en un derecho del reclamante que merezca ser tutelado, de manera que estas dos últimas normas servirían para reclamar la protección de dicha garantía en las situaciones comentadas anteriormente¹⁵.

En fin, casos como los descritos motivan este trabajo, pues plantean una revisión de la regulación de las acciones protectoras del dominio y de la posesión. En las líneas que siguen, parto del supuesto de que es posible sostener la existencia de una acción innominada de dominio, que podrá tener naturaleza propiamente declarativa, de condena o constitutiva, dependiendo de lo solicitado por el actor. Me centraré en la primera de ellas, es decir, en la acción propiamente declarativa.

II. LA ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO

En las páginas que siguen se analiza la acción declarativa de dominio como una vertiente de la acción innominada de la que nuestro ordenamiento carece, acción que creo útil, por las razones que enunciaré, en casos de incertidumbre respecto del dominio que se afirma tener y, menos útil (pero no totalmente

¹³ Se trata de MÍGUEZ, *Dos acciones*, cit. nota n. 7, pp. 135 y 162 y ss. Al respecto, Albaladejo señala que no debe invocarse siempre el nombre de la acción que se ejerce en tribunales para proteger el dominio. Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Manual de Derecho civil*, Tomo III, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1974, p. 276.

¹⁴ Más adelante nos referiremos al caso español e italiano.

¹⁵ Cfr. PEÑAILILLO, *Los bienes*, cit. nota n. 7, p. 537.

inútil) en aquellas situaciones en que se persiga la restitución de la cosa objeto de dominio.

Ante todo, debo señalar que entiendo esta acción como aquella por la cual el dueño de una cosa busca que su derecho de propiedad sobre ella sea reconocido frente a quien lo niega, desconoce o perturba inmaterialmente.

1. La Naturaleza de la Acción

Como su nombre lo señala, se trata de una acción propiamente declarativa, sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante, en cuanto al resultado que pueda obtenerse con el ejercicio de esta acción.

En efecto, como toda acción propiamente declarativa, persigue no una condena del demandado ni la constitución de nuevas relaciones jurídicas o la alteración de un estado de hecho preexistente, sino la declaración de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida¹⁶; es decir, busca que se aclare la existencia de un determinado derecho y, en suma, el establecimiento de certeza jurídica sobre una determinada cuestión.

En el caso de la acción declarativa de dominio, el demandante busca obtener que el juez lo declare como propietario de un determinado bien, frente a un sujeto, el demandado, que está poniendo en duda ese dominio, sin violarlo¹⁷. Nótese, en este sentido, la semejanza con la acción negatoria, que es la que ejerce el propietario de una cosa para defender la libertad de su dominio y para que se declare la ausencia o inexistencia de gravámenes sobre su dominio; por ejemplo, cuando se ejerce contra quien afirma tener un derecho de usufructo o servidumbre sobre la cosa¹⁸.

En el Derecho español se señalan los siguientes ejemplos de procedencia de esta acción declarativa: si el arrendatario o usufructuario pretende la inversión

¹⁶ En cambio, Díez Picazo y Gullón (DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Tecnos, Madrid, 2005, p. 178) parecen entender que constituye una acción declarativa de condena en tanto señalan que "tiene como fin la *condena* del demandado a que reconozca el dominio del actor simplemente, que discute o se atribuye ese derecho, sin aspiraciones de reintegración de la posesión que detenta en ese proceso" (énfasis añadido).

¹⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema*, cit. nota n. 16, p. 179.

¹⁸ En el Derecho español, Martín-Ballester, poniendo en evidencia la conexión entre ambas acciones, las confunde, señalando que la acción meramente declarativa es la vía procesal idónea de la acción negatoria porque con ella lo que se pretende es una declaración de libertad en lo que respecta al dominio y que sus efectos sean los de cosa juzgada sin perjuicio de que, lógicamente, el cauce reconventional siempre quede abierto (MARTÍN-BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 129). En mi opinión, en realidad, la acción negatoria puede ser propiamente declarativa o declarativa de condena, dependiendo de si con su ejercicio se busca obtener la declaración de libertad de gravamen o derecho sobre la cosa, en el primer caso, o el cese de actos que perturban el dominio del actor, resarcir los perjuicios ocasionados con dicha perturbación o restablecer la cosa al estado previo a la perturbación, en el segundo.

del concepto posesorio; si el propietario necesita de la declaración para rectificar un asiento registral practicado a favor de otro sujeto, o si se solicita esta declaración reconventionalmente frente a quien dice ser dueño y ha ejercitado una acción reivindicatoria para solicitar la restitución¹⁹.

Cabe destacar, por último, que, al participar del carácter de acción propiamente declarativa, es una sentencia que se basta a sí misma, que opera con efecto retroactivo y que la protección jurídica que se logra mediante el establecimiento de esta acción, queda amparada por el efecto de cosa juzgada, por lo que esta acción puede tener una amplia proyección si se quiere renovar nuevamente el debate sobre lo discutido²⁰.

2. Legitimación activa y pasiva

En cuanto a la legitimación activa, para ejercer esta acción, el demandante debe tener un interés legítimo, una condición de hecho tal que, sin la declaración judicial, se produzca un perjuicio en su contra²¹; es decir, debe invocar un interés patrimonial o moral.

En este sentido, tal como se ha sostenido en el Derecho italiano²², el juez podría rechazar la acción sólo en caso que la decisión resulte carente de consecuencias jurídicas apreciables en relación a la situación hecha valer en juicio y, más concretamente, no podría declinarla por el simple hecho de que el actor haya deducido demanda con distinto contenido en el mismo o en otro juicio o en casos en que los libelos sean alternativos.

Como regla general, la acción meramente declarativa de dominio se intenta por el propietario actual, aunque hay quien señala que puede intentarse por quien fue propietario si es que acredita interés en que se declare el dominio pasado a su favor²³.

En todo caso, no vemos inconveniente en que sea ejercida por el titular de un derecho real distinto del dominio²⁴, en cuanto dichos titulares son, a su vez,

¹⁹ Cfr. MACÍA MORILLO, A., “Las acciones de protección del dominio”, en HUMERO MARTÍN, A. (Coord.), *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, Vol. 3, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 600.

²⁰ Cfr. ROMERO SEGUEL, A., *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2007, pp. 34 y 37.

²¹ Cfr. FERNÁNDEZ OTERO, J., “La acción reivindicatoria”, *Protección del Derecho de Propiedad*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, 1994, p. 35.

²² En este sentido, la Sentencia de Casación de 31 de marzo de 2006, citada por CELESTE, A., *Le azione a difesa della proprietà*, Giuffrè, Milano, 2010, nota al pie núm. 1, p. 256.

²³ Así, ALBALADEJO, *Manual*, cit. nota n. 13, p. 332.

²⁴ En contra de esta opinión, MÍGUEZ, *Dos acciones*, cit. nota n. 7, p. 47.

dueños de su respectivo derecho real, pudiendo caber a su respecto situaciones de incertidumbre que requieran ser esclarecidas.

En cuanto al litisconsorcio activo, se replican, en sede de esta acción, los problemas producidos en la de la acción reivindicatoria²⁵, en cuanto el copropietario sólo puede reivindicar su cuota sin obligar a los demás copropietarios a demandar. De modo que si se intenta esta acción meramente declarativa por uno de ellos, el juez sólo declararía el dominio sobre su cuota y no acerca de la propiedad de los demás comuneros.

En este aspecto, la doctrina italiana²⁶ ha desarrollado la situación de litisconsorcio de esta acción declarativa de dominio en particular de la siguiente forma.

Por su parte, en relación al litisconsorcio activo, se ha señalado que los copropietarios pueden hacer valer su derecho a la coposesión del bien común contra los otros copropietarios que la poseen, excluyendo a los primeros y, también, contra los terceros que poseen el bien en copropiedad, para conseguir la declaración del derecho de copropiedad que les corresponde, así como del uso y goce de la misma cosa de acuerdo a su cuota; y que el comunero que actúa de forma singular puede hacerlo sin necesidad de que concurren los demás comuneros.

En cuanto al litisconsorcio pasivo, la acción declarativa del dominio puede dirigirse en contra de sólo algunas de las eventuales contrapartes, toda vez que no constituye un caso de litisconsorcio necesario. Se ha precisado que, cuando se deduce esta acción, no es necesario indicar como demandados a aquellos que, extrajudicialmente, sostengan análogas pretensiones sobre el mismo bien, en cuanto la sentencia, plenamente exigible entre los legitimados pasivos originarios, no modifica el estado de hecho y derecho de los terceros, los que permanecen extraños al proceso y a cuyo respecto la sentencia les es *res inter alios acta*. En cambio, en el caso de que el actor haga valer su calidad de copropietario de un bien determinado en contra de un tercero que afirma ser propietario exclusivo del mismo, se verifica una situación de litisconsorcio necesario respecto de los otros copropietarios, toda vez que el demandado no se limita a negar la calidad de comunero del actor, sino que opone una situación propia que origina conflicto tanto con la del demandante como con la de los comuneros ausentes.

En la acción declarativa de dominio siempre hay un sujeto pasivo. Sin embargo, este sujeto pasivo, extraprocésalmente, debe haber negado la cualidad de propietario al actor.

²⁵ Sobre este aspecto, ver PEÑAILLO, *Los bienes*, cit. nota n. 7, p. 525.

²⁶ Cfr. CELESTE, A., *La azione*, cit. nota n. 22, pp. 257-259.

Puede ser legitimado pasivo de la acción declarativa del dominio cualquiera que desconozca el dominio del actor, produciéndole perjuicio; es decir, podrá ser demandado el poseedor de la cosa (sin que se exija restitución de la misma en su contra), el tenedor de la misma, como el arrendatario o usufructuario, o cualquiera que desconozca la legitimidad del titular en cuanto al poder de hecho sobre la cosa. Basta, como he dicho, que desconozca el dominio del demandante o no se allane a reconocerlo.

A mayor abundancia, en cuanto a la posición que asuma el demandado en el juicio declarativo del dominio, podría distinguirse un doble tipo de acción declarativa del dominio. En primer lugar, la acción en que el objeto pedido está constituido por la declaración de certidumbre en la titularidad del derecho de propiedad, o bien, aquella dirigida a que se declare un poder sobre el bien que *prevalece* sobre el que el demandado aduce tener, en cuyo caso el petitório sería no el derecho de propiedad, sino una situación jurídica relevante sólo en relación al demandado y en que la causa pedida sería un título derivativo que *prima* sobre el del demandado.

III. PARALELO ENTRE ACCIÓN REIVINDICATORIA Y ACCIÓN DECLARATIVA DEL DOMINIO

Una cuestión de gran importancia práctica es determinar los límites que, una vez superados, pueden llevar a confundir la acción declarativa de dominio con la acción reivindicatoria. De ahí, entonces, que pasemos a señalar algunas de las semejanzas y diferencias que existen entre ambas acciones.

Al igual que la acción reivindicatoria, son características de esta acción el ser real, en cuanto persigue la declaración de un derecho real²⁷, y su imprescriptibilidad.

En cuanto a sus requisitos, al igual que la acción reivindicatoria, el actor debe probar su dominio mediante el respectivo título (en cuanto hecho constitutivo de su pretensión, no porque sea el objeto pedido) y la identificación de la cosa.

No se exige, en cambio, probar que se ha perdido la posesión, como sucede con la acción reivindicatoria, lo que, en nuestro ordenamiento, puede llegar a ser bastante difícil debido a las falencias de nuestro sistema registral basado en el folio personal y no real y la posibilidad de que se produzcan inscripciones de papel y paralelas. He acá, entonces, una ventaja respecto de la acción

²⁷ Si bien algunos autores afirman que es personal, como LACRUZ BERDEJO, J., *Elementos de Derecho Civil*, III-1, Dykinson, Madrid, 2003, p. 295 y CABRERA HERNÁNDEZ, J., “Reivindicación y deslinde: sus diferencias”, *Anuario de Derecho Civil* julio-septiembre, 1962, p. 744. Ambos autores estiman que la acción se justifica en atención a la persona que discute o ignora el dominio del demandante. Así, si la acción sólo puede dirigirse en contra de la persona que es sujeto pasivo de la relación jurídica que se pretende hacer valer, será personal.

reivindicatoria en que debe probarse que se ha perdido la posesión y que ella está en manos del demandado.

Sí deben probarse los hechos que fundan el interés jurídico en pedir esta declaración²⁸. Deben acreditarse los hechos en virtud de los cuales su dominio ha sido perturbado o desconocido por parte del demandado.

Por otra parte, en la acción reivindicatoria, la causa a pedir es el dominio y el objeto pedido es la posesión. En cambio, como hemos dicho, la acción declarativa de dominio busca el reconocimiento del derecho de dominio. El objeto del juicio es el dominio, y la sentencia que pronuncia sobre él, como hemos dicho, produce cosa juzgada, de manera que puede hacerse valer cada vez que le sea discutido al dueño la titularidad de su propiedad sobre la cosa. Esto, en cambio, es más discutible en la acción reivindicatoria, en cuanto la sentencia recaída en ella producirá cosa juzgada sobre el dominio sólo en la medida que el poseedor a quien esta acción se dirigió, discuta el derecho de dominio del actor; si no lo hace, es discutible el que la sentencia produzca cosa juzgada en lo que compete al dominio, pues, en realidad, el objeto que se discute en los juicios reivindicatorios, como también hemos dicho ya, es la posesión.

Derivado de lo anterior, una de las diferencias entre ambas acciones es que, en la acción declarativa, el atentado al dominio es menos intenso que en las hipótesis de procedencia de la acción reivindicatoria. En efecto, en esta última, el dueño intenta recuperar la posesión que ha perdido frente a un sujeto que no tiene derecho a poseer; mediante la acción declarativa, en cambio, se busca poner fin a un estado de incertidumbre jurídica frente a un sujeto que desconoce la calidad de propietario de quien la ejerce y que no es poseedor del bien.

Sin embargo, si se le otorga a la acción reivindicatoria un contenido más amplio que el señalado, es decir, que, además de perseguir una condena (que se ordene restituir), se le conciba como una acción encaminada a constatar el derecho de propiedad de quien la ejerce, ambas acciones pueden confundirse. En este sentido, no debe olvidarse que el dominio debe probarse, pues es un presupuesto de la acción reivindicatoria –es la que tiene el *dueño* de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (art. 889 CC)– y no porque se persiga su declaración, ya que la única pretensión de la acción reivindicatoria es que se restituya la posesión del bien²⁹. Puede que el reconocimiento del dominio en el actor se establezca más o menos implícitamente en la sentencia, pero ello no se produce, desde luego, porque el demandante lo solicite, sino porque el juez debe dar por sentada la concurrencia de este presupuesto para fallar, presupuesto que, por lo demás,

²⁸ Cfr. MARTÍN- BALLESTERO, *La acción*, cit. nota n. 18, p. 130.

²⁹ En Chile, se suele solicitar en la demanda de reivindicación que se declare dueño al actor, pero ello no es estrictamente necesario en sede de reivindicación.

suele ser difícil de cumplir dada la complejidad de la prueba del dominio y, más aún, tratándose de propiedad sobre inmuebles.

Así, por ejemplo, si el comodatario se niega a restituir la cosa prestada al dueño comodante y la acción personal emanada se encuentra prescrita, éste podría ejercer la acción declarativa de dominio, es decir, obligar al comodatario a reconocerlo como dueño sin que se solicite que se le condene a restituir.

Es más, Vicente Montés Penadés³⁰ señala, incluso, que el poseedor, en la medida que desconozca la calidad de dueño del demandante, puede ser sujeto pasivo de la acción declarativa de dominio, en cuanto el actor no solicite la restitución de la cosa. Por su parte, si el demandado discute el dominio del demandante en el juicio de reivindicación, habrá deducido una acción declarativa de dominio reconventionalmente.

Por el contrario, en la acción reivindicatoria, el demandado puede reconocer perfectamente el dominio del demandante, pues, en realidad, lo que se discute es la posesión del bien, cosa que, como hemos dicho, no se disputa en la acción declarativa de dominio.

¿De qué sirve, entonces, el ejercicio de la acción declarativa del dominio si, pese a haberse declarado el dominio del actor, el demandado no debe restituir?

Se ha sostenido que el efecto declarativo de esta acción, una vez obtenida, no excluye que la sentencia pueda dar lugar a alguna medida de ejecución, como la cancelación de un asiento registral o la inscripción de un título de dominio reconocido a favor del demandante. La acción meramente declarativa excluye, por su naturaleza de tal, la ejecución en contra del demandado, pero no la ordenación de actos materiales. En otras palabras, el juez que ha concedido esta acción no podría ordenar, en su virtud, la restitución del inmueble, cuestión propia de una acción declarativa de condena, tal como lo es la acción reivindicatoria, pero sí determinados hechos materiales que satisfagan la pretensión a que accedió. Así, el procesalista Alejandro Romero³¹ nos comenta el caso conocido por el Cuarto Juzgado Civil de Santiago, en 1963, en que utilizando una acción declarativa, se pudo obtener la declaración de inexistencia de una sociedad conyugal disuelta por los cónyuges, terminando así con la situación de incertidumbre jurídica generada por el hecho de no haber inscrito dentro del plazo legal el pacto de separación total de bienes acordado por los cónyuges en virtud del art. 1723 CC. En lo que interesa resaltar acá, cabe señalar que, una vez que se certificó la ejecutoriedad del fallo, el tribunal ordenó anotar la

³⁰ En este sentido, MONTÉS PENADÉS, Vicente, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo V, vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, pp. 218.

³¹ Cfr. ROMERO, *Curso*, cit. nota n. 20, pp. 34 y 35.

sentencia al margen de la inscripción de matrimonio, pues sólo de esa manera se ponía fin a la inseguridad creada.

Esta interpretación puede ser dudosa y peligrosa llevada al campo de los derechos reales y no me consta su confirmación jurisprudencial en la materia que motiva estas páginas. El límite entre el acto material que ordena la sentencia y la reintegración –en trámite de la ejecución de la sentencia– de la posesión sobre la cosa que se encuentra en poder del demandado, es muy tenue. Sin embargo, creo que la reivindicación futura sí se ve favorecida por la declaración de dominio a favor del demandante³². La acción declarativa de dominio puede preparar, perfectamente, el ejercicio de la acción reivindicatoria y, en este sentido, la sentencia que recae sobre esta acción puede contener un “germen de condena”.

IV. NORMAS QUE PUEDEN SUSTENTAR LA ACCIÓN DECLARATIVA DEL DOMINIO EN CHILE

1. *La Acción de Jactancia*

La jactancia puede ser una primera alternativa mediante la cual encausar la acción declarativa del dominio. Está regulada entre los arts. 269 a 272 del Código de Procedimiento Civil. En ellos se establece que, cuando alguna persona manifieste corresponderle un derecho de que no esté gozando (que es el jactancioso), todo aquel a quien su jactancia pueda afectar, podrá pedir –dentro del plazo de seis meses contados desde que tuvieron lugar los hechos en que pueda fundarse la acción–, que se obligue a dicha persona a deducir demanda dentro del plazo de diez días, bajo el apercibimiento de que, si no lo hace, no será oída después sobre aquel derecho, es decir, bajo el apercibimiento de que, con posterioridad, no podrá deducir demanda sobre el derecho de que se jactaba. Se tramita en juicio sumario y exige que la manifestación del jactancioso conste por escrito o se haya hecho de viva voz, a lo menos, delante de dos personas hábiles para dar testimonio en juicio civil.

Uno de los primeros pronunciamientos sobre la acción de jactancia en cuestiones de dominio data del año 1907. Se trató de una sentencia recaída en causa caratulada Santiago Fernández con Gregorio Burgos³³, en que don Santiago Fernández interpuso demanda en contra de don Gregorio Bustos, aduciendo que este último se jactaba de tener en su propiedad derechos que no tenía realmente, iniciando gestiones indirectas que importaban una grave amenaza dirigida a causarle perjuicios de consideración o, por lo menos, a

³² Cfr. MACÍA, “Las acciones”, cit. nota n. 19, p. 604.

³³ Fallo publicado en la *Gaceta de los Tribunales*, año 1907, 2° sem., sent. n. 973, pp. 540 y ss. En fallo posterior, la Corte Suprema señaló que “el derecho que el jactancioso manifiesta corresponderle y del cual no está gozando, no puede referirse al que cualquier persona hábil tenga para deducir demanda contra otra sino al que le corresponda en algo en que no está en posesión, y que se crea con facultad de exigir” (considerando 6°, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 64, secc. 1°, pp. 383 y ss.).

perturbarle con juicios posteriores que deseaba evitar. El demandante fundaba la jactancia en que el señor Burgos se había presentado ante la autoridad administrativa y judicial, afirmando que tenía una merced de mil doscientos regadores de agua y que había decidido cambiar el lugar de la bocatoma, por lo que, para el mejor ejercicio de la servidumbre que tenía con el fundo “El Manzano”, propiedad del demandante, era necesario construir un nuevo acueducto sobre él. El demandado contestó la demanda señalando que no se encontraba en jactancia, por cuanto estaba gozando de su derecho de servidumbre con respecto al fundo mencionado.

En primera instancia se acogió la demanda, pidiendo que el demandado entablara demanda dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de no ser oído después de este plazo. Ello, en razón de que, si bien el señor Burgos había realizado las gestiones frente a la autoridad competente, no había probado la adquisición previa y en forma legal de la servidumbre de acueducto que decía poseer. Apelado el fallo, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Concepción confirmó la sentencia sin modificaciones. Frente a esto, el demandado de jactancia interpuso un recurso de casación en el fondo, fundado en que se habían infringido las normas de la jactancia, toda vez que: a) jamás había manifestado que le correspondía un derecho que no fuera de él o de que no estuviere en posesión o goce público, legal y ostensible; b) el que los jueces de instancia hubieran establecido que *“para enervar una demanda de jactancia es menester justificar no el mero goce actual o posesión, sino el dominio”*, era crear una teoría abiertamente errónea, y c) la hipótesis de la norma estipulaba que la manifestación del jactancioso había de ser hecha extrajudicialmente, sea por escrito o verbalmente y ante dos o más personas a lo menos, lo que no se correspondía a los hechos del caso en cuestión.

En este caso, la Corte Suprema falló a favor del recurrente, rechazando la demanda primitiva, por haber considerado los jueces, como jactancia, hechos que sólo constituyen el ejercicio de un derecho que concede la ley, pues *“el sentido legal de la palabra jactancia, consiste en que alguna persona manifieste corresponderle un derecho de que no estuviere gozando i que para que se entienda que hai jactancia se requiere que la manifestación del jactancioso se haya hecho por escrito o de viva voz, a lo menos delante de dos personas hábiles para dar testimonio en juicio civil según consta en los arts. 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil”* (primer considerando).

Es decir, en este caso, se estimó que no era necesario que se probara el dominio por parte del demandante, rechazando la posibilidad de que la jactancia sirviera, en el fondo, para declarar el dominio en manos de una u otra parte.

La jactancia, en cuanto está dirigida a obligar a que una persona que manifiesta corresponderle un derecho de que *no* está gozando, deduzca demanda

o pretensión bajo sanción de caducidad de su acción³⁴, también podría ser interpuesta para obtener el mismo resultado de certeza que el que se obtendría con la declarativa de dominio, con la diferencia de que la jactancia podría dar o no lugar a un juicio ordinario.

Se trata de una institución muy ligada, históricamente, a la acción declarativa de dominio. En España, donde se desconoció durante mucho tiempo la existencia de esta última acción, se lograba el objetivo perseguido por su ejercicio, mediante la jactancia³⁵. En el ámbito procesalista, Couture³⁶ menciona la acción de jactancia como un ejemplo de acción declarativa, junto con la encaminada a establecer la falsedad de un documento o la inexistencia de una obligación.

Sin embargo, entre nosotros se ha señalado que no cabe confundir ambas acciones. Sin entrar a un análisis más profundo de la cuestión (que, desde luego, pertenece más bien a la doctrina procesalista), compartimos la opinión de que la jurisprudencia ha tratado de asimilar la acción de jactancia dentro de la acción declarativa, caracterización que no es exacta, porque la primera persigue obtener que alguien demande dentro de un plazo, bajo sanción de caducidad³⁷, y no el esclarecimiento de la titularidad de un derecho que está siendo discutido o desconocido mediante perturbaciones que, si bien es cierto no llegan a privar la posesión, causan perjuicio actual al pretendido titular.

Tal vez si una modificación legal hiciera menos formalistas los supuestos de procedencia de la acción de jactancia, ésta se tornaría más útil a los efectos para los que fue creada; sin embargo, conforme a su regulación actual, el jactancioso sólo manifiesta tener un derecho del cual no goza, por lo tanto, quien demanda de jactancia persigue que aquél deduzca demanda y no que cese el menoscabo en su derecho que, desde luego, existe sólo eventualmente. En este sentido, tratándose de derechos reales, la jactancia sería, al igual que la acción declarativa de dominio, expresión de atentados menos graves que los aseverados a través de la acción reivindicatoria.

En todo caso, la acción de jactancia y la declarativa, a mi juicio, tienen objetos diversos, de manera que esta primera vía explorada a través de la jactancia resultaría insuficiente para defenderla como continente de la acción propiamente declarativa de dominio.

³⁴ Así la define ROMERO, *Curso*, cit. nota n. 20, p. 37.

³⁵ Sólo en la década del treinta la jurisprudencia de este país comienza a reconocer esta acción. Cfr. MARTÍN- BALLESTERO, *La acción*, cit. nota n. 18, p. 126.

³⁶ Cfr. COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 316.

³⁷ Nos referimos a ROMERO, *Curso*, cit. nota n. 20, p. 38.

2. Los arts. 889 y 582 CC como continentes de la acción declarativa de dominio en Chile

Ante la insuficiencia de la jactancia como acción encaminada a obtener la certeza de que un bien pertenece a su titular, pero que, sin embargo, está siendo perturbado por actos inmatrimales de otro que le discute o desconoce dicho derecho, estimo que los arts. 889 y 582 CC podrían servir de base para construir esta acción meramente declarativa de dominio, no regulada expresamente por el legislador, pero que se encamina, como hemos visto, a lograr certeza y, en este sentido, sería útil para ciertas situaciones de desprotección como las señaladas anteriormente.

El art. 889 CC establece que: “La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”.

Por su parte, el art. 582 CC señala, en su inciso primero, que: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

Si bien el art. 889 CC establece que la acción reivindicatoria se dirige en contra del poseedor para que sea *condenado* a restituir la cosa de que no es dueño, estimo que bien podría construirse sobre la base del concepto de *dueño* a que hace mención, la procedencia de una acción meramente declarativa del dominio.

En efecto, la norma comentada concibe la acción reivindicatoria como una acción declarativa de condena, pero bien podría entenderse que, a través de una acción meramente declarativa, el demandante pretendiera disipar dudas en cuanto a su calidad de *dueño* y, en este sentido, invocar el art. 582 CC –es decir, la disposición que conceptualiza el dominio como un derecho real para *gozar y disponer* de la cosa sobre la que recae, arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno– como fundamento positivo de la acción declarativa de dominio. En consecuencia, si el demandado está impidiendo, a través de perturbaciones inmatrimales, que el titular del dominio goce y disponga de la cosa objeto de su propiedad, debiera esclarecerse esta situación y poner fin al estado de incertidumbre que pueda estar generándose al irrogarse el demandado titularidades que no tiene, poniendo así en discusión o desconociendo la propiedad del actor.

Así, en nuestro ejemplo inicial, en que se celebra un contrato de promesa de compraventa de un inmueble, facultándose al promitente comprador a entrar en posesión material, pero que queda, posteriormente, sin efecto, el dueño (o el sucesor del dueño en su derecho) podría, pese a no haber perdido la posesión sino sólo la tenencia material de la cosa objeto de su dominio, dirigir una acción declarativa de dominio en contra del promitente comprador para que,

sin aseverar que éste es poseedor (como implícitamente se entendería al ejercer en su contra la acción de reivindicación), se declare que él es dueño y que la promesa suscrita no le ha habilitado para desconocer su propiedad. En este caso, pese a que la sentencia que accede a la demanda no condenará al demandado a restituir el inmueble al dueño, se creará certeza respecto de su dominio y podrá hacerse valer esta sentencia en el juicio reivindicatorio (deducida en la misma demanda de reivindicación –porque la acción declarativa es presupuesto de la acción reivindicatoria– o con posterioridad), lo que facilitará la prueba del dominio exigida por nuestros tribunales en este último juicio (el dominio se prueba por ser presupuesto de la acción, no por ser el objeto pedido, pero nuestros tribunales sólo acogen la reivindicación si se logra probar el dominio, como si fuera esto lo pedido por el actor).

Es lo que ha sucedido en España, donde el Tribunal Supremo ha afirmado que la acción que el art. 348 del Código Civil español (equivalente a nuestro art. 582 CC) otorga al propietario –como fundamental defensa de su derecho–, tiene un amplio contenido que la doctrina ha ido determinando, al comprender en ella tanto la que se dirige contra el tenedor o poseedor de la cosa para reintegrarla al dueño (acción reivindicatoria española), cuanto la que pretende la afirmación del derecho dominical ante el que, de cualquier forma, lo desconoce (acción declarativa de dominio). Así lo ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo español en sentencias de 21 de febrero de 1941, 22 de septiembre de 1944, 3 de junio de 1964 y en numerosos fallos posteriores³⁸.

Asimismo, en el Derecho italiano, esta acción (*azione di accertamento*) no está expresamente prevista en el Código civil, sin embargo, el propietario puede ejercerla toda vez que exista un interés concreto y actual de eliminar una situación de incertidumbre objetiva y fuente de perjuicio concreto, invocando el art. 948 de dicho cuerpo legal (disposición que consagra la acción de reivindicación)³⁹.

V. CONCLUSIÓN: INCAPACIDAD DE LA JURISPRUDENCIA PARA SOLUCIONAR ESTE ASUNTO

En las líneas precedentes se ha intentado poner de manifiesto las falencias de nuestro sistema de protección del dominio y de la posesión. Creemos que los casos y jurisprudencia descritos dejan en evidencia que el legislador no ha previsto,

³⁸ Cfr. MACÍA, “Las acciones”, cit. nota n. 19, pp. 547 y 599.

³⁹ Cfr. CELESTE, A., *La azione*, cit. nota n. 22, p. 255. A esta acción se refiere expresamente sólo el art. 2653 número 1 del Código Civil italiano, en concordancia con el art. 2643 del mismo cuerpo legal. El primero de ellos se refiere al deber de inscribir ciertas demandas en los respectivos Registros de bienes inmuebles y de bienes muebles registrales. El segundo alude a los actos que están sujetos a inscripción.

como es natural, todas las situaciones y conflictos que en materia de propiedad y de posesión podían presentarse. Algunas de estas deficiencias podrían subsanarse, por una parte, redefiniendo el concepto de posesión, haciéndolo inclusivo de la tenencia material, de manera de hacer procedente la acción reivindicatoria, expresamente, para hipótesis en que la privación alcance la tenencia material y no sólo la posesión, armonizando, en suma, este sistema de protección con las normas del Código Civil en materia de adquisición, prueba y garantía de la posesión.

Para esto, si bien, en principio, sería necesario reformar la legislación en la materia, creo que bastaría, así como ha sucedido en los países que hemos mencionado, una buena construcción jurisprudencial, capaz de relacionar las normas existentes, llenar los vacíos comentados y subsanar las contradicciones producidas.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sido tímida a la hora de asumir esta labor. Generalmente, entiende que debe hacerse valer una acción nominada y tipificada positivamente, necesitando cubrirse de un “paraguas” muy preciso para poder decidir, para poder deducir de él la normativa aplicable al caso que conoce.

A este aspecto ha deseado contribuir este trabajo. He dejado fuera el análisis de una acción restitutoria general de condena, sobre el cual la doctrina ha presentado hasta el momento algunas posiciones, y he preferido referirme a la hipótesis declarativa de certeza –menos comentada en nuestro medio– que, si bien está sujeta a un juicio de lato conocimiento, puede preparar el camino hacia esa acción general restitutoria en cuanto colabora en disipar la duda acerca de la titularidad del derecho que se discute y/o desconoce.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Manual de Derecho civil*, Tomo III, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1974.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, Volumen II, Los Bienes y los Derechos Reales, Editorial Nascimento, Santiago, 1974.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLIČKA, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales. Bienes*, Tomo II, 6º Edición, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36, núm. 3, 2009.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, “Derechos Reales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2004.
- _____, “Derechos Reales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2005.

- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno*, Tomo IV, De los Bienes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, "Comentarios de Jurisprudencia", *Revista Chilena de Derecho Privado* núm. 4, 2005.
- CABRERA HERNÁNDEZ, Juan Manuel, "Reivindicación y deslinde: sus diferencias", *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre, 1962.
- CELESTE, Alberto, *Le azioni a difesa della proprietà*, Giuffrè, Milano, 2010.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, Tomo IX, De los Bienes, Santiago, Imprenta Nascimento, 1935.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Tecnos, Madrid, 2005.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "Lo que la jurisprudencia se llevó", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 189, año LIX, enero-junio, 1991.
- FERNÁNDEZ OTERO, José, "La acción reivindicatoria", *Protección del Derecho de Propiedad*, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 9, 1994.
- LACRUZ BERDEJO, José, *Elementos de Derecho Civil*, III-1, Dykinson, Madrid, 2003.
- MACÍA MORILLO, ANDREA, "Las acciones de protección del dominio", en HUMERO MARTÍN, A. (Coord.), *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, Vol. 3, Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- MARTÍN-BALLESTERO, Luis, *La acción negatoria*, Madrid, Tecnos, 1993.
- MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, "La acción negatoria", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, núm. 12, diciembre 2004, pp. 129-135.
- _____, *Dos acciones de dominio*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2001.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 1, Madrid, Edersa, 1990.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los Bienes*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2007.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2007.
- ROZAS VIAL, Fernando, *Los Bienes*, LegalPublishing, Santiago, 2007.
- SALAH ABUSLEME, María, "El D.L. 2695, naturaleza jurídica y funciones", en VV.AA., *Estudios de Derecho Civil, VIII Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué*, Editorial LegalPublishing, Santiago de Chile, 2010.

SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1982.

VERGARA BEZANILLA, José, "Reivindicación contra el poseedor a nombre ajeno o injusto detentador", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 86, núm. 2, 1989.

