

DE LOS BIENES Y DE SU DOMINIO, POSESIÓN, USO Y GOCE

Jaime Alcalde Silva

Profesor asistente Derecho Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL EN UN DETERMINADO INMUEBLE ES SUFICIENTE PARA DAR POR ESTABLECIDA LA POSESIÓN. LA REIVINDICACIÓN PROCEDE TAMBIÉN CONTRA EL POSEEDOR MATERIAL, SIN QUE IMPORTE LA CARENCIA DE CUALQUIER INSCRIPCIÓN A SU RESPECTO. LOS BIENES RESERVADOS REVISTEN EL CARÁCTER DE PROPIOS DE LA MUJER. LA RENUNCIA A LOS GANANCIALES TIENE CABIDA INCLUSO CUANDO LA MUJER HA DECLARADO CUÁL ES LA COMPOSICIÓN DE LA COMUNIDAD FORMADA TRAS LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. CORTE SUPREMA, SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2017 (ROL N° 11.681-2017; CL/JUR/5819/2017)*.

I. LA CUESTIÓN DEBATIDA

El 30 de abril de 1976, Ema Rosa Vergara Sanhueza y Héctor Fernando Ramos Zavala contrajeron matrimonio civil en la ciudad de Temuco, quedando sus relaciones patrimoniales regidas por la disciplina de la sociedad conyugal. De esa unión nacieron dos hijos.

El 1 de julio de 1986, Ema Vergara Sanhueza adquirió del SERVIU de la Región de la Araucanía (entonces IX Región), mediante subsidio habitacional, el bien raíz situado en la calle Reloncaví 421, que corresponde al sitio A/33, manzana A, del plano de loteo de la población Reloncaví, Coilaco, comuna de Temuco, el cual quedó inscrito a su nombre a fojas 2780, núm. 4191 del Registro de Propiedad correspondiente a ese año y a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Temuco. En la escritura se dejó constancia que, conforme al art. 69 DS 355/1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la mujer casada compradora se presumía de derecho separada de bienes para la celebración del contrato de compraventa y la constitución de la hipoteca que garantizaba el pago del saldo de precio. En la parte frontal del primer piso de dicho inmueble, Héctor Ramos Zavala instaló el establecimiento “Santa Ángela” destinado al giro de almacén, botillería y paquetería, quedando el resto de la casa y la ampliación que se construyó para fines habitacionales.

* Este comentario hace parte del proyecto FONDECYT de iniciación N° 11160615, del cual el autor es investigador responsable.

Debido a los malos tratos que posteriormente acusó recibir de su marido, Ema Vergara Sanhueza decidió dejar el hogar común y se mudó donde una de sus hermanas. Por su parte, con el tiempo los hijos también dejaron la casa para emprender sus propios proyectos de vida.

En 2011, Héctor Ramos Zavala compareció ante el Juzgado de Familia de Temuco y demandó unilateralmente el divorcio por cese de convivencia en razón de haber transcurrido el plazo de tres años exigido por el art. 55 de la LMC. Ema Vergara Sanhueza se allanó a la demanda, corroborando la efectividad de todos los hechos expresados en ella. A su vez, demandó reconvenzionalmente el pago de una compensación económica por la suma de 20.000.000 CLP o, en subsidio, el 50% de los fondos previsionales del demandado o, bien, la cantidad que el tribunal estimase conforme al mérito del proceso. Fundaba esta demanda reconvenzional en el hecho de haberse dedicado al cuidado de los dos hijos nacidos del matrimonio con el demandante y a las labores propias del hogar común.

El demandante principal solicitó el rechazó de la reconversión en todas sus partes, pues señaló que no contaba con la capacidad patrimonial suficiente para pagar la suma pretendida por concepto de compensación económica. Sin embargo, expresó que estaba dispuesto a pagar la suma de 15.000.000 CLP, dividida en cuotas mensuales de 150.000 CLP, además de ofrecer el 50% de sus fondos provisionales. Con todo, solicitó que de la propiedad que habitaba y que estaba inscrita a nombre de la demandante le fueran cedidas las acciones y derechos que a ella le corresponderían en la liquidación de la sociedad conyugal, de suerte de convertirse en único propietario.

Por sentencia de 17 de octubre de 2011 dictada en los autos RIT C-2089-2011, el Juzgado de Familia de Temuco declaró el divorcio del matrimonio que unía a Ema Vergara Sanhueza con Héctor Ramos Zavala, condenando a este último al pago de una compensación económica de 5.000.000 CLP, la que fue debidamente enterada por este a satisfacción de la demandante reconvenzional en cuotas mensuales de 150.000 CLP a partir del mes de noviembre de 2011. Asimismo, la sentencia aprobó “en todo lo que no fuere contrario a derecho” un acuerdo de relaciones mutuas entre los desde entonces excónyuges, donde las partes declararon que existía un bien inmueble que conformaba la sociedad conyugal disuelta y que procederían a la liquidación de ella en su oportunidad¹.

Después de la aprobación judicial del acuerdo completo y suficiente, el 18 de mayo de 2012 Ema Vergara Sanhueza concurrió a la notaría pública de

¹ El acuerdo completo y suficiente de 17 de octubre de 2011 dice en realidad: “En cuanto al régimen de bienes, las partes declaran que existe un bien mueble, sin embargo procederán a su liquidación, en su oportunidad” (sic). El error de referencia relativo a que la sociedad conyugal estaba integrada por un bien inmueble (aquel reclamado en el juicio reivindicatorio) fue salvado por la resolución de 21 de noviembre de 2015, previa certificación del día 11 de ese mes de la encargada de actas de la sala N° 2 del Juzgado de Familia de Temuco. El error se observa en el considerando 6° de la SCA Temuco de 8 de febrero de 2017, pero no en el considerando 4° de la SCS de 5 de septiembre de 2017.

Temuco de Juan Humberto Loyola y, dando cuenta que la sociedad conyugal que tenía con su exmarido se había disuelto merced al divorcio declarado por sentencia de 17 de octubre de 2011, renunció a los gananciales por convenir a sus intereses. Dicha renuncia se subinscribió al margen de la inscripción del inmueble antes referido con fecha 30 de junio de 2014.

El 14 de noviembre de 2012 y ante el 1^{er} Juzgado Civil de Temuco compareció Ema Vergara Sanhueza para ejercer en juicio ordinario una acción reivindicatoria contra Héctor Ramos Zavala, a fin de que este último fuese condenado a restituir el inmueble situado en calle Reloncaví núm. 421, comuna de Temuco, además de indemnizar los deterioros causados desde que se le requiriese dicha restitución y de reembolsar los frutos naturales y civiles, incluidos los que hubiese podido percibir con mediana diligencia si la demandante hubiese tenido la cosa en su poder. Este juicio avanzó hasta el estado de resolver la excepción dilatoria de incompetencia del tribunal opuesta por el demandado (art. 303 N° 1° del *CPC*), la cual se fundaba en que las partes habían declarado existir entre ellas una comunidad surgida como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal y que estaba integraba por el mismo bien raíz que la demandante pretendía ahora reivindicar. Siendo así, un juzgado civil resultaba incompetente para conocer del asunto por tratarse de una materia sometida a arbitraje forzoso (art. 227 N° 1° del *COT*). Debido a la falta de prosecución del juicio por parte de la demandante, el tribunal declaró el abandono del procedimiento por sentencia de 29 de marzo de 2014, la cual no fue objeto de recursos.

El 3 de julio de 2014, vale decir, tres días después de que el Conservador de Bienes Raíces de Temuco hubiese tomado nota marginal de la renuncia de los gananciales hecha por Ema Vergara Sanhueza, esta volvió a presentar la demanda de reivindicación contra su exmarido ante el 1^{er} Juzgado Civil de Temuco. Fundaba esta demanda en los mismos hechos y fundamentos de Derecho que la anteriormente presentada en ese mismo tribunal. Su argumento se basaba en que era propietaria del inmueble actualmente ocupado por el demandante, por haberlo adquirido a través de una compraventa del SERVIU de la Región de la Araucanía y figurar a su nombre la respectiva inscripción conservatoria. Argüía que esa adquisición, merced a la presunción de derecho del art. 69 del DS 355/1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que reproducía la escritura pública de compraventa, había significado que el bien formaba parte de su patrimonio reservado, disponiendo ella de todos los derechos que el art. 150 del *CC* confiere a la mujer respecto de esta clase de bienes. Puesto que la sentencia de divorcio supuso la disolución de la sociedad conyugal (arts. 1764 N° 1° y 53 de la *LMC*), el destino final de dicho inmueble quedó entregado a su derecho a renunciar a los gananciales, el cual ejerció por escritura pública y de ella se tomó nota al margen de la inscripción conservatoria. De esta forma, dicho bien raíz se radicó de manera definitiva en su patrimonio personal, careciendo el demandado de cualquier derecho a

su respecto. Sin embargo, este último se había negado a restituirlo pese a sus innumerables solicitudes.

El demandado opuso a la demanda la excepción dilatoria de litispendencia (art. 303 N° 3° del *CPC*), la que fue finalmente rechazada por el tribunal, y se evacuó en su rebeldía el trámite de contestación de la demanda. Buscando subsanar esa falta de defensa, durante el término probatorio opuso la excepción de incompetencia del tribunal por vía de declinatoria (arts. 83 II y 111 del *CPC*), que venía fundada en que un tribunal civil era incompetente para decidir la suerte de un bien que formaba parte de la comunidad surgida tras la disolución de una sociedad conyugal, puesto que esa materia es de arbitraje forzoso de acuerdo con el art. 227 N° 1° del *COT*. Este incidente fue rechazado por el tribunal.

Por sentencia de 1 de marzo de 2016, el 1^{er} Juzgado Civil de Temuco acogió la demanda con costas, condenando al demandado a restituir el inmueble reclamado en el plazo de treinta días desde que la sentencia quedase ejecutoriada, bajo apercibimiento de lanzamiento, y los frutos naturales y civiles, tanto los percibidos como aquellos que hubiese podido percibir la demandante si hubiese tenido el bien raíz en su poder, a contar del día en que se tuvo por evacuada en rebeldía la contestación de la demanda.

La sentencia señala que, de acuerdo con el art. 889 del *CC*, el demandante debe acreditar tres elementos para que pueda acogerse la acción reivindicatoria que ejerce, como son:

- i) que se trate de una cosa singular susceptible de reivindicarse,
- ii) que el demandante sea dueño de ella y
- iii) que, a su vez, esté privado de su posesión (cons. 2°). Dando por establecido que la acción se ejerce respecto de un bien raíz suficientemente individualizado (cons. 3°), el tribunal pasa a ocuparse de los otros dos elementos.

La sentencia estimó que la demandante era dueña del inmueble que reivindicaba por haber ingresado este a su patrimonio reservado al haber sido comprado con subsidio habitacional y, por tanto, regir a su respecto la presunción de derecho del art. 69 del DS 355/1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, según la cual la mujer casada compradora se considera separada de bienes para la celebración del contrato de compraventa y la constitución de la hipoteca, rigiendo a su favor todos los derechos que establece el art. 150 del *CC* (cons. 5° y 6°).

Para fijar la suerte final de ese bien, el tribunal consideró que era importante la determinación de la renuncia de los gananciales por parte de la mujer, pues ella trae consigo que haya una comunidad entre los cónyuges que debe liquidarse o, por el contrario, que no exista confusión de patrimonios y la mujer sea titular exclusiva de esos bienes reservados (cons. 8°). Teniendo presente la escritura pública de renuncia hecha por la demandante (cons. 9°), el fallo da por establecido que efectivamente ella renunció a los gananciales

generados producto de la disolución de la sociedad conyugal que existía con el demandado, de suerte que desde ese momento era “dueña exclusiva del inmueble individualizado y que pretende reivindicar, siendo improcedente la liquidación y partición de bienes” (cons. 10°). Por consiguiente, el tribunal tiene por acreditado el segundo presupuesto de la acción reivindicatoria ejercida, esto es, ser la demandante dueña del inmueble que pretendía (cons. 11°).

El hecho de que la demandante estaba privada de la posesión del inmueble se da por establecido a partir de la declaración de dos testigos contestes en los hechos y en sus circunstancias esenciales (art. 384 N° 2° del *CPC*) y de la prueba documental relativa al juicio de divorcio seguido entre las partes ante el Juzgado de Familia de Temuco (art. 1700 del *CC*), las cuales mostraban que aquel tenía un establecimiento comercial en dicho bien raíz y que decía habitar en él (cons. 12° y 13°). Tales antecedentes son suficientes para que el tribunal sostenga que “el demandado efectivamente se encuentra en actual posesión del inmueble, siendo privada de dicho bien doña Ema Vergara Sanhueza” (cons. 13°).

Contra la sentencia de primer grado, el demandado dedujo recurso de casación en la forma y apelación para ante la Corte de Apelaciones de Temuco, oponiendo, además, la excepción de cosa juzgada en segunda instancia. Fundaba el primero de esos recursos en que el tribunal de primera instancia era absolutamente incompetente para conocer del asunto que había fallado (art. 768 N° 1° del *CPC*), puesto que el bien reclamado formaba parte de una sociedad conyugal disuelta que debía liquidarse mediante arbitraje forzoso (art. 227 N° 1° del *COT*), como por lo demás lo habían expresado las partes en el acuerdo completo y suficiente aprobado por el Juzgado de Familia de Temuco cuando declaró el divorcio entre ellas. En la apelación, el demandado pedía que se rechazase en todas sus partes la demanda, por tratarse de un bien que no era de propiedad exclusiva de la demandante, sino perteneciente a la comunidad de bienes formada al disolverse la sociedad conyugal existente entre ambos. En fin, la excepción de cosa juzgada opuesta en segunda instancia (art. 310 del *CPC*) se fundaba en el hecho de que el mentado acuerdo completo y suficiente había sido aprobado por el tribunal y este le había conferido el carácter de sentencia definitiva ejecutoriada, surgiendo para las partes la acción y excepción de cosa juzgada (art. 175 del *CPC*).

Por sentencia de 8 de febrero de 2017, la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó tanto el recurso de casación en la forma como la apelación y la excepción de cosa juzgada.

El argumento para rechazar el recurso de casación en la forma fue puramente procesal y tiene que ver con la falta de preparación del recurso por parte del recurrente (art. 769 del *CPC*). La Corte constató que, si bien el demandado opuso la excepción de incompetencia por vía de declinatoria en primera instancia, ella no fue alegada sino después de que se había recibido la causa a prueba y prácticamente cuando ya habían finalizado los trámites de esta,

sin que de esa incompetencia se hubiese reclamado como excepción dilatoria conforme al art. 303 N° 1° del *CPC* (cons. 2°). A mayor abundamiento, la Corte estimó que la renuncia a los gananciales efectuada por la demandante había producido el efecto de convertirla en dueña exclusiva del inmueble reclamado, siendo improcedente la liquidación de la comunidad de bienes cuya existencia refería el recurrente (cons. 3°).

En cuanto a la apelación, la sentencia de alzada reproduce la de primer grado con algunas correcciones y agrega ciertas consideraciones adicionales. Señala la Corte que la declaración hecha por el Juzgado de Familia de Temuco respecto de la aprobación del acuerdo completo y suficiente presentado por los cónyuges en el marco del juicio de divorcio no puede entenderse como un obstáculo al derecho de la mujer a renunciar a los gananciales mientras no hubiese entrado en su poder ninguna parte del haber social por ese título (art. 1782 del *CC*), el cual trae como consecuencia que sus bienes propios queden excluidos de la partición de la comunidad formada tras la disolución de la sociedad conyugal (cons. 6°).

De esta manera, la declaración hecha por los cónyuges en el sentido de que la sociedad conyugal estaba integrada por un bien inmueble y que se procedería a su liquidación con posterioridad debe entenderse hecha bajo la condición de que la mujer no renunciase a los gananciales (cons. 7°). Siendo así, y habiéndose hecho la renuncia tempestivamente en los términos del art. 1782 del *CC* (cons 9° y 10°), la demandante se convirtió en dueña exclusiva del inmueble que reivindicaba (cons. 8°). Por idénticos argumentos, el fallo estimó que debía rechazarse la excepción de cosa juzgada opuesta en segunda instancia.

El demandado dedujo entonces recurso de casación en la forma y en fondo en contra de la sentencia de segundo grado, solicitando su invalidación por parte de la Corte Suprema y la dictación de la correspondiente sentencia de reemplazo. Fundaba el primero de esos recursos en el hecho de que la sentencia de segundo grado había sido dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 768 N° 6° del *CPC*), vicio que se configuraba al existir un avenimiento aprobado por el Juzgado de Familia de Temuco donde las partes declaraban que existía un inmueble en común y que procederían a su liquidación con posterioridad. En lo que atañe al recurso de casación en el fondo, el recurrente arguía la infracción de los arts. 150, 889, 893, 895 y 1782 del *CC*, pues los jueces del fondo atribuyeron a la renuncia de los gananciales hecha por la demandante un efecto que no podía tener, como era el de convertirla en dueña exclusiva del inmueble inscrito a su nombre, puesto que con anterioridad se había declarado que aquel formaba parte del haber social y que era necesario proceder a su liquidación.

Por sentencia de 5 de septiembre de 2017, la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de casación en la forma y rechazó el de fondo por manifiesta falta de fundamento.

La inadmisibilidad del recurso de casación en la forma se fundaba en el hecho de que para que exista la excepción de cosa juzgada debe darse entre

la nueva pretensión y aquella resuelta con anterioridad la triple identidad que exige el art. 177 del *CPC*, lo que no se apreciaba en la especie dado que la eventual contradicción denunciada por el recurrente solo se produce con una declaración efectuada por un tribunal en el marco de la antesala de un juicio de divorcio, sin que ella haya establecido ningún derecho a favor del marido (cons. 3°).

Por su parte, la casación en el fondo fue rechazada por carecer de una fundamentación plausible. Para la Corte Suprema, la declaración hecha por el tribunal de familia durante el juicio de divorcio no envolvía un acuerdo definitivo acerca del régimen patrimonial del matrimonio, ni integró en tal condición el convenio regulador aprobado por el juez, de suerte que la renuncia a los gananciales efectuada posteriormente por la demandante tuvo como consecuencia que la propiedad del bien raíz que se reivindicaba se haya consolidado en su patrimonio. Esto significó que dicho inmueble no ingresó jamás al haber absoluto de la sociedad conyugal ni a la comunidad resultante después de su disolución, careciendo el demandado de cualquier derecho a su respecto (cons. 6°). Por consiguiente, la Corte estimó que dicho recurso adolecía de manifiesta falta de fundamento y no podía prosperar (cons. 7°).

I. COMENTARIO

Llama la atención que durante toda la discusión del juicio no haya existido ninguna mención sobre el carácter de poseedor que se atribuía al demandado. Sabido es que la acción reivindicatoria es aquella que corresponde al dueño de una cosa singular de la que no está en posesión para que el actual poseedor de ella sea condenado a restituírsela (art. 889 del *CC*). De esta manera, la controversia sobre la titularidad dominical de la cosa exige la presencia del dueño y de quien, sin serlo, se conduce respecto de la cosa como si lo fuera (arts. 893 y 895 del *CC*).

Toda la discusión del juicio que aquí se comenta versó sobre si la demandante era efectivamente dueña del inmueble, siendo la conclusión favorable en razón de las normas sobre el patrimonio reservado de la mujer casada y de que hubo renuncia expresa a los gananciales después de disuelta la sociedad conyugal que existía entre ella y el demandado. Por el contrario, la acreditación de que el demandado era en realidad poseedor del inmueble quedó zanjada merced al testimonio de dos testigos y la documentación proveniente del juicio de divorcio existente entre las partes, sin que el tribunal de primera instancia se preguntase si realmente se podía considerar al demandado como poseedor de un bien raíz sobre el cual no existía ninguna inscripción conservatoria a su nombre. Más sorprende que el demandado no haya construido su defensa sobre este punto, objetando su falta de legitimación pasiva en el juicio promovido por su excónyuge, limitándose a señalar el carácter de común que tenía el bien raíz reivindicado. Si esta materia hubiese sido parte de la discusión, habría

resultado menos extraño que el asunto se hubiese fallado como se hizo, puesto que en rigor la acción reivindicatoria no tiene (o no debería tener) cabida en supuestos de posesión material o mera tenencia por coherencia sistemática, pues para esos efectos existen otras acciones a favor del dueño².

Para analizar el caso en su debido contexto, cumple abordar aquel elemento sobre el que versó toda la discusión del juicio (2) y aquel otro que pasó del todo desapercibido sin más referencia que una constatación meramente fáctica al valorar la prueba rendida (3), comenzando por recordar cuál es la función típica de la acción reivindicatoria en el Derecho chileno (1). El comentario podría extenderse, asimismo, a otras cuestiones que la resolución del caso toca de algún modo, como el alcance de la cosa juzgada o la instrumentalización de un proceso, pero ellas desvían la línea argumental por otros caminos que ahora no cabe emprender. De momento, basta con situar este comentario dentro del campo de la acción reivindicatoria y sus presupuestos de ejercicio.

1. La función de la acción reivindicatoria

Que la acción de dominio sea el medio natural de proteger judicialmente dicho derecho es una cuestión evidente (art. 577 del *CC*). El problema estriba en que el art. 889 del *CC* equipara esta acción con la reivindicación, de suerte que la protección directa de dicho derecho quedaría reducida o se lograría solo merced a ella. Siendo así, el dueño viene protegido solo cuando pretende la restitución material de una cosa que es detentada por otro que se conduce respecto de ella como si fuese dueño (art. 895 del *CC*). De suerte que, si el demandado no es poseedor, solo puede ser emplazado a través de otras acciones y no por aquella de dominio: podrá serlo como mero tenedor para que, como medida prejudicial, informe a nombre de quien detenta (art. 896 del *CC*) o, bien, porque poseyó y obtuvo un provecho con ello (art. 898 del *CC*), o porque de mala fe se da por tal con el fin de burlar al dueño (art. 897 del *CC*). En ninguno de estos tres casos, empero, hay propiamente acción reivindicatoria, pues se trata de supuestos que solo de manera indirecta se relacionan con su contenido: o una medida prejudicial dirigida contra un tercero calificado (arts. 896 del *CC* y 282 del *CPC*), o una acción de enriquecimiento indebido similar a aquella pretensión por el *commodum ex negotiatione* (art. 898 del *CC*) o, bien, una acción resarcitoria de carácter extracontractual fundada en el daño causado por aparentar una calidad que no se tiene (art. 897 del *CC*).

Cuestión distinta es que no sea relevante que el dueño posea efectivamente al momento de la demanda, sino que lo haya hecho y que por hecho o culpa suya haya dejado de poseer (art. 900 del *CC*), pues la cosa pedida en la reivindicación es el contenido material de la propiedad en cuanto corresponde al

² Un caso similar se comenta en ALCALDE (2014), donde el cambio de cerradura de la puerta de ingreso de una casa fue suficiente para que se estimase que la ocupante era poseedora de la misma y procedía contra ella la acción reivindicatoria.

dueño y este puede consistir en la cosa misma o en su equivalente pecuniario (art. 438 del *CPC*). Como fuere, a fin de cuentas, no existe en el *Código Civil* una acción restitutoria de carácter general que permita al dueño recuperar la detentación de la cosa de que se haya privado, pues el supuesto de la reivindicación es bastante estricto³. Esto no ocurre en otros ordenamientos, donde la acción reivindicatoria se desprende de una configuración típica de estricta raigambre histórica y se expande para proceder tanto contra el poseedor como contra cualquier otro detentador, cumpliendo entonces la función propia de una (cabal) acción de dominio⁴. Es el caso, por ejemplo, del *Código Civil* francés (art. 2276 II), español (art. 348 II), alemán (§ 985), suizo (art. 641), italiano (art. 948), portugués (art. 1311), neerlandés (art. 5:2) y quebequés (art. 953).

De ahí que sea necesario encontrar acciones que permitan cerrar los contornos de la protección dominical en el Derecho chileno. La solución jurisprudencial ha sido conferir ese carácter tanto a la acción del art. 915 del *CC* como a aquella de precario del art. 2195 II del *CC*⁵, y también relajar la exigencia registral en la posesión de inmuebles⁶. Desde el punto de vista doctrinal, y fuera de la discusión habida en torno a los supuestos de hecho de cada una de esas acciones, la respuesta ha sido explicar las bases sobre las que se fundaría una acción innominada de dominio de carácter meramente declarativo⁷. Pero en verdad para resolver el problema que supone la protección dominical basta con dar sentido y encajar correctamente las dos acciones recién mencionadas a fin de cerrar el sistema de tutela de la propiedad pensado para el *Código Civil*, protegiendo así al dueño, sin forzar el alcance que tiene la acción reivindicatoria dentro del particular sistema de posesión inscrita por el que optó dicho *Código*. En otras palabras, no se trata de hacer como si el problema ocasionado por la posesión inscrita no existiese, sino de buscar solucionarlo con los propios mecanismos que proporciona el ordenamiento.

2. La propiedad de los bienes que integran el patrimonio reservado de la mujer casada

Una de las características del Derecho de Familia en el sistema original del *Código Civil* era una administración concentrada y unitaria del marido en la sociedad conyugal, la cual comportaba el único régimen de bienes reconocido⁸. De esta manera, como consecuencia del matrimonio, quedaban fijadas las funciones que el *Código* preveía para ambos cónyuges: el marido debía protección a la mujer y esta obediencia al marido (art. 131 II del *CC*). Además,

³ PEÑAILLO (2006), p. 535.

⁴ Véase PEÑAILLO (2013), pp. 47-55.

⁵ Véase DOMÍNGUEZ (2005), pp. 341-348.

⁶ Véase *infra*, II, 3.

⁷ Sobre esta acción: PEÑAILLO (2006) pp. 535-537 y, en especial, LATHROP (2011).

⁸ RIOSECO (1956), pp. 541-542.

la denominada “potestad marital” le otorgaba al primero amplias facultades sobre la persona y bienes de la mujer (art. 132 del *CC*), que pasaba a ser en adelante incapaz relativa (art. 1447 III del *CC*), mientras que el único régimen de bienes reconocido era la sociedad conyugal (art. 135 del *CC*), donde la administración de los distintos haberes residía de forma exclusiva y casi sin contrapesos en el marido, considerado el jefe de la misma, que estaba relevado de la obligación de rendir cuenta de su gestión (art. 1749 del *CC*)⁹.

Dicho régimen seguía de cerca la legislación castellana precedente y sus comentaristas (especialmente Juan de Matienzo y Eugenio Tapia), y entrañaba una unión de patrimonios originada como consecuencia del matrimonio (arts. 135, 1718 y 1725 del *CC*)¹⁰. Por excepción, el sistema original del *Código Civil* admitía una separación parcial de bienes (arts. 166 y 167) y otra judicial y excepcionalmente decretada (art. 155), para cuya solicitud la mujer debía ser autorizada por un curador especial (art. 154).

Propiamente, esta sociedad de bienes formada por el hecho del matrimonio comporta una comunidad restringida de ganancias (art. 1725 N° 1°, 2° y 5° del *CC*), porque los bienes muebles que los cónyuges aporten o adquieran a título gratuito durante el matrimonio ingresan al haber social con derecho a recompensa (art. 1725 N° 3° y 4° del *CC*), vale decir, confieren un crédito al aportante que se hará efectivo al momento de liquidarse la sociedad conyugal (art. 1770 del *CC*)¹¹. Por su parte, pertenecen privativamente a cada uno de los cónyuges los inmuebles aportados al matrimonio (art. 1725 N° 4° y 1736 del *CC*) y los adquiridos durante su vigencia a título gratuito (arts. 1726 y 1732 del *CC*).

Aunque en sus rasgos esenciales la sociedad conyugal se mantiene en la actualidad, junto a ella se ha reconocido la posibilidad de convenir, sea previamente, en el acto del matrimonio o con posterioridad, un régimen de separación total de bienes (DL 328/1925 y leyes N° 5521, N° 7612 y N° 10.271) o de participación en los gananciales (ley N° 19.585). De igual forma, se han previsto otras instituciones de protección patrimonial de la mujer, como la figura de los bienes reservados que ella ha adquirido con el ejercicio de una profesión, empleo o industria separados al de su marido (DL 328/1925 y ley N° 5521), donde este carece de cualquier injerencia en su administración, o aquella de los bienes familiares (ley N° 19.585), que limita los actos de disposición o de cesión de uso sobre los bienes que revisten ese carácter con independencia del régimen de bienes que exista entre los cónyuges (arts. 142 y 146 del *CC*).

Para efectos de este comentario, interesa referir el sentido y alcance que tienen las reglas sobre patrimonio reservado de la mujer casada merced al art. 150 del *CC*. Cumple recordar que, respecto de la mujer casada en sociedad conyugal que adquiere una vivienda del SERVIU, el art. 69 del DS 355/1976,

⁹ En ALCALDE (2017) y (2016b) se ha abordado la caracterización de la sociedad conyugal desde el punto de vista patrimonial, como título de mera tenencia.

¹⁰ Véase DOUGNAC (1975) y (1982), y CARVAJAL (2016).

¹¹ RAMOS (2005), p. 138.

del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización, establece una presunción de derecho que remite a esa norma:

“La mujer casada que adquiera del SERVIU una vivienda, sitio o local, o que los hipoteque o grave en favor del mismo, se presumirá de derecho separada de bienes para la celebración del contrato correspondiente y regirán, respecto de ella, todos los derechos que se establecen en el artículo 150 del Código Civil para la mujer casada que ejerce un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido”¹².

Por lo pronto, cabe descartar la posibilidad de controvertir en el caso que se comenta la presunción de derecho del art. 69 del DS 355/1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Esta norma opera una equiparación formal o remisión, que consiste en que, con el fin de evitar repeticiones inútiles, la ley asimila a efectos jurídicos un supuesto de hecho a otro distinto¹³. En este caso, el legislador equipara el ejercicio de una profesión, oficio o industria separado de su marido por parte de la mujer casada en sociedad conyugal (art. 150 del *CC*) con el hecho de adquirir, hipotecar o gravar un inmueble del SERVIU una mujer casada en ese mismo régimen (art. 69 del DS 355/1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo). La técnica para lograr esa equiparación es aquella de la presunción de derecho, la cual trae consigo que la disciplina aplicable (el patrimonio reservado del art. 150 del *CC*) se hace depender de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas (la adquisición, la hipoteca o el gravamen respecto del SERVIU), siendo inadmisibles la prueba en contrario, supuestos dichos antecedentes o circunstancias (art. 47 IV del *CC*).

El empleo de una presunción de derecho involucra el deseo de regular la cuestión sustantiva involucrada, de suerte que la cuestión excede el mero ámbito de distribución de las cargas probatorias¹⁴. Esto significa que al legislador no le interesa el origen de los recursos con los cuales la mujer ha adquirido la vivienda del SERVIU: basta que medie tal adquisición y que ella esté casada en sociedad conyugal (pues de lo contrario sería innecesaria la remisión al art. 150 del *CC*) para que se establezca la presunción de derecho de que existe a su respecto una separación de bienes de carácter legal y parcial¹⁵. De ahí que, en realidad, más que ante una presunción de derecho el art. 69 del DS 355/1976 contenga una ficción, vale decir, un artificio jurídico que permite otorgar efectos

¹² La misma presunción existe en el art. 41 II de la ley N° 18.196, donde se agrega, además, el contrato de mutuo que celebre la mujer. El antecedente inmediato del art. 69 del DS 355/1976 es el art. 11 de la ley N° 16.932, que establece igual presunción de derecho respecto de la compra, hipoteca o gravamen que se hiciese respecto de la CORVI.

¹³ HERVADA (2007), p. 110.

¹⁴ TARUFFO (2008), p. 152.

¹⁵ ALESSANDRI (1935), p. 621.

jurídicos a una situación o relación inexistente, como si se hubiese producido¹⁶. Esto se debe a que en dicha norma no importan los antecedentes (que la mujer obtenga efectivamente recursos económicos de una fuente lucrativa diversa a la de su marido), sino solo la consecuencia (que ella se reputa separada de bienes y goza de los beneficios del art. 150 del *CC*)¹⁷.

Como fuere, el hecho de que las presunciones de derecho no admitan prueba en contrario no significa que ellas no puedan controvertirse de alguna forma. Lo que la ley impide es que aquella circunstancia establecida por deducción no pueda ser desvirtuada mediante la aportación de una prueba que la contradiga, sin que deban aceptarse indubitadamente los antecedentes de ese razonamiento. Esto significa, por ejemplo, que establecido el día cierto del nacimiento no se puede discutir que la concepción ha ocurrido en el periodo comprendido entre los ciento ochenta y trescientos días anteriores (art. 76 del *CC*); pero nada impide que se rinda prueba para demostrar que el nacimiento ocurrió en realidad en una fecha diversa (art. 308 del *CC*). En la especie, desvirtuar los antecedentes de la presunción del art. 69 del DS 355/1976 supondría contradecir el hecho de que la demandante efectivamente compró el inmueble reivindicado del SERVIU, lo cual resulta imposible por encontrarse saneada la nulidad (arts. 1683 y 1684 del *CC*) y haber operado en cualquier caso a su favor la prescripción adquisitiva extraordinaria (art. 2510 del *CC*).

Pues bien, descartado que aquí pueda controvertirse la presunción de derecho del art. 69 del DS 355/1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, cumple ocuparse de la disciplina concreta que da el art. 150 del *CC* respecto de los bienes que la mujer casada en sociedad conyugal adquiere con un trabajo ejercido con independencia de su marido. El origen de esta norma se encuentra en la legislación protectora surgida a comienzos del siglo XX como reacción a la creciente “cuestión social”, pues la mujer comenzaba a incorporarse al mundo del trabajo y era necesario morigerar la aplicación de la redacción original del art. 150 del *CC*¹⁸.

La primera normativa de protección dictada a favor de la mujer casada fue la ley N° 1969, de 18 de julio de 1907, que contiene el antecedente (aunque ahí todavía sin el empleo de la técnica de la presunción de derecho) del art. 69

¹⁶ MUÑOZ (2016), p. 833.

¹⁷ A propósito del art. 8° del *CC*, CORRAL (1987), pp. 197-201, puntualiza que hay ficción tanto cuando la ley tiene por verdadero lo que ciertamente es falso como en aquellos casos en que la situación supuesta puede ser verdad, aunque ello no sea lo más probable. En la ficción, por tanto, el elemento caracterizador es la indiferencia del legislador respecto al hecho de que la situación sea o no cierta: ella no interesa, pues lo relevante es el establecimiento de la consecuencia, por ejemplo, que la ley es conocida por todos.

¹⁸ La redacción original del art. 150 del *CC* era la siguiente: “Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria cualquiera, (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetrix, posadera, nodriza), se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes a su profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratarse con la mujer”.

del DS 355/1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Esa ley estableció que las mujeres casadas se consideraban libres administradoras de sus bienes en lo referente a sus imposiciones en las cajas de ahorros y para la adquisición y goce de casas construidas por el Consejo Superior de Habitaciones creado por la ley N° 1838, de 20 de febrero de 1906 (art. 4°).

Pero esta ley no se ocupaba de la suerte de los bienes adquiridos por la mujer con su trabajo, sino que aludía de manera general a cualquier mujer que tuviese recursos propios, sin importar cuál fuese el origen de aquellos que depositaba en una caja de ahorros o que invertía en la adquisición de una vivienda social¹⁹. Esta omisión fue solucionada parcialmente mediante la Ley de Contrato de Trabajo (ley N° 4053) y la Ley de Empleados Particulares (ley N° 4059), las cuales establecieron el derecho de la mujer a la libre administración de su salario obtenido por los servicios remunerados que prestaba por cuenta ajena (arts. 18 y 14 respectivamente).

Desde el punto de vista del destino de esos bienes en lo relativo al régimen patrimonial, empero, la situación no estaba resuelta. Con ese fin se presentaron dos proyectos que buscaban establecer una diferenciación en cuanto a la administración de los bienes que la mujer adquiriría con su trabajo. El primero de ellos se recogía en la moción ingresada por Luis Claro Solar (1857-1945) al Senado el 26 de agosto de 1915, donde se introducía en el art. 150 del *CC* la figura de los bienes reservados en condiciones análogas a las que preveía la ley francesa de 13 de julio de 1907 sobre libre salario de la mujer y su contribución a las cargas de la familia²⁰. El segundo proyecto fue presentado a la misma cámara en enero de 1922 por Eliodoro Yáñez Ponce de León (1860-1932) y tenía alcances más drásticos: retomando una moción de 1909, proponía la separación de bienes como el régimen patrimonial de Derecho Común²¹. Pese a los informes favorables sobre ambos proyectos, ninguno de ellos fructificó.

Tras una intensa campaña organizada por el Consejo Nacional de Mujeres, José Maza Fernández (1889-1964) y Roberto Sánchez García de la Huerta (1879-1947) presentaron a la Cámara de Diputados un proyecto que recogía un programa de reivindicaciones sobre derechos civiles de las mujeres preparado por Amanda Labarca (1886-1975)²². En su calidad de ministro de Justicia e Instrucción Pública de la segunda Junta de Gobierno constituida tras el derrocamiento de Arturo Alessandri Palma (1868-1950), José Maza consiguió la aprobación del DL 328/1925, de 12 de marzo de ese año, basado en aquel proyecto²³. Para lo que aquí interesa, este texto estableció que la mujer

¹⁹ ALESSANDRI (1935), p. 621.

²⁰ El proyecto fue publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Vol. XII (1915), pp. 1-25.

²¹ El texto de este proyecto se puede consultar en ROSSEL (1986), pp. 250-251.

²² KLIMPEL (1962), p. 57 y GIORDANO (2010), pp. 106-107.

²³ Militante del Partido Radical, Amanda Labarca se llamada en realidad Amanda Pinto Sepúlveda. Cuando su madre se enteró del romance que mantenía con el escritor Guillermo Labarca Huberston (1878-1954), la obligó romper el compromiso bajo amenaza de desheredación. En 1915 y con dieciocho años contrajo matrimonio con aquel y, tras distanciarse de su familia,

casada se consideraba separada de bienes (art. 9°) y que podía comparecer en juicio en las causas concernientes a esa administración separada (art. 12). Sin embargo, esta ley omitía cualquier referencia a la facultad general de la mujer para ejercer una profesión, industria, empleo u oficio, y no explicitaba cuál era la naturaleza de los bienes reservados, el medio de probar su existencia y su destino una vez disuelta la sociedad conyugal²⁴. Para solucionar estas omisiones se promulgó la ley N° 5521, de 19 de diciembre de 1934, cuyo proyecto fue preparado por una comisión de profesores de Derecho Civil y Comercial de la Universidad de Chile (integrada por Ruperto Bahamondes, Oscar Dávila, Arturo Alessandri, Alfredo Santa María, Guillermo Correa, Juan Esteban Montero, Gabriel Palma y Rafael Correa) y presentado a la Comisión Mixta de Senadores y Diputados nombrada en 1926 para el estudio y revisión de los decretos leyes dictados en el estado de excepción constitucional que se extendió entre el 10 de septiembre de 1924 y el 24 de diciembre de 1925²⁵. En esta ley se crea el patrimonio reservado conformado con aquellos bienes que la mujer casada obtiene con el desempeño de algún empleo o el ejercicio de una profesión, oficio o industria separados de su marido, cuya disciplina se mantiene en lo sustancial hasta el día de hoy.

La doctrina ha caracterizado este régimen que concurre en la sociedad conyugal como un patrimonio especial, con activo y pasivo propios, establecido como una forma de protección a favor de la mujer que trabaja remuneradamente y que tiene el carácter de una institución de orden público²⁶. Sin embargo, se añade que estos bienes no responden a la técnica de un patrimonio de afectación (*Zweckvermögen*)²⁷. Tal fue lo que ocurrió en Francia con la antes mencionada ley de 13 de julio de 1907 sobre libre salario de la mujer y su contribución a las cargas de la familia, donde la doctrina entendió que el patrimonio conformado por los bienes provenientes del trabajo remunerado de la mujer comportaba un patrimonio de afectación²⁸.

adoptó los apellidos de su marido. Cabe hacer presente que Guillermo Labarca, también dirigente radical, se desempeñó como Ministro del gobierno de Arturo Alessandri en las carteras de Justicia y de Instrucción Pública, habiendo sido, además, subrogante en las de Interior y de Relaciones Exteriores.

²⁴ De hecho, como refiere SOMARRIVA (1963), p. 341, tan a la ligera fue la dictación del DL 328/1925 que tuvo dos publicaciones en el *Diario Oficial*: la primera el 16 de marzo, y la segunda el 29 de abril. Esta última se hizo a pretexto de la que primera había contenido errores.

²⁵ SOMARRIVA (1955), p. 336. El trabajo de esa comisión está recogido en UNIVERSIDAD DE CHILE (1935).

²⁶ Véase, entre otros, ALESSANDRI (1935), pp. 637-641; LEPIN (2017), p. 214; MEZA (1979), p. 366; RAMOS (2005), pp. 276-277; RODRÍGUEZ (1996), pp. 195-196; ROSSEL (1986), pp. 248-249; SOMARRIVA (1963), pp. 342-343.

²⁷ FIGUEROA (2008), pp. 391-392, estima que sí existe un verdadero patrimonio, con un activo y un pasivo interrelacionados entre sí, y con una administración diferenciada.

²⁸ PLANIOL/RIPERT (1946), p. 838, señalaban el carácter de patrimonio de afectación de estos bienes provenía de tres características: (i) que ellos estaban gravados con todas las deudas domésticas de los cónyuges; (ii) que el poder conferido a la mujer se justificaba por el interés del

Esta técnica consiste en asilar determinados bienes y destinarlos a una finalidad exclusiva, sin que la existencia de una persona tenga alguna influencia²⁹. De esta manera, se busca facilitar el tráfico en la vida social y jurídica mediante un incremento del flujo de la actividad económica, centrándose más en los derechos y obligaciones que en el titular de los mismos. La razón es que con el patrimonio de afectación se garantiza el cumplimiento de obligaciones determinadas y, a la vez, se permite que nazcan acreencias que vayan más allá del patrimonio general de una persona, el cual está afecto a la garantía general (art. 2465 del *CC*).

La existencia de patrimonios de afectación responde a una necesidad práctica concreta: estos han sido creados para que cumplan las funciones de circunscribir un conjunto de bienes a un determinado destino exclusivo, de modo que queden desligados de cualquier otra finalidad distinta, y de reservar a un grupo de acreedores esos bienes, sobre los cuales puedan satisfacerse con exclusión de cualquier otro acreedor³⁰. Ella es utilizada en diversas ocasiones por el ordenamiento, como ocurre con la herencia aceptada con beneficio de inventario (art. 2147 y ss. del *CC*), la herencia yacente (art. 1240 del *CC*), la herencia dejada a una persona que está por nacer (arts. 77, 243, 343 y 356 del *CC*), los bienes constituidos en fideicomiso (art. 733 y ss. del *CC*), aquellos con que teóricamente debe contar el agente para su representación de una sociedad extranjera en el país (art. 447 y ss. del *CCom*), la masa sometida a un procedimiento concursal (arts. 130 y 163 y ss. de la ley N° 20.720), o con los bienes de terceros administrados por un fondo de inversión (ley N° 20.712). En otras ocasiones, el patrimonio de afectación se dota de personalidad jurídica, con lo cual pasa a ser un sujeto jurídico diverso, como sucede con la empresa individual de responsabilidad limitada (ley N° 19.857), sin que esta personificación sea necesaria y menos indispensable, aunque haya sido reconocida por la jurisprudencia³¹.

Para que haya patrimonio afectación, un conjunto determinado de bienes debe ser autónomo y no estar vinculado con un titular determinado, sino adscrito con exclusividad al cumplimiento de determinado fin. Esto significa que esos bienes no se relacionan con una persona, aunque procedan originalmente de ella, sino que poseen una individualidad determinada (como universalidad de derecho distinta) merced a un vínculo jurídico que el ordenamiento reconoce, afectándose así esos bienes para la consecución de un propósito concreto.

hogar común y (iii) que el marido podía revocar la administración separada que correspondía a aquella en caso de abuso. La ley de 22 de septiembre de 1942 refundió en el *Code Civil* las normas sobre bienes reservados, aprovechando la ocasión para acoger muchas de las soluciones que la práctica mostraba como necesarias.

²⁹ Véase, por ejemplo, la SCS de 17 de abril de 2017 (rol N° 97.812-2016).

³⁰ Véase FIGUEROA (2008), pp. 27-46.

³¹ SCS de 2 de febrero de 2012 (rol N° 7694-2011).

De ahí que para que se esté en presencia de un patrimonio de afectación sea menester el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- i) que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin;
- ii) que este fin sea de naturaleza jurídico-económica y
- iii) que el ordenamiento organice con fisonomía propia y autonomía todas las relaciones jurídicas, tanto activas como pasivas, en función de aquella masa independiente de bienes y obligaciones³².

Nada de esto se observa en los bienes reservados de la mujer casada de acuerdo con el art. 150 del *CC*, dado que ellos han sido instituidos en beneficio exclusivo de esta y no al servicio de la familia ni para subvenir sus cargas³³.

En lo que atañe al caso que se comenta, hay tres cuestiones que resultan relevantes respecto del patrimonio reservado de la mujer casada:

- a) cuál es la naturaleza de los bienes que integran ese patrimonio,
- b) qué límites tiene el derecho de la mujer a renunciar a los gananciales,
- c) y si existe o no posibilidad de cobrar una compensación económica conjuntamente con la renuncia a dichos gananciales.

a) El carácter de los bienes que integran el patrimonio reservado

No existe duda de que el establecimiento de los bienes reservados implica un régimen especial de administración a favor de la mujer que ejerce un empleo, oficio, profesión o industria separados de su marido. Así se sigue de la propia redacción del art. 150 del *CC*, que prescribe que mujer que trabaja por su cuenta “se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga” (inc. 2°). La pregunta es cuál es el destino patrimonial de esos bienes, dado que en la sociedad conyugal el marido administra tanto los bienes sociales como los propios de la mujer (art. 1749 del *CC*). Las soluciones ofrecidas por la doctrina son principalmente dos.

La explicación con mayor respaldo señala que el hecho de que los bienes sean administrados por la mujer no les quita el carácter de sociales, puesto que el art. 1725 N° 1° del *CC* (que no fue modificado por el DL 328/1925 ni por la ley N° 5521) señala que ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios que se devenguen durante la vigencia de dicho régimen³⁴. De esta forma, los bienes del patrimonio reservado pertenecen a la sociedad conyugal, pero tienen un régimen de administración diferenciado.

³² BUSTAMANTE (1979), pp. 87-89.

³³ ALESSANDRI (1935), pp. 637-638.

³⁴ Véase, por ejemplo, ALESSANDRI (1935), pp. 642-644; CAFFARENA (1944), p. 58; LEPIN (2017), p. 214; RAMOS (2005), p. 276; SOMARRIVA (1955), pp. 333-334; SOMARRIVA (1963), p. 343. La paradoja es que todos estos autores sostienen al mismo tiempo que los bienes reservados constituyen un patrimonio especial, que cuenta con un activo y pasivo propio.

Para otra interpretación, los bienes reservados dan origen a una separación de bienes de carácter especial y parcial³⁵. De esta manera, los bienes obtenidos por la mujer con su trabajo le pertenecen completamente, tanto en propiedad como en administración, y solo cuando ella no renuncia a los gananciales aquellos se colacionan al haber social para efectos de su liquidación. Esto significa que, aunque no constituye un patrimonio de afectación, los bienes que satisfacen los requisitos del art. 150 del *CC* conforman un patrimonio especial, distinto del marido, de la mujer y de la misma sociedad, con un activo y pasivo propios, y están sometidos a un régimen jurídico particular distinto del de la sociedad conyugal (art. 140 N° 2° del *CC*)³⁶. La razón de que esto sea así proviene de la propia formulación del art. 150 II del *CC*:

“La mujer casada, que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquiera estipulación en contrario [...]”.

De esto se sigue que la técnica utilizada por la ley N° 5521 para proteger a la mujer trabajadora fue el empleo de una ficción (como también ocurre en realidad en el art. 69 del DS 355/1976), la que consiste en considerarla separada parcialmente de bienes por el solo ministerio de la ley, pese a que en los hechos está casada en sociedad conyugal³⁷. Con ese expediente, la regla remite al art. 159 del *CC* sobre el efecto que trae consigo el régimen de separación de bienes: merced a este, los cónyuges administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante este, a cualquier título, siendo cada uno propietario de lo suyo. La técnica empleada por el *Código* tras la reforma de la ley N° 5521 consiste establecer dos excepciones o modificaciones (art. 140 del *CC*) a las reglas relativas al régimen común de bienes del matrimonio (art. 135 del *CC*), una de las cuales (art. 150 del *CC*) se dota de contenido merced a una equiparación formal (“la mujer casada [...] se considerará separada de bienes respecto [...]” de determinados bienes) con el efecto que produce entre los cónyuges la separación de bienes (art. 159 del *CC*)³⁸. Por cierto, este efecto se aplica respecto

³⁵ Véase, entre otros, FIGUEROA (2008), pp. 397-398; MEZA (1979), p. 366; ROSSEL (1986), p. 249; TRONCOSO (2014), p. 200. Por su parte, RODRÍGUEZ (1996), p. 195, señala que se trata de bienes de naturaleza social, pero que “se presumen pertenecerle exclusivamente a la mujer durante la sociedad conyugal, dando lugar a una separación parcial de bienes durante su vigencia”.

³⁶ De ahí que RODRÍGUEZ (1996), p. 191, hable de “régimenes anexos a la sociedad conyugal”, pues se trata de situaciones de separación parcial de bienes que giran en función de dicho régimen primario y hacen excepción a sus reglas.

³⁷ La presunción de derecho y la ficción acaban siendo casi idénticas en sus consecuencias. Véase LUNA (2013), pp. 101-107.

³⁸ En sentido similar, ALESSANDRI (1935), p. 638, señala: “los bienes reservados no generan una separación análoga a la judicial o a la convencional total”, pues presentan algunas particularidades

del art. 150 del *CC* con las propias condiciones que este impone. De ahí que la propiedad y administración solo cedan en beneficio de la mujer que ejerce un trabajo, profesión, oficio o industria separados de su marido, mientras que los otros bienes se rigen por la disciplina de la sociedad conyugal, de suerte que serán sociales (arts. 1725, 1730, 1731, 1736 IV y 1738 II del *CC*) o propios (arts. 1725 N° 4° y 1736 del *CC*) según corresponda, y su administración quedará en manos del marido (art. 1749 del *CC*)³⁹. Disuelta la sociedad conyugal, se decidirá el destino definitivo de dichos bienes (el cual es mientras tanto temporal y precario): si la mujer acepta los gananciales, deberá colacionar los bienes a la sociedad conyugal como si siempre hubiesen pertenecido a esta (art. 1765 del *CC*); y si renuncia a ellos, conservará la totalidad de los bienes reservados y el marido no tendrá derecho alguno sobre ellos⁴⁰.

La SCS de 5 de septiembre de 2017 que aquí se comenta parece adherir a esta segunda teoría (cons. 6°):

“En consecuencia, el bien adquirido por la demandante no ingresó al haber absoluto de la sociedad conyugal habida entre las partes ni luego a la comunidad resultante después de su disolución, de manera que no hay copropiedad de ambos litigantes respecto del inmueble de autos, como postula el impugnante. Por el contrario, se trata de un bien que integra el patrimonio reservado de la mujer, respecto del cual el marido carece de toda injerencia en la administración, la que queda radicada exclusivamente en la mujer, y si ésta renuncia a los gananciales al término del régimen de sociedad conyugal, que es lo que sucedió en la especie, todos los derechos sobre el inmueble pasan a ser de su exclusivo dominio”.

La consecuencia que tiene que los bienes reservados sean de la mujer y no se rijan por la disciplina de la sociedad conyugal es que ella se puede conducir a su respecto como dueña, con plenas facultades de disposición y administración. Esto significa que la inscripción conservatoria del inmueble adquirido con el patrimonio reservado o con subsidio habitacional opera con función dominical respecto de cualquier persona: la mujer a cuyo nombre figura inscrito ese bien raíz es dueña para todos los efectos legales y no solo respecto de terceros como ocurre con los bienes sociales (art. 1750 del *CC*). Ahora bien, que ese dominio

que no existen en ellas. Pese a ello, este autor sostiene que estos bienes “serán *sociales* o *propios de la mujer* en los mismos casos y en conformidad a las mismas reglas que los que provengan del trabajo del marido” (p. 642). Para MEZA (1979), p. 366; RODRÍGUEZ (1996), p. 195; ROSSEL (1986), p. 249 y TRONCOSO (2014), p. 200, se trata de bienes que se rigen por un régimen de separación parcial de carácter especial o *sui generis*.

³⁹ SOMARRIVA (1955), p. 334, por el contrario, estima que la redacción del art. 150 del *CC* no está resolviendo un problema de dominio, sino solo de administración. Esto se funda en la ubicación de la norma fuera del título relativo a la separación de bienes y en que los bienes reservados no comportan un patrimonio de afectación.

⁴⁰ RODRÍGUEZ (1996), pp. 204 y 210.

sea pleno no significa que no esté sujeto a ninguna contingencia. Se trata en verdad de un dominio sujeto a condición resolutoria (art. 680 del *CC*), donde el hecho futuro e incierto del cual depende su extinción consiste en que la mujer decida aceptar los gananciales, pues entonces los bienes reservados ingresan a la partición de ellos (art. 150 VII del *CC*). La renuncia comporta así un acto de disposición patrimonial sobre los bienes reservados, que pasan entonces a ser comunes a efectos de su distribución⁴¹.

Valga recordar que esta disciplina es precisamente la opuesta a la que resulta de las bases que rigen la sociedad conyugal. Durante la vigencia de este régimen, la mujer tiene unos derechos sobre los bienes sociales son inexigibles (*in credito o in habitu* según las fuentes), los cuales puede ser reclamados recién cuando dicho régimen se disuelve (porque entonces los derechos se encuentran *in actu*)⁴². Esto significa que el marido recibe la administración plena (ahora con ciertas limitaciones conforme al art. 1749 del *CC*) sobre los bienes sociales, respecto de los cuales se considera su dueño (*seigneur*) frente a terceros (art. 1750 del *CC*)⁴³. En el patrimonio reservado pasa algo similar, pero en sentido inverso: la mujer tiene la propiedad sobre los bienes que adquiere merced a un trabajo separado de su marido y los administra con completa libertad, sin perjuicio de que el destino final de tales bienes dependerá de lo que ella opte respecto de los gananciales a los que tiene derecho tras la disolución de la sociedad conyugal.

De lo dicho se sigue que la Corte Suprema resolvió en forma correcta respecto a la naturaleza jurídica del bien raíz de la demandante: este era originalmente suyo por haber sido adquirido mediante subsidio habitacional y, por tanto, regirse su adquisición y administración por el art. 150 del *CC*. El problema estuvo en que erró respecto de las consecuencias que cabe extraer de ese carácter.

b) El derecho de la mujer a renunciar a los gananciales y sus eventuales límites

El art. 69 del DS 355/1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, otorga a la mujer que compra una vivienda al SERVIU “todos los derechos que se establecen en el artículo 150 del Código Civil”. Entre ellos se encuentra la posibilidad de renunciar a los gananciales con la consecuencia de que los bienes reservados no ingresan a la partición de aquellos y el marido deja de responder por las obligaciones contraídas por la mujer durante su administración separada (art. 150 VII del *CC*).

⁴¹ De ahí el consejo de RAMOS (2005), p. 291: “estimamos que si se trata de bienes raíces que la mujer adquirió en este patrimonio y están inscritos a su nombre, es importante que la renuncia se haga por escritura pública y se anote al margen de la inscripción de dominio. De esta forma, los terceros tendrán conocimiento de que la mujer o sus herederos tienen el dominio definitivo de tal bien”.

⁴² COING (1996), p. 373.

⁴³ De esto se ha tratado en ALCALDE (2017), pp. 339-343.

Ha quedado dicho que los bienes reservados de la mujer casada comportan un régimen propio, de suerte que ellos nada tienen que ver con la sociedad conyugal y con las partidas patrimoniales que la componen (haber absoluto, haber relativo y haber propio). Esto tiene consecuencias también en lo que atañe a la renuncia de los gananciales, pues ella es la que determina el destino final de los bienes adquiridos por la mujer con su trabajo, profesión, oficio o industria separado de su marido. De acuerdo con el art. 150 VII del *CC*:

“Disuelta la sociedad conyugal, los bienes a que este artículo se refiere entrarán en la partición de los gananciales; a menos que la mujer o sus herederos renunciaren a estos últimos, en cuyo caso el marido no responderá por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada”.

La pregunta que cabe hacerse es si esta norma debe complementarse con aquellas que integran el § 6 del título XXII del libro IV del *Código Civil*, que versa sobre la renuncia a los gananciales en la sociedad conyugal. La respuesta habitual es afirmativa, puesto que la disciplina de los bienes familiares se mira como una situación excepcional de la sociedad conyugal, sin que el régimen basal se vea afectado más que en ciertos aspectos concretos. Sin embargo, ese criterio no puede ser compartido si se atiende al hecho de que las normas del § 3 del título VI del libro I del *Código Civil* no son una ley especial respecto de aquellas reglas relativas a la sociedad conyugal, sino por el contrario tiene el carácter de normas de excepción. Esto se debe a que ellas no suponen una mera variación de las reglas de Derecho Común en la materia (la sociedad conyugal como régimen preferente del matrimonio), sino que contiene criterios que son contradictorios u opuestos (una separación de bienes legal y parcial en razón del trabajo de la mujer)⁴⁴. De ahí que no se pueda aplicar la integración supletoria que procede cuando las normas especiales no se ocupan de todos los aspectos del caso (art. 13 del *CC a contrario sensu*), y solo quepa el reenvío cuando el art. 150 del *CC* expresamente se remite a la disciplina de la sociedad conyugal (como ocurre en los inc. 4° y 8°).

Si esto es así, quiere decir que es el art. 150 VII del *CC* el que marca la oportunidad para que la mujer renuncie a los gananciales y de esa forma se aproveche de sus bienes reservados en su integridad. Ahí se dice que dicho momento es aquel en que se produce la disolución de la sociedad conyugal, lo cual ocurre cuando se da alguna de las situaciones listadas en el art. 1764 del *CC*. Es entonces cuando la mujer debe expresar si renuncia a los gananciales o, por el contrario, si no lo hace y sus bienes pasan a integrar el reparto entre los cónyuges. Por consiguiente, resulta inaplicable en la especie el art. 1782 del *CC*, que permite a la mujer renunciar a los gananciales mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a ese título.

⁴⁴ DUCCI (1997), p. 138.

En el caso en comento, la demandante expresó su voluntad en un sentido determinado y lo hizo en el momento en que la sociedad conyugal se disolvía por la dictación de la sentencia que declaraba el divorcio entre los cónyuges (arts. 1764 N° 1° del CC y 53 de la LMC). Conviene recordar que los cónyuges de consuno sometieron al Juzgado de Familia de Temuco un acuerdo completo y suficiente para regular sus relaciones mutuas, puesto que los hijos en común eran ya mayores de edad, señalando ahí la compensación económica que recibía la mujer y la necesidad de liquidar con posterioridad la sociedad conyugal existente entre ambos. Pues bien, los criterios para valorar la completitud y suficiencia de dicho acuerdo vienen establecidos por el art. 55 II de la LMC. Tal es completo cuando regula las relaciones mutuas entre los cónyuges, especialmente las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio (art. 21 de la LMC). Por su parte, se entiende que es suficiente cuando

“procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges” (art. 55 II de la LMC).

Del relato del caso resulta que la mujer, al manifestar su voluntad en el acuerdo completo y suficiente sometido a su aprobación del tribunal, lo que hizo fue colacionar el inmueble en la sociedad conyugal (art. 1765 del CC), aceptando de esa manera los gananciales⁴⁵.

Todo hace pensar que la proposición de ese acuerdo procedía de la negociación de los cónyuges, puesto que el marido había solicitado, como contrapartida a la compensación económica que estaba dispuesto a pagar, que su mujer le cediese los derechos sobre el inmueble que figuraba inscrito a su nombre. Por último, en el acuerdo consta esa compensación (si bien por un monto menor que el demandado reconvencionalmente y que el propuesto por el demandante principal en su contestación) y la declaración de que la sociedad conyugal estaba integrada por un bien raíz, la cual los cónyuges liquidarían con posterioridad. La mujer concurrió, entonces, con su voluntad a expresar su decisión respecto de los gananciales (renunciando a ellos) en el momento en que la sociedad conyugal se disolvía, precluyendo su derecho a expresar algo diferente con posterioridad.

La renuncia a los gananciales por parte de la demandante carecía de eficacia por impedirlo la teoría de los actos propios, formulada con la expresión latina “venire contra factum proprium non valent” debida al jurista milanés Filippo Decio (1454-1535)⁴⁶, según la cual nadie puede contradecir lo hecho o dicho por él mismo con perjuicio de un tercero que ha confiado en la situación así creada. Después de la promulgación de la ley N° 20.886, sobre tramitación digital de los procedimientos judiciales, los tribunales cuentan con un expe-

⁴⁵ ALESSANDRI (1935), p. 737 y RODRÍGUEZ (1996), p. 204.

⁴⁶ DOMINGO (2006), p. 418.

diente concreto para reprimir la contradicción con sus actos propios anteriores que observen en las partes litigantes, sancionando la mala fe procesal. Su art. 2° letra d) consigna la buena fe como uno de los principios informadores del remozado procedimiento civil y obliga a los litigantes a actuar de esa manera (“Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso [...] deberán actuar de buena fe”)⁴⁷. Para hacer efectivo el respecto de este principio, se concede la siguiente potestad al órgano jurisdiccional:

“el juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

La amplitud de estas facultades concedidas al juez civil, que se suman a las que ya le confería el art. 84 del *CPC* en materia de anulación de oficio, permite concluir que, incluso, entre ellas comparece la posibilidad de rechazar la pretensión ejercida, sobre todo en razón de que el abuso del derecho y la contradicción con los actos propios comportan límites al ejercicio de la acción⁴⁸. Por lo demás, la teoría de los actos propios tiene ya bastante aplicación por parte de la jurisprudencia chilena⁴⁹. A mayor abundamiento, la mentada renuncia a los gananciales hecha por la demandante resultaba inoponible al marido por el fraude que contenía, puesto que se trababa de un acto de emulación y, por tanto, era imposible fundar en ella la pretensión reclamaba en juicio⁵⁰. Contra la SCS de 5 de septiembre de 2017 cabe, entonces, el recurso de revisión en virtud del art. 810 N° 3° del *CPC*.

La conclusión que se sigue de las consideraciones anteriores era, por tanto, opuesta a aquella que sostuvieron de manera unánime los tres tribunales que intervinieron en el caso que aquí se comenta. La renuncia a los gananciales hecha por la demandante era no solo extemporánea sino, también improcedente porque ya había expresado su voluntad en el sentido de colacionar el bien raíz que por la presunción de derecho del art. 69 del DS 355/1976 se regía por las reglas del patrimonio reservado del art. 150 del *CC*. De esta forma, ella solo tenía derecho a la mitad de los gananciales (art. 1774 del *CC*) o, lo que es lo mismo, era dueña únicamente de la mitad del bien raíz que reivindicaba. La renuncia hecha unos meses antes de iniciar el primer juicio reivindicatorio (así como la anotación marginal efectuada entre ese juicio y el que aquí se

⁴⁷ El *Código de Ética Profesional* del Colegio de Abogados de Chile A.G. divide este deber en dos: el de lealtad en la litigación (art. 95) y el de respecto de las reglas de procedimiento (art. 96). Estas reglas son obligatorias para cualquier abogado, esté o no colegiado, merced al art. 4° del DL 3621/1981, que reconoce a cualquier perjudicado la posibilidad de demandar ante los tribunales ordinarios la responsabilidad ética del abogado que ha infringido estos deberes (véase infra, IV).

⁴⁸ ROMERO (2006), pp. 69-77.

⁴⁹ Véase CONTARDO (2010).

⁵⁰ DOMÍNGUEZ (1991), pp. 27-30 y LÓPEZ (2010), p. 326.

comenta) era improcedente y, en cualquier caso, inoponible al marido por ser hecha en contravención a sus actos propios. Así, pues, la acción ejercida debió ser rechazada porque no se trataba del supuesto de reivindicación de cuota de que trata el art. 892 del *CC*, el único posible para un comunero.

c) Sobre la compatibilidad entre cobrar una compensación económica y renunciar a los gananciales

Resta por analizar un punto que no tiene directa relación con la materia del juicio reivindicatorio, pero que se conecta con la completa construcción del caso que debieron haber hecho los tribunales. Se trata de la compatibilidad que tiene la mujer entre cobrar una compensación económica y renunciar a los gananciales para conservar íntegros sus bienes reservados.

Como punto de partida conviene recordar que la compensación económica se fija preferentemente mediante un acuerdo de los cónyuges que conste en escritura pública o avenimiento, la cual se somete a la aprobación del tribunal (art. 63 de la LMC). Solo en ausencia de este acuerdo corresponde la fijación al juez de familia (art. 64 de la LMC). Pues bien, eso fue lo que hicieron las partes en el juicio de divorcio: presentaron ante el tribunal un acuerdo completo y suficiente con el carácter de avenimiento, el cual fue aprobado por el tribunal mediante la sentencia definitiva de 17 de octubre de 2011. El propio avenimiento establece:

“el Tribunal aprueba los acuerdos a los que han arribado las partes por estimar que son completos y suficientes y les dará el carácter de sentencia definitiva ejecutoriada [...]”,

lo cual no es más que reproducir el efecto general que tiene toda transacción de acuerdo con el art. 2460 del *CC*. Sorprende así que la SCS de 5 de septiembre de 2017 sostenga en el cons 3º que no se configura la cosa juzgada, cuando ella no proviene de la aprobación judicial del acuerdo conforme al art. 63 de la LMC, sino del alcance obligatorio propio de cualquier transacción:

“[...] la causal invocada tiene lugar cuando entre una nueva pretensión y aquella resuelta con antelación concurre la triple identidad a que se refiere el artículo 177 del Código de Enjuiciamiento Civil. Por lo tanto, la comparación tiene como punto central una decisión judicial que entra en conflicto con otra anterior, situación que no es la que propone el recurrente, quien plantea una eventual contradicción con una declaración, efectuada en la antesala de un juicio de divorcio de común acuerdo por uno de los solicitantes, pero que en caso alguno estableció un derecho en favor del marido. Por lo tanto, no concurren en la especie los presupuestos del vicio denunciado, y el recurso de invalidez formal tampoco podrá prosperar por esta última causal invocada”.

En ese acuerdo, los cónyuges establecieron dos cuestiones de índole patrimonial:

- i) la compensación económica que el marido demandante del divorcio pagaría a la mujer, y
- ii) el reconocimiento que la sociedad conyugal estaba integrada por un bien raíz, el cual hasta ese momento formaba parte del patrimonio reservado de la mujer merced a la presunción de derecho del art. 69 del DS 355/1976.

Esto significa que, como en toda transacción, los cónyuges hicieron concesiones recíprocas (art. 2446 del *CC*): el marido se obligó a pagar una compensación económica en menor cuantía de la demandada reconventionalmente por la mujer, y esta aceptó colacionar al inventario de la sociedad conyugal el inmueble (único bien relevante habido durante la vida en común) a la sociedad conyugal para participar en los gananciales, concediendo en forma parcial aquello que su marido había solicitado al contestar la reconvenición.

En otras palabras, dicho acuerdo tuvo para la mujer el efecto de una aceptación de los gananciales (art. 150 VII del *CC*), la cual se hizo en el momento de disolverse la sociedad conyugal (arts 1764 N° 1° del *CC* y 53 de la LMC) y merced a la colación del único bien que integraba el patrimonio reservado a la sociedad conyugal (art. 1765 del *CC*).

El contenido de este acuerdo, pese a lo señalado por la Corte de Apelaciones de Temuco (cons 6°) al fallar el caso, era perfectamente válido y lícito para las partes (art. 1466 del *CC*), además de vinculante (art. 1545 del *CC*). Así se sigue de la lectura del art. 62 de la LMC, que establece los criterios que se deben tomar en cuenta a la hora de determinar la existencia del menoscabo económico (que comporta el presupuesto objetivo de acuerdo al art. 61 de la LMC) y la cuantía de la compensación económica. Uno de esos factores es precisamente la situación patrimonial de los cónyuges.

Respecto de este factor, Joel González se pregunta si tiene derecho a la compensación económica el cónyuge que ha recibido la mitad de gananciales producto de la liquidación de la sociedad conyugal⁵¹. A su juicio, para determinar el monto de aquella se debe colacionar previamente lo que el cónyuge beneficiario reciba a título de gananciales⁵². Tal es su argumentación:

“El artículo 62 [LMC] expresamente ordena considerar la situación patrimonial de los cónyuges, y lo hizo en forma muy genérica sin limitación o excluyendo alguna circunstancia al respecto; por el contrario, lo primero a tener en cuenta, por sentido común y de justicia, es lo que la mujer está recibiendo al término del matrimonio: la mujer que no tenía nada vigente la sociedad conyugal pasa a recibir el 50% por cierto de ella, lo cual en principio la pone en pie de igualdad con su marido

⁵¹ GONZÁLEZ (2012), p. 68.

⁵² *Op. cit.*, p. 73.

La sociedad conyugal y participación en los gananciales son regímenes que llevan en sí mismo implícito un mecanismo de corrección del desequilibrio o menoscabo económico que pudiera haber experimentado la mujer como consecuencia de no haber trabajado externamente o si trabajó obtuvo gananciales en una cantidad menor que su marido y, por tanto, a efectos de determinar si procede la compensación y su monto, debe ponerse especial atención a la situación patrimonial en que queda la mujer luego de recibir su mitad de gananciales o crédito de participación (y con ello no estamos confundiendo ambas instituciones –compensación y régimen patrimonial–, pues, como explicaremos luego, en nuestra opinión, la compensación económica no tiene autosuficiencia económica, y en tal caso debe principalmente buscar posibilitar su reinserción en el mercado laboral y, de no ser posible, otorgarle una cantidad tal que le permita enfrentar dignamente su vida futura, y esto fundado en la solidaridad postdivorcio que se deben los cónyuges y no en lo que la mujer dejó de percibir por dedicarse al hogar)⁵³.

En rigor, en el caso bajo comentario la situación es diversa, pero las consecuencias patrimoniales son las mismas: aquí, la liquidación de la sociedad conyugal se dejó para un momento posterior (y todo indica que fue con un propósito deliberado de la demandante, según después demostró el curso de los acontecimientos), estableciéndose previamente una compensación económica pagadera en cuotas. La pregunta que cabe hacerse es, entonces, inversa a la que se formulaba el autor antes referido, pues consiste en determinar si la mujer tenía derecho a renunciar a los gananciales de la sociedad conyugal cuando ya había recibido el pago de la compensación económica que ella misma aceptó. Pero la respuesta acaba siendo la misma: ella no podía hacerlo porque, fuera de que tal renuncia resultaba por entonces intempestiva, rompía con el equilibrio patrimonial que se había buscado establecer entre los cónyuges tras el divorcio, inclinando la balanza en su exclusivo beneficio⁵⁴. Si la demanda de reivindicación hubiese sido rechazada, como debería haber ocurrido, la mujer habría quedado suficientemente protegida, puesto que habría recibido la compensación económica convenida y la mitad del valor de la venta del inmueble, quedando su marido con la otra mitad (art. 1774 del *CC*).

⁵³ GONZÁLEZ (2012), pp. 73-74.

⁵⁴ PIZARRO (2009), p. 363, también estima que se debe considerar el régimen patrimonial para determinar la cuantía de la compensación económica. Concretamente, si los cónyuges están casados en sociedad conyugal, interesa determinar si el beneficiario habría o no renunciado a los gananciales.

3. La legitimación pasiva en el juicio reivindicatorio

La discusión en el juicio reivindicatorio versa sobre el reconocimiento del derecho del demandante, quien como dueño tiene la posibilidad de excluir a cualquier otra persona que pretenda conducirse en idénticos términos, de donde se sigue el deber del demandado de restituírsela⁵⁵. De ahí que el legitimado pasivo por excelencia sea el actual poseedor (art. 895 del *CC*), pues se está discutiendo a quién corresponde realmente la titularidad dominical de una cosa. Existen también otros casos, pero en ellos la función de su emplazamiento es diversa⁵⁶.

Cumple preguntarse, entonces, ¿quién ostenta la calidad de actual poseedor del bien que se reivindica?

El *Código Civil* define la posesión a partir de un presupuesto material al que se añade el ánimo de señor y dueño (art. 700). Ese presupuesto es la tenencia, que no viene definida por la ley; antes bien, solo alude a ella para el particular supuesto denominado “mera tenencia” y que describe como “la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño” (art. 714 del *CC*). La diferencia entre ambos conceptos reside, pues, en el elemento subjetivo: mientras en la posesión la ocupación actual y material de una cosa se ejerce como si se fuese dueño de ella, sin que importe que la titularidad dominical exista, en la tenencia hay expreso reconocimiento del dominio ajeno, sin que sea relevante la naturaleza o precariedad del título de detentación⁵⁷.

Pero cabe advertir que, de acuerdo con el art. 700 del *CC*, la posesión (“la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”) puede ser dominical (“sea que el dueño”) o no dominical (“o el que se da por tal”), por una parte, y a nombre propio (“tenga la cosa por sí mismo”) o ajeno (“o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”), por otra.

La razón de que esto sea así proviene del hecho de que el dominio no es un grado de detentación, sino una justificación de la titularidad con que ella se ejerce, porque el aprovechamiento material de la cosa es irrelevante para delimitar el modo en que esta viene atribuida al dueño y que depende de su concreta configuración normativa⁵⁸. Esto explica que la relación de propiedad sea de carácter jurídico y no físico, de suerte que no puede ser reconocida ni determinada por los sentidos, como la posesión, sino por la razón a partir de un juicio que pondera las reglas aplicables. Tal reconocimiento es de la cosa en cuanto debida a un sujeto, lo cual supone un reconocimiento formal de la facultad que tiene aquel para disponer de ciertos bienes con exclusión de otros.

⁵⁵ KIPER (2010), p. 54.

⁵⁶ Véase *supra*, II, 1.

⁵⁷ Por eso, el simple precario importa también un grado de tenencia, dado que existe ocupación de una cosa que se reconoce ajena (art. 2195 II del *CC*). Véase ALCALDE (2016b), pp. 290-293.

⁵⁸ MACCORMICK (2011), pp. 194 y 286.

La detentación o aprovechamiento proviene así de la posesión, que corresponde preferentemente (aunque no de manera exclusiva) al dueño (art. 700 del *CC*)⁵⁹.

Es verdad que el *Código Civil* entiende que la posesión es una situación de hecho que consiste en detentar una cosa y comportarse sobre ella como si se fuese el dueño, lo que ocurre cuando alguien realiza hechos positivos de aquellos a los que solo da derecho el dominio (art. 925), sea que se trate del mismo dueño o de alguien que se da por tal (art. 700). Pero en realidad la posesión en sí, como institución diferenciada, solo interesa en la medida que se trate de alguien que pasa por dueño sin serlo, pues es entonces cuando se manifiesta su evidente función social⁶⁰.

Esto explica que su existencia venga definida por una situación fáctica relacionada con un cierto uso calificado, como es la realidad directamente aprehensible que significa el contacto de una persona y una cosa con una actitud dominical que procede de un título (ars. 702 y 708 del *CC*). En otras palabras, la posesión viene “esencialmente caracterizada por la realidad o apariencia del dominio”⁶¹, y proviene de uno de aquellos títulos que hacen presumir que esa titularidad dominical existe (art. 703 del *CC*)⁶². Esta es la razón por la cual, y salvo prueba en contrario, el poseedor se presume dueño (art. 700 II del *CC*), y también que ella sirva de causa de pedir en determinadas acciones (arts. 894, 918 y 930 del *CC*). Y como la posesión recibe su configuración por analogía con el dominio, ella se conserva mientras existe el ánimo de conducirse respecto de la cosa como señor y dueño (cuya constatación puede hacerse analizando el título del que ella procede⁶³) y siempre que esa actitud sea físicamente posible (arts. 725, 726 y 727 del *CC*).

Como fuere, el concepto técnico del elemento subjetivo que caracteriza a la situación posesoria recibe una particularización respecto de los bienes inmuebles, porque para ellos solo hay posesión efectiva en la medida que existe una inscripción en el Conservador de Bienes Raíces (art. 696 del *CC*).

Cabe hacer aquí un pequeño excursus de historia legislativa. La regla recién mencionada comporta un grueso error introducido por el llamado “Proyecto inédito” de *Código Civil*⁶⁴, merced al cual el acto posesorio y real de la tradición de inmuebles (aquella entrega que menciona el art. 670 del *CC*) quedó convertido en un trámite documental, vale decir, en una formalidad

⁵⁹ Esto explica que la posesión sea el primero de los contenidos que HONORÉ (1994), p. 371, asigna a la propiedad.

⁶⁰ Sobre ella: HERNÁNDEZ GIL (1969).

⁶¹ *Mensaje del Código Civil*, § 24.

⁶² GUZMÁN (1992), p. 203.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Con el nombre de “Proyecto inédito” se conoce el texto preparatorio de *Código Civil* publicado por Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862-1949) en 1890 a partir de los ejemplares del Proyecto de 1853 que habían pertenecido a algunos miembros de la Comisión revisora. Este texto recoge las anotaciones efectuadas por esa comisión durante el primer examen al que fue sometido dicho proyecto, de suerte que constituye un texto intermedio entre el Proyecto de 1853 y el Proyecto de 1855, que es aquel presentado al Congreso Nacional para su aprobación.

o solemnidad ante un auxiliar de la administración de justicia creado por el art. 695 del *CC* y cuyo régimen se implementó a través de un reglamento de 24 de junio de 1857 (el Conservador de Bienes Raíces). Con esta decisión se introdujo la grave distorsión de la llamada “posesión inscrita” frente a la “posesión material” y otros efectos indeseables en el sistema inmobiliario chileno que adoptó el modelo de folio personal (por ejemplo, las dobles inscripciones, las inscripciones de papel y las reinscripciones)⁶⁵.

Esto explica que la posesión de bienes raíces no se adquiriera sino mediante una inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces (art. 724 del *CC*), la que mientras subsiste garantiza su conservación (arts. 728 y 730 II del *CC*) e impide la prescripción adquisitiva (art. 2505 del *CC*), y aun repele cualquier prueba en contrario cuando ha durado más de un año (art. 924 del *CC*). Solo así se podía garantizar que algún día se cumpliría ese anhelo de Andrés Bello de que inscripción, posesión y propiedad fuesen términos idénticos⁶⁶. De que ello no ha ocurrido es buena muestra el DL 2695/1979 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz, el cual se basa en un concepto material de posesión (art. 4°) y que se acredita mediante hechos positivos de aquellos a los que sólo da derecho el dominio (art. 925 del *CC*)⁶⁷.

La cuestión relativa a quién es el actual poseedor para los efectos de dirigir contra él la acción reivindicatoria no ha sido una cuestión pacífica a lo largo de la historia. Pese a la opinión de los proculeyanos, para quienes la acción reivindicatoria podía entablarse contra los poseedores *ad interdictam* y no contra el poseedor natural, Ulpiano (†228) sostuvo que dicha acción se podía intentar contra todos los que se hallaban en posesión de una cosa, de cualquier manera y a cualquier título que la detentasen, fuese a nombre propio o de otro, siempre que estuviesen en condición de restituir (*D.* 6,1,9)⁶⁸. Sin embargo, la amplitud de esta legitimación pasiva debe ser entendida dentro de su contexto. Para el Derecho Romano, el mero hecho de tener física o materialmente una cosa era calificado como “posesión natural” (*naturalis possessio*). Por su parte, la tenencia como dueño recibía el nombre de “posesión civil” (*possessio civilis*) y solo ella permitía ganar el dominio por usucapión (*D.* 41,3,25).

Con el tiempo ciertas tenencias comenzaron a ser amparadas por el pretor mediante interdictos, ya para mantener al interesado en ella, ya para permitirle recuperar la cosa perdida. Estos casos se agrupaban bajo la denominación genérica de posesión pretoria o interdictal, que beneficiaba al tenedor de una parcela del *ager publicus vectigalis* (una suerte de concesión administrativa sobre

⁶⁵ Véase FLORES/PEÑA (2014), pp. 79-107.

⁶⁶ *Mensaje del Código Civil*, § 22.

⁶⁷ ALCALDE (2016a), pp. 254-259.

⁶⁸ BARRIENTOS (2016), I, p. 1039, estima que la solución de Ulpiano es aquella que Andrés Bello quiso recoger en el art. 895 del *CC*, pese a que la nota escrita en el Proyecto de 1853 en realidad se refiere a otro problema (ahí se dice: “L. 9, § 4, De Publicic.”, vale decir, remite a *D.* 6,2,9,4 situado en el título dedicado a la acción publiciana). De esta forma, el actual poseedor es todo aquel que posee la cosa y está en condiciones de restituirla a su dueño.

bienes públicos), al precarista, al secuestre y al acreedor prendario⁶⁹. Otros poseedores naturales no estaban protegidos por interdictos, y solo pudieron acudir a ellos en calidad de *utiles* (por ejemplo, el usufructuario, el superficiario y el beneficiario de una servidumbre predial). Gayo utilizó el término “cuasiposesión” (*quasi possessio*) para describir estos supuestos (Gai. 4,139), el que a partir de Justiniano quedó reservado para la posesión de derechos (*possessio iuris*), sobre todo desde la generalización lingüística obrada por los juristas medievales⁷⁰.

Durante el Derecho intermedio, la reivindicación sufrió algunas transformaciones enderezadas a reforzar su carácter de manifestación inmediata del dominio y, a su vez, se desfiguró la distinción entre *dominium*, *possessio* y *detentatio*⁷¹. Sin embargo, tendieron a prevalecer las reglas del Derecho Justiniano⁷². En la obra de Robert Pothier (1699-1772), estas bases tardo-romanas están ya suficientemente decantadas y la reivindicación solo resulta admisible contra el verdadero poseedor, de manera que quien detentase la cosa reconociendo dominio ajeno podía oponer a la demanda esta circunstancia y solicitar que ella fuese dirigida contra aquel⁷³.

Tal fue el criterio seguido por el *Código Civil*, como se desprende de los arts. 896 y 897 del *CC*, que permiten dirigirse contra el mero tenedor para que indique a nombre de quién posee (*nominatio auctoris*) y contra el que dejó de poseedor para que indemnice todo perjuicio que de ese engaño se haya seguido al actor, dejando a salvo su acción real⁷⁴. En rigor, entonces, el legitimado pasivo en el juicio reivindicatorio de un inmueble inscrito es la persona que figura como tal en la inscripción conservatoria, y no quien lo detenta materialmente, porque él es el actual poseedor a que alude el art. 895 del *CC*. De hecho, incluso la acción reivindicatoria especial del art. 26 del DL 2695/1979 supone que el demandado es poseedor inscrito, pues cuenta con la resolución administrativa de regularización que le sirve como título de posesión regular para ganar el dominio del bien raíz al cabo de un año (art. 15 del DL 2695/1979).

De esta manera, despejado que el actual poseedor que menciona el art. 895 del *CC* sea en realidad aquel que figura en la inscripción conservatoria, la pregunta que cabe hacerse es si la regla de la posesión inscrita puede ser derrotada y así dar protección al dueño contra el poseedor material. Como fuere, la interpretación mayoritaria de la jurisprudencia se inclina por dar cabida a la reivindicación solicitada por el dueño de un inmueble inscrito en contra de quien solo lo detenta materialmente, puesto que este, si bien no ha perdido la posesión por tener vigente la inscripción a su nombre, está privado

⁶⁹ GUZMÁN (1996), pp. 511-512.

⁷⁰ Véase GUZMÁN (1995), pp. 148-155.

⁷¹ SCIMUMÈ (1989), pp. 29-30.

⁷² COING (1996), p. 374.

⁷³ POTHIER (1777), pp. 292-295.

⁷⁴ CLARO (1934), p. 407.

de la “fase material” de dicha posesión⁷⁵. En este sentido, el caso bajo comentario fue fallado conforme al criterio mayoritario sostenido por los tribunales, pero que no se aviene con la disciplina del *Código Civil* y solo contribuye a vulgarizar un sistema ya de por sí imperfecto⁷⁶. Más todavía cuando el propio demandado había reconocido en la audiencia preparatoria del juicio de divorcio al contestar la demanda reconvenzional de compensación económica que no era dueño del inmueble y que solicitaba que la mujer lo colacionase a la sociedad conyugal para efectos de concurrir por mitades en los gananciales⁷⁷. La misma argumentación sostuvo consistentemente durante todo el juicio reivindicatorio, haciendo presente que el inmueble reclamado formaba parte de la comunidad surgida tras la disolución de la sociedad conyugal, de suerte que la reivindicación solo procedía en realidad por la cuota que en ella tenía la demandante (art. 892 del *CC*).

Si se lee el cons. 6° de la SCS de 5 de septiembre de 2017, aparentemente hubo una derrota de la regla de posesión inscrita en este caso, sumándose esta decisión a una opinión que, no por mayoritaria, deja de ser equivocada y dogmáticamente peligrosa:

“Las circunstancias recién anotadas ponen en evidencia el dominio exclusivo y excluyente de la demandante sobre el inmueble *sub lite* y, en consecuencia, siendo también evidente la calidad de mero ocupante del recurrente respecto de aquél y, en cualquier caso, habiéndose asentado por los sentenciadores que el demandado se encuentra en actual posesión del inmueble, resultaba totalmente procedente acoger la pretensión, como efectivamente se hizo”.

Un camino semejante fue seguido en su día por Colombia. Este país adoptó el *Código Civil* chileno en 1887 con algunas variaciones menores, de suerte que la inscripción pasó a ser requisito, garantía y prueba de la posesión de bienes raíces (arts. 756, 759, 785, 789, 980 y 2526 del *Código Civil* colombiano)⁷⁸. Sin embargo, los problemas prácticos que esta comenzó a deparar para los operadores jurídicos hicieron que, por vía jurisprudencial, se dejase sin aplicación el sistema de posesión registral, el que desde entonces convive con otro basado en la posesión material. Paulatinamente, los tribunales comenzaron por concederle al poseedor material la posibilidad de proteger su posesión mediante interdictos, incluso contra el poseedor registral, y también a declarar la prescripción a partir de la sola posesión fáctica, sin que fuese obstáculo que existiese una

⁷⁵ Véase BARRIENTOS (2016), I, p. 1038 y, especialmente, BARCIA (2017).

⁷⁶ Sobre este riesgo: ALCALDE (2016b), p. 307.

⁷⁷ Tal es la interpretación que cabe dar a la petición formulada en la audiencia preparatoria de dicho juicio referida a que de “la propiedad que habita y que se encuentra a nombre de la demandante reconvenzional le sean cedidas las acciones y derechos que a la demandada le corresponderían”.

⁷⁸ Véase GUZMÁN (2000), pp. 385-403.

inscripción no cancelada a favor de un tercero. El nuevo entendimiento del sistema posesorio quedó plasmado en las sentencias de Corte Suprema de Justicia de 24 de julio de 1937 y 27 de abril de 1955, las que acabaron por dar el golpe de gracia a la posesión inscrita y devolver su lugar a la posesión que reúne la tenencia material y el ánimo de señor y dueño en una misma persona⁷⁹.

Fuera del evidente riesgo de vulgarización que entraña una conclusión como la sostenida por la Corte Suprema, el problema es que en un supuesto como el que fue resuelto en el caso que aquí se analiza no era necesario derrotar la regla sobre la legitimación pasiva de la reivindicación, pues el dueño tiene igualmente a su respecto otros expedientes para recuperar la cosa. A tal finalidad se enderezan las acciones previstas en los arts. 915 y 2193 II del *CC*⁸⁰. De ser consecuentes con la línea argumental de las sentencias, que estimaron que la demandante era dueña del inmueble que reivindicaba, la acción que, en realidad, debería haber ejercido era la de precario, y no la reivindicatoria. Puesto que si ella era dueña y, al mismo tiempo, la única que constaba con una inscripción conservatoria respecto del inmueble, esto quería decir que el demandado ocupaba el inmueble por su mera tolerancia, la cual consistía en no haber ejercido antes la acción de precario para conseguir su lanzamiento⁸¹. A esto se suma que la tendencia jurisprudencial sobre este elemento de la acción de precario consiste en que la falta de título hace presumir al menos la tolerancia del dueño respecto de la ocupación del bien por el demandado⁸². En contra del marido pesaba la declaración hecha durante el juicio de divorcio, donde declaró indirectamente que carecía de cualquier derecho sobre el bien raíz por estar este inscrito a nombre de la mujer, pidiendo la cesión de esos derechos como contrapartida de la compensación económica a la que se allanaba.

Cuestión distinta es que esa acción haya podido prosperar en la especie, dado que el juicio de precario no es la sede para discutir sobre la propiedad del bien cuya restitución se pretende⁸³. De esta manera, tampoco podría haberse acogido una demanda de precario en contra del demandado porque el bien raíz reclamado formaba parte de una comunidad que correspondía previamente liquidar, siendo ambos excónyuges comuneros con iguales derechos. Era pertinente, entonces, acoger la excepción opuesta por el demandado sobre la base del art. 227 N° 1° del *COT*, puesto que en realidad existía una comunidad que liquidar previamente. Por su parte, la renuncia a los gananciales hecha por la mujer resultaba ser extemporánea y en clara contravención con

⁷⁹ Véase OCHOA (2014) pp. 172-175.

⁸⁰ Véase ALCALDE (2015), pp. 247-254, para la delimitación de cada una de ellas.

⁸¹ La SCS de 13 de septiembre de 2017 (rol N° 44.910-2016; MJJ51447) estimó que no puede existir mera tolerancia porque la presencia del demandado en el inmueble reclamado no obedece a esa circunstancia por parte de la demandante (su excónyuge), sino precisamente en razón del vínculo matrimonial que los unía, lo que resulta suficiente para concluir que no se está en presencia de un precario.

⁸² Véase ROSTIÓ (2013), pp. 91-101.

⁸³ Véase LARROUCAU (2015).

una declaración previa destinada a colacionar dicho inmueble a la sociedad conyugal disuelta por la sentencia de divorcio.

Por cierto, una situación como la aquí descrita invita preguntarse por el grado de detentación en que quedan los cónyuges tras una ruptura familiar cuando uno de ellos permanece en la que hasta entonces ha sido la residencia de la familia, en especial cuando ya no existen hijos que dependan de esos padres. Pero esta es una materia en la que ahora no corresponde detenerse, sin perjuicio de dejar insinuado que, al menos en el estado actual del ordenamiento chileno, la respuesta no puede ser otra que una tenencia de carácter puramente personal y precaria, salvo que exista algún derecho real establecido en función protectora de aquella parte más débil dentro de esa relación de familia (arts. 147 del CC, 65 N° 2 de la LMC y 11 de la ley N° 14.908)⁸⁴.

II. CONCLUSIONES

Existe una célebre y repetida anécdota propia del ámbito jurídico estadounidense, con la que también comienza uno de los libros de teoría jurídica (*Justice in Robes*, 2006) de quien es quizá el filósofo del Derecho más influyente de las últimas décadas, Ronald Dworkin (1931-2013)⁸⁵. Ella tiene como protagonista al célebre Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1945), ministro de la Corte Federal de Massachusetts y luego de la Corte Suprema de Estados Unidos de América⁸⁶, y sirve para reflexionar sobre el cometido de la función judicial. Cuenta la anécdota, que también involucra a otro célebre juez estadounidense⁸⁷:

⁸⁴ El problema también se da en el Derecho Comparado. Véase, por ejemplo, el caso español en CERVILLA (2017).

⁸⁵ SHAPIRO (2000), p. 424, por ejemplo, decía que Ronald Dworkin era el segundo autor estadounidense más citado en el campo del Derecho. Por entonces, el primero era Richard Posner, uno de los principales exponentes del análisis económico del derecho (*Law & Economics*).

⁸⁶ Prolífico autor de clásicos jurídicos como *The Common Law* (1881) y *The Path of the Law* (1887), cuyas obras completan consumen trece volúmenes, Oliver Holmes se enmarca dentro de la reacción contra el formalismo que caracteriza la dogmática estadounidense de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, que acabará en el así denominado realismo anglosajón. Para este autor, a quien de verdad interesa el Derecho es al “hombre malo”, pues es este quien se pregunta qué hará el juez si comete tal o cual acto. No le interesa nada más: ni la justicia, ni las leyes, sino solo la consecuencia negativa que su actuar trae consigo. Por eso, saber derecho se convierte en efectuar profecías sobre lo que los tribunales decidirán en cada caso. Véase GARRO (2004).

⁸⁷ Learned Hand (1872-1961) fue ministro de la Corte del Distrito Sur de Nueva York y de la Corte de Apelación del Segundo Distrito, sin haber conseguido llegar a la Corte Suprema de Estados Unidos. De ahí que sea conocida la anécdota de Benjamin Cardozo (1870-1938): cuando le preguntaron quién era el jurista vivo más destacado de sus colegas de la Corte Suprema, respondió que precisamente no estaba ahí, refiriéndose a Learned Hand. Después de graduarse en la Universidad de Harvard, el propio Ronald Dworkin trabajó un tiempo como su asistente (*clerk*). En una carta dirigida al juez Felix Frankfurter (1882-1965), ministro de la Corte Suprema de Estados Unidos, el juez Learned Hand calificó a asistente como “the law clerk to beat all law clerks”. Ronald Dworkin también trabajó para este último, decisión que calificó más tarde como un “very serious mistake”. Véase CORTÉS (2004) y LIPTAK (2013).

“Siendo Oliver Wendell Holmes magistrado del Tribunal Supremo, en una ocasión de camino al Tribunal llevó a un joven Learned Hand en su carruaje. Al llegar a su destino, Hand bajó, saludó en dirección al carruaje que se alejaba y dijo alegremente: ‘¡Haga justicia, magistrado!’. Holmes ordenó detener el carruaje, hizo que el conductor girase, se dirigió hacia el asombrado Hand y, asomando la cabeza por la ventana, le dijo: ‘¡Ése no es mi trabajo!’. A continuación el carruaje dio la vuelta y se marchó, llevándose a Holmes a su trabajo, supuestamente consistente en no hacer justicia”⁸⁸.

Cuando se relata esta anécdota se suele añadir que el juez Oliver Holmes completó su frase explicando en qué consistía su trabajo: en sus palabras, este se enderezaba a “aplicar el derecho” (“it is my job to apply the law”)⁸⁹. Esta aclaración sirve para fijar los contornos de la actividad jurisdiccional, la que está llamada por mandato constitucional a resolver las controversias que promueven las partes sobre la base de criterios prestablecidos (aquellas reglas y principios que conforman el derecho vigente) y de un razonamiento lógico que dé aplicación a ellos cuando el caso en cuestión quede bajo su campo objetivo de aplicación⁹⁰. Todo lo demás supone una huida del ámbito propiamente jurisdiccional para llevar el problema a las escurridizas aguas de la valoración moral o sociológica del conflicto, lo que muchas veces acaba con la dictación de “sentencias estructurales”⁹¹.

En el caso que aquí se ha comentado, la solución dada por los distintos tribunales no solo era errada desde un punto de vista dogmático sino, también, injusta⁹². Dejando fuera los defectos que podrían alegarse contra la renuncia de los gananciales hecha por la demandante, que pueden ser discutibles a la luz de un principio informador del Derecho de Familia como es el de protección del cónyuge más débil, lo cierto es que ninguna de las sentencias que fallaron el asunto reparó en que no puede conferirse la tutela dominical de la acción reivindicatoria cuando el demandado no es poseedor del bien en cuestión, lo que tratándose de inmuebles exige que exista a su respecto una inscripción conservatoria que desafía la del dueño. La cuestión parece no ser relevante para los tribunales que fallaron el asunto y entraña el riesgo de una verdadera

⁸⁸ DWORKIN (2007), p. 11.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, GEORGE (2005), p. 1350.

⁹⁰ Una buena muestra de este razonamiento lógico por parte de los jueces es el art. 83 del *COT* referido a las reglas que deben observar las Cortes para adoptar los acuerdos y, de forma más general, el auto acordado sobre fundamentación de las sentencias de 20 de septiembre de 1920. Ambos evidencian un método casi cartesiano de establecimiento de la verdad judicial.

⁹¹ De lo que ya advertía D’ORS (1968).

⁹² Que la conclusión más evidente no es necesariamente la respuesta verdadera a un problema ha sido uno de los argumentos narrativos desarrollados por Pierre Bayard, profesor de literatura francesa en la Universidad de París VIII y psicoanalista, mediante la desmitificación de algunas conocidas obras literarias (*Qui a tué Roger Ackroyd?*, 1998; *Enquête sur Hamlet*, 2002; *L’affaire du chien des Baskerville*, 2008). Véase, por ejemplo, GARAYALDE (2016).

supresión general de la exigencia de la posesión inscrita en el ordenamiento chileno por vía de una innecesaria derrotabilidad, la que a fuerza de repetirse (como de hecho está ocurriendo) acabará formando una verdadera construcción pretoriana alternativa. Eso parece haber ocurrido en este caso si se considera que la exclusión de las reglas de posesión inscrita ni siquiera se justificó en ninguna de las tres sentencias.

Como fuere, la solución del caso en comento no solo fue equivocada sino, también, de una notoria injusticia. En otras palabras, no se cumplió ni con lo que Oliver Holmes decía que era la función de un juez (aplicar el derecho vigente) ni con aquello que un idealista Learned Hand pensaba que este hacía en su despacho (impartir justicia). Si lo que se deseaba era fallar según la justicia material, extremo que debería quedar fuera de toda decisión judicial, lo que correspondía era proteger al demandado de alguna manera. De lo contrario, y que fue lo que ocurrió, este quedó literalmente sin nada. Ha de tenerse en cuenta que el demandado pagó en forma íntegra la compensación económica a la que fue condenado y que el único bien que ambos cónyuges declararon que integraba la sociedad conyugal era el inmueble que la demandante posteriormente reivindicó. Si ahí el demandado ejercía el comercio, quiere decir que ese bien, por más que haya sido la mujer quien formalmente lo adquirió mediante un subsidio habitacional, era el fruto del trabajo conjunto de los veinticinco años que duró el matrimonio. Puesto que Héctor Ramos Zavala nació el 17 de junio de 1950, el demandado quedó a los sesenta y siete años sin casa, sin trabajo y habiendo pagado una compensación económica a la demandada sobre la base de un acuerdo completo y suficiente que la demandante, tras aceptarlo, no cumplió, volviendo sobre sus actos propios.

En el caso fallado por la sentencia bajo análisis, correspondía rechazar la demanda reivindicatoria ejercida. Por de pronto, porque faltaba la legitimación pasiva del demandado, quien no era poseedor inscrito del inmueble reclamado. Pero sobre todo porque la renuncia a los gananciales hecha por la demandante era inoponible al demandado, dado que antes había manifestado su voluntad en el sentido de que el bien raíz en cuestión conformaba la sociedad conyugal que la sentencia de divorcio había disuelto. Precisamente había sido esa la argumentación del demandado durante el juicio de divorcio, cuando señaló que la compensación económica había de depender de que la mujer colacionara el inmueble (único bien de importancia habido durante la vida en común) a la sociedad conyugal. Tal fue lo que hizo si se atiende al acuerdo completo y suficiente en que convinieron ambos cónyuges como presupuesto de la sentencia de divorcio.

A fin de cuentas, el juez debe resolver la cuestión planteada buscando aplicar el derecho que corresponde, vale decir, llevando a la práctica el arte de lo bueno y lo equitativo (*D. 1,1,1*) tras la debida construcción del caso. Pero este juicio equitativo no necesariamente es el más benigno, sino el que más se atiende al caso concreto, y tal adhesión puede resolverse tanto en benignidad

como en severidad⁹³. Tal es lo que prevé el art. 23 del *CC* cuando ordena interpretar una ley de acuerdo con su genuino sentido, sin tomar en cuenta lo odioso o favorable que se aprecie en ella para ampliar o restringir el alcance de la regla⁹⁴. La equidad es así la justicia del caso concreto⁹⁵, que busca la perfecta convergencia entre las estructuras normativas y la naturaleza de las cosas. De ahí que el juez deba huir de dos extremos igualmente reprochables: el que consiste en violentar las normas para adaptarlas a las cosas y el que fuerza estas para condecirlas con el ordenamiento. En Derecho Privado, esta equidad que rige la solución del caso se desenvuelve dentro de un marco estructural impuesto por la correspectividad de las posiciones normativas de las partes, de suerte que ella señala el igual posicionamiento que estas tienen dentro del orden de relación que las une⁹⁶. Por lo demás, esta justicia del caso concreto a partir de la recta aplicación de las normas aplicables es el fundamento de la particular configuración del recurso de casación en el Derecho chileno⁹⁷.

Estas reflexiones podrían abarcar, incluso, el ámbito de la deontología jurídica y preguntarse por las reglas éticas que deben informar la selección de casos del servicio jurídico de carácter asistencial y la estrategia forense que se ofrece al patrocinado, sobre cuando este es prestado por universidades como parte del plan de estudios de sus estudiantes. Pero con eso saldríamos del campo estrictamente dogmático al que debe ceñirse este comentario, por lo que solo se deja esta cuestión insinuada para un debate futuro que esperamos se produzca⁹⁸. De momento, basta con recordar que el art. 4° del DL 3621/1981 reconoce el derecho de demandar dicha responsabilidad ética ante los tribunales ordinarios de justicia a

“toda persona que fuere afectada por un acto desdoroso, abusivo, o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión”.

Esta condena es útil para dar por establecida la conducta del infractor, puesto que la sentencia que se dicte en este procedimiento disciplinario produce cosa juzgada en el juicio civil que posteriormente se inicie para cobrar los perjuicios causados, el que se tramita conforme a las reglas del juicio sumario.

⁹³ GRANERIS (1979), p. 216.

⁹⁴ GUZMÁN (2007), pp. 177-181.

⁹⁵ ARISTÓTELES., *ética a Nicómaco*, 1137a.

⁹⁶ Tal es la teoría de WEINRIB (2017).

⁹⁷ Véase, por ejemplo, DELGADO (2017).

⁹⁸ La demandante actuó representada por la clínica universitaria de una universidad que tiene sede en la ciudad de Temuco, tanto en el juicio de divorcio como en el posterior juicio reivindicatorio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE SILVA, Jaime (2017): “La compraventa celebrada por el marido justifica la tenencia de la mujer demandada para enervar una acción de precario, incluso después de que la sociedad conyugal ha sido disuelta. La inexistencia de sociedad conyugal cuando los cónyuges han declarado que no existen bienes que liquidar. La naturaleza del título que controvierte el precario. La diferencia entre el comodato precario y el simple precario. Corte Suprema, sentencia de 14 de enero de 2013 (rol N° 11.835-2011)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 28, Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016a): “El saneamiento de la pequeña propiedad raíz. El sistema posesorio del Código Civil y el especial previsto por el DL 2695/1979. La interrupción civil de la prescripción. Momento a partir del cual se debe considerar que se ha producido el efecto interruptor de “todo recurso judicial”. La notificación de la demanda como exigencia histórica y sistemática para que el dueño puede beneficiarse de dicha interrupción. Corte Suprema, sentencia de 31 de mayo de 2016 (rol núm. 6900-2015)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 27. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016b): “Los supuestos de tenencia reconocidos por el derecho. El concepto de título de mera tenencia o no traslativo de dominio. La sociedad conyugal como título de tenencia suficiente para enervar una acción de precario ejercida por un tercero. La oponibilidad de la sociedad conyugal a terceros por parte de la mujer. El precario entre cónyuges. La legitimación activa de la acción de precario, especialmente cuando es ejercida por un usufructuario. La tutela del usufructuario. Corte Suprema, sentencia de 4 de mayo de 2015 (rol N° 31.925-2014)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 26. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2015): “Las diversas acciones de restitución a favor del propietario de un bien raíz. La improcedencia de solicitar el lanzamiento a través de un juicio arbitral cuando han prescrito las acciones emanadas de la sentencia que condenó a la restitución del inmueble arrendado. La denuncia del litigio como medida protectora de los subarrendatarios. La aplicación de los artículos 915 y 2195 II del CC como supuestos diferenciados de restitución. Tribunal arbitral (árbitro arbitrador Claudio Illanes Ríos), sentencia de 18 de junio de 2013, rol CAM núm. 1572-2012, cumplida mediante exhorto ante el 11° Juzgado Civil de Santiago, rol N° E-42-2014”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2014): “Acción reivindicatoria. Su procedencia respecto del poseedor material de un bien raíz inscrito. Prueba de la posesión de un inmueble por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio. Corte Suprema, sentencia de 22 de mayo de 2014, rol N° 7769-2014”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 23. Santiago.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1935): *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*. Santiago: Imprenta Universitaria.

- ARISTÓTELES (1989). *Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales [en nota el pie se cita según la abreviatura latina tradicional y la edición de Bekker].
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2017). “La concurrencia de acciones reales y la posesión material”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Vol. 24. N° 1. Antofagasta.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2016): *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia*. Edición crítica, concordada, comentada y anotada. Santiago: ThomsonReuters.
- BUSTAMANTE SALAZAR, Luis (1979). *El patrimonio. Dogmática jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CAFFARENA DE GILES, Elena (1944). *Capacidad de la mujer casada con relación a sus bienes*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio (2016). “Las ideas de Bello sobre la naturaleza de la sociedad conyugal”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (ed.), *Estudios de Derecho civil XI*. Santiago: ThomsonReuters.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores (2017): “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”. *Indret* N° 4. 2017. Barcelona.
- CLARO SOLAR, Luis (1934): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Nascimento. Vol. IX.
- COING, Helmut (1996). *Derecho privado europeo*. (trad.) de Antonio Pérez Martín. Madrid: Fundación Cultural del Notariado. Vol. I: Derecho común más antiguo (1500-1800).
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2010). “La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia civil chilena”. *Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes*. N° 18. Santiago.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1987). *De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (2004). “Learned Hand”, en Rafael DOMINGO OSLÉ (dir.). *Juristas universales*. Madrid: Marcial Pons. Vol. III.
- DELGADO CASTRO, Jordi (2017): “La casación civil en el fondo: un último intento para no cantarle un réquiem”, en Diego PALOMO VÉLEZ (dir.). *Recursos procesales. Problemas actuales*. Santiago: DER.
- DOMINGO OSLÉ, Rafael [coord.] (2006). *Principios de derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, 2ª ed. Cizur Menor: Thomson/Aranzadi.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1991): “*Fraus omnia corrumpit*. Notas sobre el fraude en el derecho civil”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. N° 189. Concepción.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “Código Civil y jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base en la letra del código”, en María Dora MARTINIC/Mauricio TAPIA (coords.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Presente, pasado y futuro de la codificación*. Santiago: LexisNexis.

- D'ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro (1968): "Vulgarismo jurídico, hoy", ahora en *Estudios varios sobre el derecho en crisis*, Roma/Madrid, Delegación de Roma del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1975): "Esquema del régimen económico matrimonial en Chile indiano", *Revista Chilena de Derecho* 2/3-4, pp. 165-206.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1982). "El haber de la sociedad conyugal en la codificación civil chilena", en AA. VV. *Congreso internacional "Andrés Bello y el derecho"*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DUCCI CLARO, Carlos (1997). *Interpretación jurídica. En general y en la dogmática chilena*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DWORKIN, Ronald (2007). *La justicia con toga*. (trad.) Marisa Iglesias e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2008). *El patrimonio*, 3ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FLORES, María/ Carlos PEÑA (2014). *Sistema registral inmobiliario chileno: diagnóstico de sus problemas actuales e intentos de reforma*. Santiago: ThomsonReuters.
- GARAYALDE, Nicolás (2016). "Pierre Bayard: hacia una crítica policial". *Revista Chilena de Literatura*. N° 92. Santiago.
- GARRO, Alejandro (2004): "Oliver Wendell Holmes jr.", en Rafael DOMINGO OSLÉ (dir.). *Juristas universales*. Madrid: Marcial Pons. Vol. III.
- GEORGE, Ronald M. (2005). "Challenges Facing an Independent Judiciary". *New York University Law Review*. Vol. 80. N° 5. New York.
- GIORDANO, Verónica (2010). "La ampliación de los derechos civiles de las mujeres en Chile (1925) y Argentina (1926)". *Mora (Buenos Aires)*. Vol. 16. N° 2. Buenos Aires.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2012): *La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GRANERIS, Guisepppe (1979). *La filosofía del derecho a través de su historia y sus problemas*. (trad.) Jaime Williams Benavente. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1992). "Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos. La voluntad específica en los actos jurídicos de derecho patrimonial privado", ahora en *Estudios dogmáticos de Derecho civil*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1995). *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1996). *Derecho privado romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000). *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007). *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes a través de sus fuentes*. Santiago: LegalPublishing.

- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1969). *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza.
- HERVADA XIBERTA, Javier (2007). *Introducción al estudio del derecho canónico*. Pamplona: EUNSA.
- HONORÉ, Tony (1994). "Ownership", in Patricia SMITH (ed.). *The Nature and Process of Law: an Introduction to Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press.
- KIPER, Claudio (2010). *Juicio de acciones reales*. Buenos Aires: Hammurabi.
- KLIMPEL, Felicitas (1962). *La mujer chilena. (El aporte femenino al Progreso de Chile). 1910-1960*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2015). "Acciones reales y estándares de prueba". *Revista Ius et Praxis*. Vol. 25. N° 2. Talca.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2011). "Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el derecho chileno". *Revista Ius et Praxis*, Vol. 17. N° 2. Talca. [Publicado después en Rodrigo BARCIA LEHMANN (ed.). *Fundamento de derechos reales en el derecho chileno*. Santiago: ThomsonReuters, 2013].
- LEPIN MOLINA, Cristián (2017). *Derecho familiar chileno*. Santiago: ThomsonReuters.
- LIPTAK, Adam (2013). "Ronald Dworkin, Scholar of the Law, Is Dead at 81". *New York Times*. New York. February 15.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010). *Los contratos. Parte general*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LUNA SERRANO, Agustín (2013). *Las ficciones del derecho*. Bogotá: Temis.
- MACCORMICK, Neil (2011). *Instituciones del Derecho*. (trad.) Fernando Atria y Samuel Tschorne. Madrid: Marcial Pons.
- MEZA BARROS, Ramón (1979). *Manual de derecho de familia*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Vol. I.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago [dir.] (2016). *Diccionario del español jurídico*. Barcelona: Espasa Calpe.
- OCHOA CARVAJAL, Raúl (2014). *Bienes*. 8ª ed. Bogotá: Temis.
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel (2013). "Expansiones y restricciones de la reivindicación en el derecho contemporáneo", en Carlos CÉSPEDES MUÑOZ (coord.). *Estudios de derecho patrimonial*. Santiago: ThomsonReuters.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2009). "La cuantía de la compensación económica", ahora en Cristián LEPIN MOLINA (dir.). *Compensación económica. Doctrinas esenciales*. Santiago: ThomsonReuters, 2013.
- PLANIOL, Marcel/ Georges RIPERT (1946). *Tratado práctico de derecho civil francés*. (trad.) Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Rivereaud Brusone. La Habana: Cultural. Vol. IX.
- POTHIER, Robert Joseph (1777). *Traité du droit du domaine de propriété*. Paris/Orleans: Debure/Roseau-Monteaute. Vol. I.

- RAMOS PAZOS, René (2005). *Derecho de familia*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (1956). “El Código Civil y la evolución del derecho de familia”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. N° 98. Concepción.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1996). *Regímenes patrimoniales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2006). *Curso de derecho procesal civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Vol. I: La acción y la protección de los derechos.
- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique (1986). *Manual de derecho de familia*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROSTIÓ CASAS, Ignacio (2013). *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*. Santiago: ThomsonReuters.
- SHAPIRO, Fred R. (2000). “The Most Cited Legal Scholars”. *The Journal of Legal Studies*. Vol. 29. N° 1. Chicago.
- SCIUMÈ, Alberto (1989). “Rivindicazione (diritto intermedio)”. *Enciclopedia del Diritto*. Milán: Guiffre. Vol. XLI.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1955). *Evolución del Código Civil chileno*. Santiago: Nascimento.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1963). *Derecho de familia*. 2ª ed. Santiago: Nascimento,
- TARUFFO, Michele (2008). *La prueba*. (trad.) Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán (2014). *Derecho de familia*. 15ª ed. Santiago: ThomsonReuters,
- UNIVERSIDAD DE CHILE (1935). *Historia de la Ley N° 5521. Documentos y discusión*. Santiago: Prensas de la Universidad de Chile.
- WEINRIB, Ernest (2017). *La idea de derecho privado*. (trad.) Eze Paez. Madrid: Marcial Pons.

Jurisprudencia citada

- SCS 2 de febrero de 2012 (rol N° 7694-2011).
- SCS de 17 de abril de 2017 (rol N° 97.812-2016).
- SCS 13 de septiembre de 2017 (rol N° 44.910-2016; MJJ51447).