Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 189
AÑO LIX
ENERO-JUNIO
1991

ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LO QUE LA JURISPRUDENCIA SE LLEVO

CARMEN A. DOMINGUEZ HIDALGO
Prof. de Derecho Civil
RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE
Ex Prof. de Derecho Civil
Universidad de Concepción

I

1º) Entendemos por *jurisprudencia*, para los efectos de estas notas, al conjunto de sentencias pronunciadas sobre un determinado caso, ora por la Corte Suprema, ora por alguna Corte de Apelaciones. En suma, la masa de fallos librados por los citados Tribunales.

2º) Entre nosotros la *jurisprudencia* no es fuente de derecho. "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren" (artículo 3, apartado 2º del Código Civil). Ninguna sentencia, aun labrada por la Corte Suprema, obliga a otro Tribunal. Ninguna es "doctrina legal". En Chile no se da lo que manda la "Ley de Enjuiciamiento Civil" de España, en cuanto permite el recurso de casación de fondo por infracción de ley o de Doctrina Legal. Y como afirma Manresa y Navarro, "nuestro Organo Superior...ha declarado en innumerables decisiones y a través de todos los tiempos...que la doctrina legal útil, para que un recurso de casación en el fondo pueda ser estimado, es la que se establece en repetidas e idénticas decisiones del Tribunal Supremo aplicables al caso del pleito, siempre que la doctrina declaratoria lo haya sido en más de una decisión..."("Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo VII, pág. 565. Editorial Reus. Madrid, 1958).

3º) En el hecho, no obstante lo expuesto, la *jurisprudencia* tiene una importancia trascendental. Por algo la conocida frase que "La ley reina y la jurisprudencia gobierna", dado que es ella la que, en casos precisos, señala el sentido de una norma legal. Por esta particularidad de la *jurisprudencia*, determinadas normas legales dejan de tener aplicación, aunque la "letra" sigue vigente. En el hecho, la *jurisprudencia* se llevó la norma legal. Esto es lo que pretendemos demostrar en las líneas que siguen, recordando determinados casos.

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

II

1º) La ley está ahí, tal cual salió de las manos del Legislador el 14 de diciembre de 1855. Se ha mantenido por más de un siglo; pero las sentencias, por abundante aplicación en un mismo sentido, terminaron con su existencia práctica. Se trata de una paradoja, antaño se le dio un sentido y hogaño otro. Por ello, en la hora de ahora, terminó su vigencia. Vamos al grano.

2º) La disposición legal es la siguiente: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre i una mujer se unen actual e indisolublemente, i por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, i de auxiliarse mutuamente". Es el artículo 102 del Código Civil, de acuerdo a la edición de fines del siglo pasado. El precepto se mantiene hasta nuestros días, salvo que la letra *i* se ha cambiado por la *y*.

3º) De acuerdo a la norma, el matrimonio es *indisoluble*. Se trata de una "relación jurídica de duración", destinada a perpetuarse en el tiempo, porque así lo dispone la ley; pero la *jurisprudencia* terminó con esa característica. Ahora el vínculo es *disoluble*. Parece oportuno traer a cuento lo que en 1898 escribió el maestro Claro Solar, al inicio de su conocida y permanente obra: "No es tampoco una unión (el matrimonio) para determinado número de años, como podría serlo una sociedad comercial, sino para toda la vida, *consertium omnis vitae*. Y es una unión indisoluble porque la ley no acepta el divorcio. En la indisolubilidad del vínculo matrimonial ha fundado el legislador civil la base más sólida de la familia" ("Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", tomo 1, Nº. 522, pág. 206. Santiago de Chile. 1898).

4º) Y como la señora Ester Herrera no tenía conocimiento de lo que decía y dice el artículo 102 transcrito, ni del parecer del maestro Claro Solar, se presentó "ante uno de los juzgados de Santiago demandando a don Carlos Ilabaca, su marido, a fin de que se declarara nulo el matrimonio que celebró con éste ante el Oficial del Registro Civil de una de las circunscripciones de Santiago, fundada en que ninguno de ellos tenía en la circunscripción referida la residencia de tres meses que exige la ley, por lo cual el matrimonio se había celebrado ante funcionario incompetente". El demandado, reconociendo el hecho en que se fundaba la demanda, solicitó que se diera lugar a ella.

5º) Pero el artículo 9 de la Ley de 10 de enero de 1884, sobre Matrimonio Civil, vigente desde el 1 de enero de 1885, disponía y dispone que "los que intentaren contraer matrimonio lo manifestarán por escrito o verbalmente al Oficial del Registro Civil del domicilio o residencia de cualquiera de ellos"; y como la manifestación fue verbal, el Oficial del Registro Civil levantó acta de ella, que suscribieron los interesados, dos testigos y autorizada por el funcionario, como lo ordenaba y lo ordena el artículo 10 de la citada ley. Además, la señora Herrera y el señor Ilabaca expresaron, al hacer la manifestación, que el domicilio de los futuros contrayentes lo tenían desde más de un año en la casa que indicaron y ubicada dentro del territorio de la jurisdicción del Oficial del Registro Civil que autorizó el matrimonio. Ante estos hechos, la Corte de Apelaciones de Santiago no acogió la demanda de la señora Herrera.

6º) Expresó el Tribunal , fundando la negativa: "El acta de manifestación y el acta de matrimono tienen el carácter de instrumentos públicos. La declaración formulada en ellos por los contrayentes en cuanto a que su domicilio lo tenían en determinada casa a la fecha de la celebración del matrimonio, hace plena fe contra ellos y no es aceptable que

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se pretenda desvirtuar su verdad por medio de prueba testimonial producida años después". La Corte Suprema mantuvo el fallo. El matrimonio no fue disuelto, no obstante el deseo de los cónyuges (sentencia 9 de agosto de 1920, *Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 19, seg. parte, sec. 1a., pág. 213). Es que el 5 de enero de 1916, la Corte Suprema había resuelto que "las actas tanto de manifestación como la de información de matrimonio, constituyen instrumentos públicos que hacen plena fe contra los otorgantes en cuanto a las declaraciones que en ella han hecho" (*Rev. de Der.. y Jurisp.*, t. 13, seg. parte, sec.1a., pág. 267). El matrimonio, en suma, era indisoluble.

7º) Era de pensar que la *indisolubilidad* del matrimonio quedaba consagrada por la ley y la *jurisprudencia*. Pero ésta "tiene nombre de mujer" por lo que, como escribieron Pedro Luis y Héctor Erizzo, alegando el padre de ellos en la Sala de Apelaciones de Casale, Italia, y al sostener que tenía en su favor la jurisprudencia más reciente, el "Presidente no pudo ya dominarse. En su pintoresco lenguaje simidialectal, explotó: "Querido abogado, no me hable usted de la jurisprudencia; la jurisprudencia no es sino un romance. ¡La hacemos nosotros!". (*La vida del abogado*, pág. 112. Barcelona, octubre 1955).

No extrañará, por tanto, que el 29 de diciembre de 1930 la Corte Suprema haya expresado: "Las leyes de matrimonio y de Registro Civil de 10 de enero y 17 de julio de 1884, respectivamente, y el reglamento para la ejecución de ambas de 24 de octubre del mismo año, no incluyen entre las circunstancias que deben expresarse al hacer la manifestación para contraer matrimonio, el domicilio o residencia de los interesados, ni exigen que en la información sumaria que deben rendir los futuros contrayentes al hacer la manifestación se haga referencia a ese domicilio o residencia. En consecuencia, los instrumentos matrimoniales en que se deja testimonio de esa manifestación e información no están destinados por la ley a consignar el domicilio o residencia de las partes y, por consiguiente, sobre las enunciaciones hechas al respecto, expresa o tácitamente, esos documentos no son públicos, porque para ese particular no tiene competencia dada por la ley el Oficial de Registro Civil. En consecuencia, el fallo que da el carácter de instrumentos públicos y de prueba a lo dicho en los documentos matrimoniales respecto al domicilio, es nulo. No procede negar valor a las declaraciones de los testigos que afirman que los contrayentes no tenían domicilio o residencia dentro de la jurisdicción del Oficial Civil ante el cual se contrajo el matrimonio, por las circunstancias de haber firmado el acta de manifestación matrimonial hecha ante ellos mismos y podido oír la afirmación de los contrayentes sobre su domicilio" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 28, seg. parte, sec. 1a., pág. 423). Lo anterior, no obstante que la demandada se había opuesto a la nulidad impetrada por el marido. Ahora el dicho de los testigos de la manifestación, prestando testimonio ante el Tribunal que conocía del litigio sobre nulidad del contrato, fue suficiente para destruir el mérito probatorio del instrumento, lo que antaño no fue posible, según hemos recordado. Es que a los Ministros de la Corte Suprema, al igual que a los testigos, no les agradaba una de las "Rimas" de Gustavo Adolfo Becquer: "Hoy como ayer, /mañana como hoy, /¡y siempre igual!"

8º) Pensamos que el fallo anterior puede hacer argumentar a más de un letrado que si el matrimonio anulado se hubiera celebrado después del 10 de febrero de 1930, en que se publicó la Ley Nº 4.808, sobre "Registro Civil", otra habría sido la solución *jurisprudencial*, dado que esta ley, en el artículo 39 Nº 7, dispuso y dispone: "Las inscripciones de matrimonios, sin perjuicio de las indicaciones comunes a toda inscripción, deberán contener: los nombres y apellidos de los testigos y su testimonio, bajo

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

juramento, sobre el hecho de no existir impedimentos ni prohibiciones para celebrar el matrimonio y sobre el *lugar del domicilio o residencia de los contrayentes.*" Pero el precepto citado no impidió lo que los legisladores de 1930 pensaron al colocar la norma anterior. Así, una sentencia expresó: "No infringe los artículos 35 y 39 Nº 7 de la Ley Nº 4.808, sobre Registro Civil, 9 y 12 de la Ley de Matrimonio Civil y 308 del Código Civil, la sentencia en que los falladores, apreciando el mérito de la prueba rendida, con facultades que les son soberanas, dan por acreditado el fundamento de la acción, o sea que el Oficial del Registro Civil que intervino en la celebración del matrimonio no correspondía al domicilio de ninguno de los contrayentes, si no se ha invocado en el recurso, como causal, infracción alguna relacionada con la violación de las leyes reguladoras de la prueba" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 46, seg. parte, sec. 1a., pág. 121). En suma, la norma legal de 1930 se escribió, en esta materia, para no decir nada, dado que el "acta de matrimonio, como afirma el fallo recién citado, con ser instrumento público, no está destinada por la ley a determinar el domicilio y residencia de los esposos. El certificado de matrimonio tampoco garantiza la verdad de las declaraciones de los contrayentes en ninguna de sus partes". El litigio al que se ha hecho referencia, añadimos, fue realmente un "litigio": el marido demandado se opuso a la petición de la cónyuge, que demandó y obtuvo la nulidad del contrato.

9º) Y como el Legislador del siglo XIX cuidaba que la ley fuera respetada, el Código de Procedimiento Civil, vigente a partir del 1 de marzo de 1903, reforzó que el matrimonio es *indisoluble.* Dispuso: "Cuando la sentencia que dé lugar a la nulidad...no sea apelada, deberá elevarse en consulta al tribunal superior, y si él estima dudosa la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del negocio y procederá como si en realidad se hubiera interpuesto oportunamente apelación, oyendo al ministerio público. En caso contrario aprobará la sentencia" (artículo 753).

10º) Hoy la consulta es verdaderamente "un trámite". Las Cortes de Apelaciones reservan al "trámite" el día final de la semana, sin darle en la tabla la mayor importancia. Ante las primeras palabras del Relator, que inicia la cuenta del proceso en que se ha tramitado la acción de nulidad, la pregunta es la siguiente: "¿Están de acuerdo los litigantes en la nulidad "decretada" por el juez?" Y ante la respuesta afirmativa del Relator, se le dicta: "Vistos: Se aprueba la sentencia consultada. Devuélvase". Las "retenciones" son resoluciones del pasado.

11º) En suma, la *jurisprudencia* se llevó la *indisolubilidad* del matrimonio. Si los cónyuges están de acuerdo en la nulidad del vínculo, los Tribunales no se oponen con argumentos legales. Y, de esta suerte, en Chile no hay divorcio con disolución del vínculo...Así todos contentos: Iglesia y particulares...La letra igual. Es la misma canción. Lo que ha cambiado es la música. Es como ... "Lili Marlene": en un principio fue cantada por la escandinava Lole Andersen; y cuando los aliados se la llevaron -la canción-, a medida que derrotaban a los alemanes en la última guerra, apareció cantándola Marlene Dietrich, contraria desde siempre a Hitler. Mas, la letra es la misma: "Allí volveremos a vernos, / junto, al farol, otra vez. /¡Cómo antes, Lili Marlene!/".

III

1º) Tenemos a la vista el índice de los primeros diez tomos de la "Revista de Derecho y Jurisprudencia". El artículo 889 del Código Civil, con el que inicia este cuerpo legal la

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

acción reivindicatoria, recibe aplicación en 24 oportunidades, en igual número de litigios. El artículo 2.195, apartado 2º, que trata de una situación de hecho, aunque una abundante *jurisprudencia* ha visto en ella un comodato precario, no es objeto de una sola cita. Revisamos, luego, los fallos más recientes y hemos comprobado que el artículo último recibe cada día más aplicación. Así, en el tomo 85 de la citada revista se le trajo al debate en 4 oportunidades y en una sola el artículo 889.

2º) La conclusión que desprendemos es que la *jurisprudencia* se llevó la acción de dominio, aunque con vida en la letra del Código Civil. En su reemplazo, la situación de hecho contenida en el apartado 2º del artículo 2.195 ha venido a ocupar el sitio de aquélla. ¿Por qué la doctrina jurisprudencial ha terminado con la aplicación de las reglas dadas por el Legislador de 1855 para la acción reivindicatoria o de dominio? Damos respuesta citando la doctrina de un fallo de la Corte Suprema de 16 de octubre de 1948: "Procede desechar la acción reivindicatoria si el demandante no ha acreditado que el antecesor de quien deriva su título de dominio inscrito fue dueño o poseedor del fundo materia de la demanda -calidades que le niega el demandado, que ha estado y está en posesión material del mismo- y si no ha probado tampoco que él le haya poseído materialmente" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 4, seg. parte, sec. 1a., pág. 65). ¿Y debido a qué razón o razones el artículo 2.195, inciso 2º, recibe aplicación desde hace años? En respuesta, traemos a cuento lo que se encuentra en la sentencia de 21 de agosto de 1945: "Para que exista comodato precario, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) que el que se dice comodante sea dueño de la especie cuya restitución reclama; b) que la persona contra la cual reclama sea simple tenedora y, por tanto, carezca de título de mera tenencia; y c) que ello ocurra por ignorancia o mera tolerancia del dueño" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 44, seg. parte, sec. 2a, pág. 59).

3º) De confrontar los artículos traídos a colación llegamos a las siguientes conclusiones: a) Que ambas acciones -una real y la otra personal- piden en el actor que sea titular del derecho de dominio respecto de la especie que se reclama; y b) Que pesa sobre el actor acreditar ese derecho con que obra y en relación a la especie que solicita del Tribunal le sea restituida por el emplazado.

4º) Mas, tratándose de la prueba del dominio de los inmuebles, el fallo citado y otros, piden en el actor un medio probatorio diverso que es, en esencia, lo que pensamos es la causa por la que la *jurisprudencia* se llevó a la acción real o de dominio. Al reivindicador le pide volver al pasado, porque con la sola escritura pública que contiene su contrato-compraventa, permuta, etc., e inscrita en el Registro de Propiedad del Conservatorio de Bienes Raíces respectivo, que lo ha llevado a ser poseedor del inmueble, no le basta para justificar el derecho de propiedad. Le piden, además que pruebe que su vendedor y tradente fue, a su vez, propietario, hasta llegar al modo de adquirir prescripción. Por esto ya hemos recordado lo dicho por la Corte Suprema: Procede desechar la acción reivindicatoria si el demandante no ha acreditado que el antecesor de quien deriva su título de dominio inscrito fue dueño o poseedor del fundo materia de la demanda"; prueba que los antiguos llamaban *diabólica*: es verdaderamente asombroso que no se encuentre disposición legal alguna acerca de la prueba del derecho de propiedad si consideramos que el derecho de crédito al contrario tiene una prueba minuciosamente regulada por la ley. El único modo de suministrar una prueba absoluta del derecho de propiedad consiste en probar que ha poseído, uno mismo o en combinación con sus causantes, durante el tiempo requerido para la usucapión" (*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo tercero,

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Los Bienes, Nº 356, pág. 307. *Planiol y Ripert.* Habana. 1930). En suma, es como si el reivindicador fuera un "hombre viejo", que son los que viven del pasado, de acuerdo a lo que escribió Guy de Maupassant, el epígono de Flaubert, en uno de sus cuentos. A partir de la Ley Nº 6.162 de 20 de enero de 1938 no se pide ser tan "viejo".

5º) El que se asila en el artículo 2.195, inciso 2º, del Código Civil, prueba el dominio con la sola escritura pública en que se contiene el contrato-compraventa, permuta, etc., debidamente inscrita en el Registro de Propiedad correspondiente y en que consta cómo el actor adquirió el dominio y posesión. Así, el 25 de marzo de 1969 la Corte de Apelaciones de Temuco expresó: "Se ha acreditado con el mérito de plena prueba, como se ha dicho, que los actores son dueños en común, por iguales partes, del total del predio de que se trata (uno, exhibiendo la escritura pública de compraventa de 7 de julio de 1966, inscrita a fojas 136 vuelta Nº 134 del Registro de Propiedad del Conservatorio de Bienes Raíces de Temuco del citado año; y el otro comunero, con la escritura de compraventa de su 50% del inmueble de 12 de junio de 1968, inscrita a fojas 92 vuelta Nº 84 del Registro de Propiedad del Conservatorio de Bienes Raíces de Temuco de 1968)" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 66, 2a. parte, sec. 2a., pág. 10). Otro fallo resolvió: "Que la sentencia recurrida acogió la demanda de autos, fundada en que la actora comprobó su dominio sobre el bien raíz que reclama, establecido con el mérito de la escritura pública de 2 de octubre de 1970...inscrita en el Conservatorio respectivo el 21 de octubre del mismo año..." (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 70, 2a. parte, sec. 1a., pág 71). Y años antes , frente a un recurso de casación en el fondo fundado en que se ha violado esta disposición (artículo 2.195) porque al aplicarla, "los sentenciadores han creído, erradamente, que por el hecho de haber celebrado el contrato de compraventa doña...con doña...y de haberse inscrito la compra en el Conservatorio de Bienes Raíces, efectivamente es dueña doña... de la propiedad vendida. Para incurrir en tal error se ha olvidado que, según nuestra legislación, no se exige que el vendedor transfiera efectivamente el dominio de lo que vende, sino simplemente está obligado a hacer entrega y proporcionar el uso y goce de lo que venda; de ahí que el artículo 1.815 del Código Civil establece que la venta de cosa ajena vale", la Corte Suprema desestimó el recurso, teniendo presente: "Que para ejercitar la acción de precario deducida en la demanda de fojas 5, doña...invoca la posesión que tiene del inmueble que reclama en virtud de la inscripción de la venta que le hizo doña..., y con motivo de la tradición que esa inscripción operó, los jueces de la causa han reconocido el derecho que el artículo 2.195 da al dueño de una cosa para reclamarla de quien la tiene sin previo contrato y sólo por ignorancia o mera tolerancia; que al proceder sobre la base del reconocimiento de esa calidad de dueña y poseedora, han hecho correcta aplicación del citado artículo 2.195" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, tomo 41, seg. parte, sec. 1a., pág. 177).

6º) A lo expuesto hay que añadir lo referente al procedimiento creado por la Ley Nº 7.760 de 5 de febrero de 1944 que modificando el antiguo artículo 838 (837) del Código de Procedimiento Civil, hoy 680, dispuso y dispone que el procedimiento sumario se aplica, de acuerdo al Nº 6º: "A los juicios sobre depósito necesario y comodato precario". Antes de la ley citada, las acciones nacidas del comodato precario, de acuerdo a la *jurisprudencia*, se tramitaban en juicio ordinario o de lato conocimiento. Así, en sentencia de 6 de julio de 1938, librada por la Corte Suprema, se deja constancia que "seguido el *juicio ordinario* por todos sus trámites, el juzgado desechó la demanda", haciendo aplicación de los artículos 2.194 y 2.195 del Código Civil (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 36, 2a. parte, sec. 1a., pág. 55).

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

IV

1º) En octubre de 1933 un agricultor vendió 2.500 quintales de trigo "en verde" a una sociedad. Se dijo en el negocio jurídico que el precio se pagaba al contado. En el hecho esto no sucedió, por diversas circunstancias que no son del caso anotar. La entrega debía verificarse a más tardar el 31 de marzo de 1934. Y como el vendedor necesitaba dinero con suma urgencia vendió el trigo a otra persona, la que sí le canceló el precio de inmediato. Decir que el vendedor no cumplió con la obligación de entregar los 2.500 quintales de trigo a la sociedad sería "hablar para no decir nada".

2º) Ante el incumplimiento del vendedor, según el punto de vista de la sociedad compradora, aquél fue demandado para que indemnizara los perjuicios, que se hicieron consistir en la diferencia de precio por quintal, desde la fecha del contrato y el 31 de marzo de 1934. En otros términos, el *lucro cesante*, que es el aumento patrimonial que la actora pensaba obtener si el vendedor hubiera cumplido con la entrega, ya que así la sociedad compradora habría realizado una reventa a mayor precio, lo que no pudo alcanzar por incumplimieno del agricultor-vendedor. Como ha dicho la *jurisprudencia*, el *lucro cesante* es la pérdida de la ganancia (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 22, 2a. parte, sec. 1a., pág. 452); lo que se deja de ganar y que se debería haber obtenido si el contratante negligente hubiera cumplido, añade el fallo de 8 de enero de 1953 (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 50, seg. parte, sec. 1a., pág. 21). Y no demandó la sociedad el *daño emergente* porque ella no había entregado el precio, tal cual se ha dicho. Este daño consiste en la prestación misma incumplida, que cambia de objeto: la prestación a que el deudor se obligó es reemplazada por la indemnización, de acuerdo al fallo recién traído a colación.

3º) A la demanda el emplazado opuso la excepción de incompetencia de la Justicia ordinaria para conocer del litigio. Afirmó que en el contrato se había previsto la designación de un árbitro para conocer y resolver las dificultades que pudieran surgir durante la vida del negocio jurídico y era a éste al que correspondía que la sociedad actora enderezara la demanda. Y decidir esta cuestión de competencia demandó algunos años, aunque no se trató, ni remotamente, del juicio "Jarndyce y Jarndyce", que en *La Casa Deshabitada* relata Dickens. Por lo demás, es bien cierto lo que expresa Bart Spicer: "El tiempo de los juristas...no tiene ningún punto de referencia con el tiempo de los seres civilizados..." (*El Adversario*, pág. 315). Estaban los litigantes en el año 1939. La Corte de Apelaciones de Concepción había resuelto que procedía la designación del árbitro; designación que, antaño y hogaño, es un punto controvertido, por lo que tuvo la Justicia ordinaria que hacer ese nombramiento. Es que es bien sabido, aunque no es grato expresarlo, que más vale una cuarta de juez que una vara de justicia...". El arbitro dio la razón a la demandante, condenando al agricultor al pago de una cantidad de dinero equivalente a la diferencia entre el precio de venta de los 2.500 quintales de trigo y el existente a la fecha de la demanda ante el juez, que era lo que había solicitado la persona jurídica compradora, para lo cual rindió una abundante prueba; pero del precio que había tenido el quintal de trigo a la fecha prevista para su entrega -31 de marzo de 1934- ninguna probanza allegó al proceso.

5º) Apelado el fallo arbitral, la Corte de Concepción lo revocó. Tuvo en cuenta sólo que la prueba allegada por la demandante era impertinente, en el sentido que no era la que venía al caso. Sostuvo que los perjuicios de cargo del demandado era la suma del dinero consistente en la diferencia de valor del trigo entre la fecha del contrato y el 31 de marzo

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de 1934, de existir tal diferencia; y como nada había en el proceso sobre el punto, porque no allegó prueba alguna la actora, el demandado quedó libre de pagar perjuicios, de haber existido.

6º) Es que el letrado autor de la primitiva demanda de la sociedad actora había fallecido. El nuevo abogado no hizo otra cosa que transcribir esa presentación, obra de un gran abogado, y alterar las cantidades que había en esa antigua demanda. La Corte, por lo visto no aceptó que el antiguo letrado, ya muerto, siguiera ganando litigios. No admitió que fuera un nuevo Cid Campeador, que era lo que, al parecer, pretendía el último letrado de la sociedad demandante. Por el contrario, la Corte aceptó la tesis del demandado y que éste apoyó en Planiol y Riper, cuando dicen: "El perjuicio, en principio, debe tasarse en el momento en que ha sido sufrido por el acreedor, porque ése es el modo de reponer a éste en la situación en que debió encontrarse si se hubiera cumplido la obligación" (*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo 7º, Nº 856, pág. 162. Cultura, S.A. Habana. 1936). ¿Cuándo, preguntamos, había sufrido el perjuicio la compradora, de haber existido? El 31 de marzo de 1934 y no en 1938. Los años perdidos en el litigio no eran imputables al agricultor, si bien había planteado el problema del arbitraje y con éxito.

7º) Es que el Tribunal de segunda instancia, sin expresarlo, estimó que la sentencia de condena no crea el derecho a la reparación. Ella se limita a verificar la existencia de ese derecho. Es de esos fallos que los doctrinadores denominan *declarativos*. "El derecho a la reparación se origina del derecho mismo que ha sido lesionado, desde el instante de la realización del daño. La prueba está en que, desde ese instante se halla expedita ciertamente a la víctima la acción que sanciona el derecho. La prueba está también en que el responsable que repara inmediatamente después del daño, sin esperar una sentencia de condena, cumple con su obligación, paga una deuda" (Mazeaud: *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, volumen 2º, Nº 619, pág. 391. Buenos Aires, 1960).

8º) Llevado el problema por la sociedad actora a la Corte Suprema, ésta expuso: "Para regular la indemnización de perjuicios que se deben por el incumplimiento de un contrato, en que el vendedor no entregó los productos agrícolas en el tiempo oportuno, sin que hubiera dolo de su parte, debe considerarse la época en que incurre en mora y no aquella en que la otra parte *dedujo su acción* y, en consecuencia, los perjuicios consistirán en el mayor valor sobre el precio de compra que tuvo la mercadería al incurrir el vendedor en mora, que son los perjuicios que debe estimarse que previó. Los perjuicios contractuales son compensación y no pueden ser objeto de lucro, y menos si no hay dolo en el incumplimiento del contrato, en que el deudor sólo responde de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse a la *fecha del contrato*. Tales perjuicios tienen que referirse al precio de los productos vendidos a la fecha *estipulada para la entrega*, fecha en la cual el comprador pudo adquirir en otra parte lo que había comprado y no se le entregaba, y no a una fecha indefinida posterior que, por su propia indeterminación, los contratantes no han podido tener en cuenta al celebrar el contrato. En consecuencia, no habiéndose probado la diferencia de valor que tenían los productos vendidos *a la fecha estipulada para la entrega* y habiéndose litigado sobre la especie y monto de los perjuicios, debe rechazarse la demanda" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, tomo 42, 2a. parte, sec. 1a., pág. 79).

9º) Con el paso de los años nos preguntamos: ¿se ha llevado la *jurisprudencia* lo anterior? ¿Siguen siendo los fallos de los denominados *declarativos* o, por el contrario, el

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

crédito lo origina la sentencia que condena a la reparación de los daños, cuando se viola un contrato? ¿Es, en suma, una *sentencia constitutiva*, creadora del derecho del acreedor?. Si la respuesta es positiva, la *jurisprudencia* se ha llevado lo anterior, aunque la ley está tal cual.

10º) A las anteriores interrogantes los autores dan la siguiente respuesta: "En relación al fenómeno de las *oscilaciones de valor de la moneda*, se presenta el problema del momento al que es necesario referirse en la liquidación del daño contractual...Si se tiene en cuenta, como es necesario, la circunstancia de que el resarcimiento debe servir para restaurar el patrimonio del acreedor, perjudicado por el incumplimiento, o por el retardo en el cumplimiento, debe preferirse la solución que, a los fines de la liquidación del daño, se refiere al *momento en que se haga* efectivo el resarcimiento, porque sólo en *tal momento* el acreedor, obteniendo su crédito por resarcimiento, se encuentra en situación de sustituir, en el propio patrimonio, el elemento que ha llegado a faltar por efecto del incumplimiento. Le compete, por tanto, una *suma* que sea suficiente para tal sustitución. Porque si la suma abonada a título de resarcimiento fuese insuficiente, por efecto de desvalorización monetaria, se resarciría solamente una parte del daño y no el daño entero, como, por el contrario, debe hacerse (Messineo: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo IV, Nº. 5º ter., pág. 255. Buenos Aires, 1955). Lo mismo sostiene Mazeaud (op.cit. Nº 619, pág. 391).

11º) En el fallo de 10 de junio de 1985 la Corte Suprema da acogida, por así decirlo, a la sentencia *constitutiva*. Dispuso que las sumas pagadas por el prometiente comprador, a cuenta del precio del contrato de compraventa, se le deben restituir por el prometiente vendedor que no cumplió, a título del daño emergente sufrido por aquél, "sin depreciaciones consecuencia de la desvalorización de la moneda, o sea, cancelarse con el reajuste del I.P.C., contado desde la entrega del dinero por el actor, esto es, desde...ya que en esa fecha el demandante se desprendió de esa suma, conservándose así, con el pago del rejuste, el poder adquisitivo de la cantidad entregada y cuya restitución se solicita". "Que la obligación referida es una obligación de dinero y por ende produce intereses, esto es... desde el día de la notificación de la demanda y calculados sobre la cantidad que se debe, reajustada..." (*Rev. de Der. y Jurisp.* t. 82, 2a. parte, sec. 1a., pág. 31).

V

1º) La violación de un contrato no servía de apoyo para obtener la indemnización del *daño moral*, que pudiera llevar consigo el incumplimiento. Así lo resolvió el fallo de casación de 8 de junio de 1936 (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 33, 2a. parte, sec. 1a., pág. 331). Esta *jurisprudencia* se reitera en la sentencia del 18 de abril de 1950, al sostener la Corte Suprema que "es sabido que el artículo 2.329 del Código citado (Civil), por el cual se ordena la indemnización del *daño moral* se encuentra en el Título XXXV del Libro IV de dicho cuerpo de leyes, destinado a reglar las responsabilidades que nacen de los delitos y cuasi delitos, motivo por el cual no podría hacerse extensivo a la responsabilidad originada en la falta de cumplimiento de los contratos" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 47, seg. parte, sec. 1a., pág. 127, consd. 3º).

2º) Lo que se termina de expresar era el criterio jurisprudencial en la denominada responsabilidad contractual, prevista particularmente en los artículos 1.489, 1.545,

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1.556 y 1.557, entre otros preceptos del Código Civil. Esta responsabilidad, como se sostiene generalmente, sería opuesta a la delictual o cuasidelictual, reglamentada por el Titulo XXXV, del Libro IV, del cuerpo legal citado. Mas, ciertos doctrinadores sostienen que la responsabilidad es una sola, con algunas variantes, ora que la víctima persiga el daño que tiene por causa la violación de un contrato, ora el daño que tiene por causa un hecho ilícito. Así, para los Mazeaud: "En la actualidad, todo el mundo admite que el ámbito de la responsabilidad civil engloba la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual o cuasidelictual. Cabe afirmar incluso que resulta imposible estudiar la segunda separándola de la primera. Desde luego, una de ellas posee la primacía sobre la otra: la responsabilidad delictual y cuasidelictual constituye la responsabilidad de derecho común. De ahí resulta que las reglas de la responsabilidad contractual pueden ser completadas por las de la responsabilidad delictual" (ob.cit., parte 2a., vol.11, Nº 391, pág. 32).

3º) Aceptando que entre nosotros se da la responsabilidad contractual, separada de la delictual y cuasidelictual, la *jurisprudencia*, como ya lo hemos recordado, no aceptaba que el *daño moral* pudiera tener sitio en la primera, porque la violación de un contrato no podía originar un daño de esta especie. Pero ciertos autores sostienen lo contrario. Así Mazeaud y Tunc dicen: "La *jurisprudencia* y la casi unanimidad de la doctrina admiten la reparación del perjuicio extrapatrimonial en materia delictual y cuasidelictual. ¿Sucede lo mismo en materia contractual? La cuestión se plantea muy rara vez, pero, está bien lejos de ser simple cuestión teórica. Son numerosas las convenciones que interesan directa o indirectamente a nuestros sentimientos, a nuestra tranquilidad, a nuestra salud física y moral, a nuestra consideración y a nuestro honor. El examen de la *jurisprudencia* lo confirmará así. ¿Podrá reclamarle entonces el acreedor al deudor reparación de la lesión sufrida en su patrimonio moral por el hecho incumplido?" (*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t.1, vol.1, Nº 329, p. 465. Buenos Aires, 1961). Y como dando anticipada respuesta a los autores citados, Josserand escribió: "...en la reparación de los delitos y de los cuasidelitos..., la jurisprudencia tiene en cuenta el perjuicio moral lo mismo que el perjuicio material:...pero, en el terreno contractual, se muestra menos audaz; tiene una propensión muy marcada a no tener en cuenta más que el daño de orden material; si por ejemplo, un depositario no restituye el cuadro que le había sido confiado, será condenado a los daños y perjuicios que represente el valor intrínseco del lienzo, sin que el juez haga entrar en cuenta el interés especial de afección que presentaría para el depositante, que se encuentra así privado de un retrato de familia al que apreciaba en mucho". "Es muy probable que esta *jurisprudencia*, que quizá no se ajusta tanto a la tradición como ordinariamente se cree, por lo menos a tradición romana, llegue a evolucionar en sentido liberal y que el daño moral sea tomado en consideración para la determinación de la indemnización contractual" (*Derecho Civil*, t.11, vol.1º, Ns. 628 y 629. Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch y Cía, Editores. Buenos Aires, 1950).

4º) Esto es lo que ha sucedido entre nosotros. La *jurisprudencia* ha evolucionado. El 3 de julio de 1951, la Corte Suprema resolvió: "Que el daño sufrido por la demandante, al ponerse en movimiento el tranvía antes de que ésta descendiera, accidente en que resultó con la pierna izquierda fracturada, que después se le amputó más abajo de la rodilla, tiene un doble efecto aunque una misma causa. Los efectos son *material y moral*. Sobre el primero y el segundo no hay cuestión que, por regla general, no sea reparable. El problema radica en si es posible, jurídicamente, *indemnizar el daño moral*, cuando la culpa se genera en el

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cumplimiento de una obligación contractual; en este caso, el contrato de transporte celebrado entre la actora y la empresa demandada" (consd.12). Y argumentando en favor de esa posibilidad, añadió: "...la ley positiva no hace sobre el particular ninguna distinción, tanto más cuanto que, como se ha manifestado, ambos daños tienen una misma causa, aunque efectos diferentes. El uno, el material, es la pérdida, en la especie, de la integridad corporal de un individuo, que se traduce en la disminución de su capacidad de trabajo. Y en el otro, el moral afecta a su psiquis, que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente, que, como aquél, repercute en su actividad de trabajo y, por ende, en sus facultades económicas" (consd.14) (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t.48, 2a. parte, sec. 1a., pág. 252). Más tarde, en sentencia de 14 de abril de 1954, expresó: "Si se admite, como ocurre en la especie, que el *daño moral* es indemnizable cuando proviene de un cuasidelito, es ilógico rechazarlo si se le funda en el contrato; si el hecho es uno, llámese él cuasidelito o infracción contractual, si la consecuencia es la misma: dolor, sufrimiento, desesperación, a veces ante una vida tronchada, no es dable negarle su eficacia a la ley a pretexto de no haberse previsto un acto de ordinaria ocurrencia como es el accidente y sus consecuencias. Podrá, acaso, no haber a veces proporción entre la inmensidad del daño y una indemnización pecuniaria, pero como se ha dicho alguna vez "el que una cosa no pueda hacerse mejor, no es motivo para no hacerla" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 51, seg. parte, sec.1. a, pág. 74).

5º) Ha penetrado, de acuerdo a los dos fallos recién transcritos, la obligación de indemnizar el *daño moral*, en casos específicos de violación de un contrato. La *jurisprudencia* se llevó la teoría contraria. Le ha bastado que el daño moral sea previsible al contratar, para el supuesto que el negocio jurídico sea violado. El artículo 1.558 del Código Civil, vigente desde hace más de un siglo, viene, en la hora de ahora, a tener sitio para justificar la indemnización del *daño moral*, en la denominada responsabilidad contractual. Por ello, "los jueces de la instancia no han quebrantado el referido artículo 1.558, que dispone que el deudor es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, supuesto que conforme a lo dicho, el deudor (la empresa demandada) ha previsto o podido prever el daño causado a la demandante, sin que se haya destruido la presunción legal de culpa que le afecta a aquél, prueba que a él sólo correspondía" (consd.15, fallo de 3 de julio de 1951, citado). Es que deben recibir, igualmente, aplicación los artículos 1.553, que impone al deudor: obligación de indemnizar los perjuicios resultantes de la violación del contrato, sin hacer distinciones de su causa; y 1.556, que tampoco la hace. Es que los jueces que aceptaron la teoría que el *daño moral* debe ser indemnizado, aunque él ocurra por la violación de un contrato, nos llevan a la paráfrasis; "litigante, no hay *jurisprudencia*, se hace *jurisprudencia* al litigar".

VI

1º) Por lo que hace a la denominada responsabilidad delictual y cuasidelictual, la *jurisprudencia* considera formando parte de ella a la indemnización del daño moral. Frente a la tesis que "éste no es indemnizable, ya que la ley y los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil se han referido, únicamente, al daño que importe una disminución del patrimonio y que pueda ser apreciable en dinero", la Corte Suprema, manteniendo el fallo de la Corte de Apelaciones, respondió: "Que, asimismo, debe tomarse en cuenta para fijar

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la indemnización del *daño moral* experimentado por el demandante con el fallecimiento de su hijo en las condiciones trágicas que quedan descritas, porque también está sujeto a reparación el daño de esta especie, desde que no lo ha excluido la ley y desde que origina la privación de los afectos y cooperación, que son inherentes a las relaciones familiares" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 38, seg. parte, sec. 1a., pág. 239).

2º) En lo referente a la naturaleza jurídica de las sentencias que ordenan la indemnización del *daño moral*, la *jurisprudencia* las considera *constitutivas*. En la de 20 de junio de 1975 se afirma, en lo pertinente:

"8º. Que el derecho a la reparación completa del daño en la extensión necesaria para que la víctima quede indemne de todo perjuicio legalmente reclamado, es la regla básica en materia de responsabilidad, y es la *sentencia* que se dicta en el proceso la que fija el monto de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado por un cuasidelito que ha causado daño y el fallo que otorga una indemnización que no cubre todos los perjuicios sufridos por la víctima, no satisface este derecho y no cumple con el deber legal de fijar un monto que repare de todos los daños que le ha significado el hecho punible" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 72, seg. parte, sec. IV, pág.160). Otra sentencia expresó: "La apreciación del monto del *daño moral* no está sujeta a variaciones por el transcurso del tiempo y se da cumplida satisfacción del derecho a ella, mediante su determinación en la sentencia de la instancia, sin perjuicio de su reajuste desde ese instante hasta la fecha del pago efectivo. Procede, en consecuencia, acoger el recurso de queja deducido respecto de la sentencia definitiva de segunda instancia que otorga reajustes sobre el monto del *daño moral* y *material* determinado en la sentencia desde la fecha en que ocurrió el cuasidelito de lesiones" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 75, seg. parte, sec.1a, pág. 605, 7 noviembre 1978). El 23 de marzo de 1968, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió: "La regulación del *daño moral* que se demanda, corresponde hacerla en la oportunidad en que se dicta la sentencia" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 80, seg. parte, sec. 2a., pág.11). En fin, ya en el fallo de 8 de octubre de 1974, en la consideración 4a., se había traído a colación las sentencias *declarativas* y las *constitutivas* (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 71, seg. parte, sec. IV, pág. 278).

3º) Admitida la naturaleza *constitutiva* de las sentencias que regulan el monto de la indemnización del *daño moral* y de cargo del deudor, existe incertidumbre acerca del *hecho* a partir del que se debe reajustar ese monto. Se puede sostener que nunca es más cierta la afirmación que "la ley es lo que el juez decide". Así, "desde el cobro", efectuado el 18 de mayo de 1970, si bien el *hecho* había ocurrido el 28 de junio de 1968 (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 69, seg. parte, sec. IV, pág. 66); desde la *fecha de la sentencia* que lo ha regulado y hasta su pago efectivo, de acuerdo a los índices oficiales, resuelven los fallos de 3 de junio de 1973 y 23 de marzo de 1983 (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 70, seg. parte, sec. IV, pág. 65; y t. 80, seg. parte, sec. 2a., pág.11, respectivamente); en el fallo de 8 de octubre de 1974 se indica la "época de la iniciación del reajuste el de la *fecha de la demanda*", si bien un ministro estimó que debía ser desde el día en que se cometió el delito, el que ha ido cambiando de criterio con el paso de los años (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 71, seg. parte, sec. IV, pág. 278); desde que se *notificó la demanda* y hasta el mes que preceda al pago, resolvió la sentencia de 20 de junio de 1975 (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 72, seg. parte, sec. IV, pág. 160); a partir de la *fecha del fallo de primera instancia*, con sus correspondientes intereses, pero no desde el día en que tuvo lugar el "ilícito penal", para la sentencia de 3 de octubre de 1985, que contó con el voto del ministro que sí había aceptado desde que se *había cometido* el hecho ilícito, según lo hemos recordado (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 82, seg. parte, *sec. 1a,*

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pág. 80); a partir del día que tuvo lugar el *hecho ilícito* y hasta el mes anterior al pago efectivo de la indemnización, se puede leer en la sentencia de 13 de marzo de 1985 (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 82, 2a. parte, *sec. 2a.*, pág. 6); a partir de la *fecha de este fallo* y la de su pago...y al pago de intereses desde la notificación de la demanda, según la sentencia de 21 de enero de 1988 (*Rev. de Der. y Jurisp.*,t. 85, 2a. parte, *sec. IV*, pág. 1), fallo que contó con el parecer del ministro que, el 8 de octubre de 1974, pensó que era mejor desde el momento que había tenido lugar el hecho ilícito, que la indemnización deberá ser reajustada en el mismo porcentaje de variación del I.P.C...., entre el *mes anterior a la notificación* de la demanda y el mes anterior al del pago, más intereses legales calculados sobre la indemnización reajustada, dice la sentencia 17 de diciembre de 1981 (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 78, seg. parte, *sec. V*, pág. 317); etc.

VII

1º) El 8 de marzo de 1968 la Corte de Concepción, en una sentencia que es clásica, junto con disponer la indemnización del daño emergente, ordenó cancelar, además, la desvalorización monetaria, todo dentro del campo de la responsabilidad denominada delictual y cuasidelictual. El fallo del *a quo* había ordenado el pago sólo del daño emergente a la fecha del hecho. Y fundando su resolución, el Tribunal de alzada expresó: "Respecto de lo que se cobra por concepto de la desvalorización monetaria, tal petición no aparece amparada por alguna disposición legal que la justifique. Sin embargo, no puede desconocerse la evidencia de que la desvalorización monetaria es un hecho cierto, y son evidentes también los perjuicios injustificados que este fenómeno causa a la mayoría de las personas, como tampoco puede negarse el beneficio que acarrea a otro (*Rev. de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXVII. Abril-septiembre 1969. Ns. 148-149. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Colegio de Abogados de Concepción).

2º) Con este fallo se inicia la marcha de la *jurisprudencia*, en cuanto los fallos que determinan el monto de la indemnización de los *daños materiales*, dentro de la denominada responsabilidad delictual o cuasidelictual, son *constitutivos* y no *declarativos*, como lo eran hasta antes de la comentada sentencia. La *jurisprudencia*, por tanto, se llevó en este punto a los fallos declarativos, aunque el texto de la ley sigue siendo el mismo. Prueba de lo dicho es que el 7 de noviembre de 1978, la Corte Suprema regula el daño emergente en una suma determinada, la que debe ser reajustada "de acuerdo a la variación que experimenta el Indice de Precios al Consumidor que fija la Dirección Nacional de Estadísticas y Censos, desde la *fecha del presente fallo*, hasta el día del pago de las indemnizaciones" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 75, seg. parte, *sec. 4a*, pág. 605). Otra ordena pagar el reajuste del daño emergente a *partir del mes en que ocurrió el hecho* y "hasta el índice del mes anterior al pago efectivo de la indemnización" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 82, seg. parte, sec. 2a., pág. 6). En la de 30 de diciembre de 1985, se ordena el reajuste de la cantidad mandada pagar por los daños materiales desde la *notificación* de la demanda (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 82, 2a. parte, sec. 2a., pág. 129); y en la de 21 de enero de 1988, desde la *fecha de la sentencia* librada por la Corte Suprema y hasta el pago, además de los intereses correspondientes, a partir de la notificación de la demanda (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 85, seg. parte, *sec. IV*, pág. 1).

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

VIII

1º) Don Leocadio Cifuentes Saravia dio en arrendamiento un inmueble urbano, inscrito a su nombre en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Concepción, a partir de 1940. Inició un juicio de desahucio contra el arrendatario. El desahuciado se defendió argumentando que no era arrendatario, porque el inmueble lo tenía inscrito a su nombre en el Registro de Propiedad de Concepción. Para obtener esa inscripción se había servido de un sistema muy socorrido en esos tiempos: inscribir el inmueble mediante una minuta, apoyándose en los artículos 58 y 101 del Reglamento del Conservatorio de Bienes Raíces, en especial antes de la Ley Nº 7.612 de 21 de octubre de 1943. La minuta era una declaración unilateral de voluntad del interesado, en la que pedía al Conservador que inscribiera a nombre del peticionario el inmueble que individualizaba, sosteniendo que lo poseía desde tiempo inmemorial, uniendo a su posesión la de anteriores poseedores del inmueble; pero que carecía de un título que lo justificara. Presentada la minuta, por imperio del antiguo artículo 58 del Reglamento citado se publicaba un aviso en el periódico del departamento, si lo había, y se fijaban tres carteles en tres de los parajes más frecuentados del departamento; parajes que, hoy como ayer, son aquellos en que se le rinde homenaje al Presidente don Ramón Barros Luco.

2º) Ante el argumento del demandado, el arrendador entendió que obtendría el lanzamiento si la inscripción de la minuta quedaba sin efecto. Interpuso para ello una querella posesoria de *amparo*, porque la inscripción que comentamos era perturbatoria de su posesión, puesto que "para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial". Y ninguna de estas situaciones se había presentado, con la inscripción de la minuta. Además, que "la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla" (artículo 924 del Código Civil).

3º) El juez acogió la querella. El arrendatario obtuvo que la Corte de Apelaciones de Concepción la revocara, porque "los hechos atribuidos al querellado son de despojo o usurpación de los derechos del querellante, y en tal caso, lo que procedería sería interponer el interdicto de restitución".

4º) El 26 de noviembre de 1946, luego de algunos años de litigio, la Corte Suprema pudo decir: "Que la inscripción de la minuta y el desconocimiento del demandado señor...de la posesión y del dominio del señor..., son actos de perturbación y embarazo de la posesión inscrita de éste, quien para hacerlas cesar ha debido interponer la querella de *amparo*...Que habiéndose establecido el hecho de que el querellado es arrendatario del predio materia del juicio, resulta que es un mero tenedor del inmueble, porque ejerce la tenencia en lugar y a nombre del dueño...y la sentencia, al decir que el demandado *ha despojado de su posesión* al demandante, infringe los artículos 714, 719, 725 y 730 del Código Civil" y acogiendo el recurso, confirmó el fallo de primera instancia (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 44, seg. parte, sec. 1a, pág. 261).

5º) Lo que pretendemos demostrar al lector, con la cita anterior, es que en esos años era un punto discutible la naturaleza de la acción posesoria que se debía interponer: amparo, restitución o despojo violento. Y para cada uno de ellos el Código de

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Procedimiento Civil destinaba una reglamentación especial. La Ley Nº 7.760 de 5 de febrero de 1944 eliminó el título del Párrafo II del Título V del Libro III del Código de Procedimiento Civil, por el actual que se intitula: "De las querellas posesorias en particular"; y al artículo 704 -hoy 551- le añadió los dos últimos incisos que en él se encuentran. Esto ha permitido que el particular, para evitarse el problema anterior, interponga demanda de amparo y, en subsidio, de restitución. Se va, de esta manera, más a la segura que antes.

6º) Ahora bien, los recuerdos hechos y en relación a las querellas posesorias se los ha llevado la *jurisprudencia.* En estos últimos años no se encuentran en las revistas de jurisprudencia fallos librados con motivo de querellas posesorias. Lo que se encuentran son sentencias que resuelven *recursos de protección;* pero si el lector se interna en los hechos que han motivado esas sentencias, "descubrirá" pronto que son, muchos de ellos, de la misma naturaleza de los que antaño motivaron los interdictos posesorios. Y al admitir los Tribunales que esos hechos justifican un recurso de protección debemos concluir diciendo: la *jurisprudencia* se llevó los interdictos posesorios.

7º) En efecto, el 13 de mayo de 1983 la Corte de Apelaciones de Concepción resuelve un caso preciso de una querella, ora de amparo, ora de restitución; pero bastó el recurso de protección para arribar a lo mismo, con la ventaja que en menos de 20 días la Corte Suprema había confirmado lo resuelto en ese "interdicto..." por la Corte de Apelaciones de Concepción (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 80, seg. parte, sec. V, pág. 145).

En la sentencia de 26 de diciembre de 1983, emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema, se trató de la materia que reglamenta el artículo 878 del Código Civil, que aplicando el artículo 580 (737) del de Procedimiento Civil sería un interdicto especial (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 81, seg. parte, sec. V, pág. 64). Y entre el fallo de la Corte de Apelaciones y el de la Suprema pasó un mes. ¿Cuánto de haber sido un interdicto posesorio? Otro tanto, si bien por la vía del recurso de queja, se puede afirmar del fallo de la Corte Suprema de 15 de julio de 1987, que dejó sin efecto el de una Corte de Apelaciones que, dando acogida a un recurso de protección, había ordenado a la quejosa la paralización de ciertas obras que, en concepto del que interpuso el recurso de protección, le impedían el paso a su predio (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 84, seg. parte, sec. V, pág. 142).

Lo que resolvió en el fallo de 3 de noviembre de 1983, en que se ordenó dejar sin efecto una inscripción practicada por un Conservador y en el Registro de Propiedad a su cargo, pudo ser materia de un interdicto posesorio (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 84, seg. parte, sec. V, pág. 308). En la sentencia de 8 de octubre de 1987, la Corte Suprema da acogida a un recurso de protección que, años antes, habría sido materia de una querella de restablecimiento o despojo violento (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 84, seg. parte, sec. V, pág. 244). En el fallo labrado por la Corte de Arica de 4 de abril de 1990, confirmado por la Corte Suprema el 19 del citado mes y año, se dio acogida a una querella, por así decirlo, sobre denuncia de obra nueva, atento a lo que disponen los artículos 930, apartado 3º del Código Civil, y 565 del de Procedimiento Civil (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 86, seg. parte, sec. V, pág. 34).

Al concluir estas notas, podemos afirmar:

1º) La indemnización del *daño moral* la ordena la *jurisprudencia,* según lo expuesto, tanto en la denominada responsabilidad delictual o cuasidelictual, como en la contrac-

Artículo: Lo que la jurisprudencia se llevó
Revista: Nº189, año LIX (En-Jun, 1991)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tual, por ahora y respecto de la última, en determinadas circunstancias; y ambas con su correspondiente reajuste.

2º) La indemnización del *daño emergente* se contempla en ambas responsabilidades, y también con su correspondiente reajuste.

3º) Luego los fallos del tomo 42, 2a. parte, sec. 1a., pág. 79; tomo 33, 2a. parte, sec. 1a., pág. 331; y los anteriores al de 8 de marzo de 1968, que libró la Corte de Apelaciones de Concepción, parece que no han existido. Esto impone, sin desearlo y tal vez fuera de sitio, el recuerdo del fallo de 12 de mayo de 1905, según el cual "la hipoteca que un heredero constituye sobre la hijuela que se le adjudicó en la partición de la herencia, como cuerpo cierto, sin haberse obtenido previamente la posesión efectiva de la herencia ni efectuado, por lo mismo, las inscripciones generales y especiales de que trata el artículo 688 del Código Civil, es nula" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 2, sec. 1a, pág. 393); el de 26 de noviembre de 1908, que resolvió que el "heredero no puede disponer, en manera alguna, de un inmueble mientras no tenga posesión efectiva debidamente inscrita; y esta prohibición del artículo 688 del Código Civil es general y absoluta, y comprende toda enajenación, voluntaria o forzada" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 6, seg. parte, sec. 1a, pág. 266); y el de 22 de noviembre de 1912, cuando resolvió que "la circunstancia de haberse vendido en pública subasta, autorizada por el juez, un inmueble hereditario, sin haberse obtenido previamente la posesión efectiva de la herencia necesaria para la disposición voluntaria de ese inmueble, impidiendo la inscripción de la venta para los fines de la tradición de lo vendido, no habilita a los herederos para alegar la nulidad del contrato mismo de compraventa, el cual debe reputarse perfecto, conforme al artículo 1.801 del Código Civil, contrato que da acción al comprador para reclamar la entrega o tradición de lo vendido" (*Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 10, seg. parte, sec. 1a, pág. 54). En estos tres últimos fallos se trajo a colación el artículo 688 del Código Civil, que unos entendieron en un sentido y otros en uno opuesto; mas, el texto sigue igual, tal cual fue elaborado hace más de cien años.

4º) El alcance distinto que se le ha dado a los textos, cuya letra sigue tal cual fueron elaborados, ha permitido a la *jurisprudencia,* con el paso de los años, que viejos litigios fallados tiempo atrás, ya no se tenga de ellos ni recuerdos. Y ese alcance distinto no tiene otro fundamento que cada juez hizo del texto legal que tenía al frente "una ley distinta". Es del caso copiar lo que ha dicho en estos tiempos André Chouraqui, a saber: "Uno tiene ante sí un texto y se trata de interpretarlo. Es como una sonata de Mozart, cien intérpretes distintos tocarán cien sonatas diferentes" (*A.B.C. Literario.* Nº 526. Madrid, 2 de marzo de 1991).