

REVISTA DE DERECHO

PUBLICADA TRIMESTRALMENTE POR EL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO

DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

DIRECTOR: DAVID STITCHKIN B.

DIRECCION Y ADMINISTRACION: ESC. DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

AÑO XII - CONCEPCION (CHILE). ENERO - MARZO DE 1944 - N.º 47

INDICE

DAVID STITCHKIN B.	EL MANDATO CIVIL (CONTINUACION)	PAG.	1
MARIO CERDA MEDINA	SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL DE- RECHO DE PERSECUCION CON OTRAS INSTITUCIONES	"	39
	JURISPRUDENCIA		
	ALZAMIENTO DE EMBARGO	"	71
	DESIGNACION DE COMROMISARIO	"	75
	COBRO EJECUTIVO DE PESOS	"	77
	EJECUCION	"	81
	INCIDENTE SOBRE SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO	"	85
	REIVINDICACION	"	89

MARIO CERDA MEDINA

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL DERECHO DE PERSECUCION CON OTRAS INSTITUCIONES

Sección Primera

DERECHO DE PERSECUCION Y ACCION REIVINDICATORIA

CONCEPTO y Definición de la acción Reivindicatoria.—
Se llama acción la facultad que tiene una persona que posee o cree poseer un derecho que ha sido quebrantado, vulnerado o simplemente amenazado para ocurrir al Tribunal competente con el objeto de que se le reconozca y se ponga atajo al mal que ha motivado su ejercicio.

Garsonnet la define como “el recurso sin el cual nosotros estaríamos en la alternativa de ver nuestros derechos impunemente desconocidos o en la intolerable obligación, en un estado policial, de hacernos justicia por nosotros mismos” (1).

Se le define también como el derecho ejercitado o deducido en juicio, o como el derecho puesto en movimiento.

Por regla general, no hay derecho sin acción y no hay más que una acción para cada derecho.

(1) Garsonnet: ob. cit. Tomo I. Pág. 458.

Cada acción, como atributo del derecho mismo, sigue la suerte y tiene la naturaleza jurídica del derecho que corresponde. Por cierto, repetimos, que esta es la regla general.

La acción — lo hemos dicho ya en otra parte de este trabajo — no es una cosa distinta del derecho a que pertenece; no son sino una misma cosa mirada de diferentes puntos de vista, o, mejor dicho, consideradas en diferentes estados o situaciones.

El derecho es la facultad que la ley otorga al individuo para ejecutar sobre una cosa ciertos actos o exigir determinadas prestaciones o abstenciones de personas determinadas. Pues bien, esta misma facultad cuando es turbada o amenazada, desconocida o vulnerada, recibe el nombre de acción.

De este modo, las acciones, no siendo sino el derecho observado desde otro ángulo, admiten idénticas clasificaciones que los derechos de los cuales son simples atributos o facetas.

Si los derechos, por ejemplo, se clasifican, según los casos en reales o personales, en muebles o inmuebles, en divisibles o indivisibles, las acciones — correlativamente — admitirán las mismas clasificaciones, sin perjuicio, claro está, de que procesalmente sean objeto de clasificaciones diferentes y que los derechos precitados no admiten (2).

Idéntica conclusión fluye de diversas disposiciones legales especialmente de los artículos 577 y 580 del Código Civil Chileno.

Ahora, ¿qué es la acción reivindicatoria?

La acción reivindicatoria es la que ejercita una persona que reclama la restitución de una cosa, cuya posesión ha perdido, fundándose en el derecho de dominio que detenta.

Se funda, por consiguiente, en el derecho de propiedad y tiene por objeto que se reconozca la calidad de propietario y, por vía de consecuencia, la restitución en la posesión de la cosa cuyo dominio se invoca.

Etimológicamente, la palabra reivindicación vale tanto como reclamo de una cosa, pues las voces latinas rei y vindicatio no tienen otro sentido.

Es evidente que esta última no es su acepción estrictamente jurídica, no sólo por ser vaga e imprecisa sino porque es fá-

(2) Garsonnet: Ob. cit. Tomo I. Pág. 464 y 465.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS, ETC.

41

cil de confundir con el objeto de cualesquiera de las acciones personales — la de comodato, por ejemplo — que tienen por objeto la restitución de una cosa.

En su significado jurídico, es una acción de carácter real destinada a proteger el derecho de dominio mediante su reconocimiento y que lleva por vía de consecuencia el recuperamiento de la posesión.

Planiol y Rippert, con la claridad que les es tan característica, destacan esta idea cuando expresan: “La reivindicación es la acción que se ejerce por una persona que reclama la restitución de una cosa de que se pretende dueño. La reivindicación se funda, por consiguiente, en la existencia del derecho de dominio y tiene por objeto obtener la posesión” (3).

Por su parte, nuestro Código Civil con esa exactitud rigurosa que le es propia y la elegancia formal que tantas veces ha sido aplaudida, dispone en su artículo 889 que “la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”.

Esta definición, — señala don Luis Claro Solar — está dada teniendo en consideración especialmente el derecho de propiedad, pero la ley advierte que “los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, excepto el derecho de herencia”, agregando el artículo 891 que este derecho produce la acción de petición de herencia de que se trata en el Libro ‘Tercero’ (4).

“Todos los derechos reales — agrega el mismo autor — pueden, en este sentido, reivindicarse, pero naturalmente la acción perseguirá lo que corresponda según el derecho que se reivindique” (5).

La reivindicación o acción de dominio no debe ser confundida con algunas acciones de restitución emanadas de los derechos personales o de crédito y que reposan, por consiguiente, en vínculos obligatorios a cargo del demandado.

“La acción reivindicatoria — dice Aubry et Rau — que es preciso cuidarse de no confundir con las acciones de resti-

(3) Planiol y Rippert: Ob. cit. T. 3. Pág. 344.

(4) Luis Claro Solar. Ob. cit. Tomo IX. N.º 1717.

(5) Mismo autor. Ob. cit. Tomo IX. N.º 1718.

tución fundadas sobre una relación de obligación, se dirige en contra del poseedor del inmueble reivindicado" (6).

La cita recién hecha nos aporta dos ideas fundamentales: la primera, que ya conocíamos, tiene por objeto evitar que se confundan las acciones reales con las personales; la segunda, nos indica que el poseedor de la cosa es el sujeto pasivo de la acción reivindicatoria.

2.—¿A quién compete la acción reivindicatoria?—El artículo 893 del Código Civil dispone que puede entablar la acción reivindicatoria el propietario pleno o nudo, absoluto o fiduciario de la cosa.

Lo que da, entonces, el derecho de reivindicar es la calidad de propietario, independientemente de la clase de propiedad.

Además del dueño o propietario de la cosa, puede reivindicar, según el artículo 894 del Código Civil, el poseedor regular que se encuentra en el caso de poder ganar la cosa por prescripción.

Nuestra jurisprudencia, en numerosas sentencias, reconoce nuestra afirmación que, por lo demás, cuenta en su favor con textos legales expresos.

En efecto, y como prueba de ello insertamos algunas, diversas sentencias expresando idéntico concepto, claro está que con diferentes términos.

"Esta acción sólo se concede al verdadero dueño de la cosa que se trata de reivindicar" (7).

"Si el demandante de acción reivindicatoria de una propiedad vende ésta durante el pleito, el fallo debe rechazarle la demanda, porque él ya no tiene el dominio de la propiedad y la acción reivindicatoria sólo se concede al dueño de aquélla" (8).

"No puede deducirse acción reivindicatoria por aquel a quien no se ha hecho tradición de la cosa de que se trata" (9).

Como puede observarse, nuestros Tribunales han aplicado unánimemente y en forma continuada la correcta doctrina

(6) Aubry et Rau o cit. Tomo III. Pág. 562.

(7) Sentencia N.º 4628. Página 1336. Gaceta 1890.

(8) Sentencia 1331. Página 3264. Gaceta 1913.

(9) Revista de D. y J. Tomo V. Sec. 2.ª. Pág. 107.

y, a nuestro juicio, no podrían haber hecho otra cosa en presencia de disposiciones legales terminantes.

3.—*El reivindicante debe acreditar su dominio.*—Esta aserción es lógica y se conforma perfectamente con las disposiciones del Título XII del Libro II del Código Civil. En efecto, al entablarse la acción reivindicatoria por el dueño de la cosa, implícitamente se reconoce en el demandado la calidad de poseedor. Como éste, según el artículo 700 del mismo cuerpo legal, está amparado por la presunción legal de dominio: el poseedor es reputado dueño mientras otro no justifique serlo, quien pretenda impugnarla deberá probar la falsedad de la presunción. Además y de acuerdo con las reglas generales que rigen la prueba, el onus probandi recae sobre la persona que se pretende dueño, ya que el estado normal es aquel que el legislador presume.

Naturalmente que en el juicio reivindicatorio el dominio tendrá que discutirse, porque el demandado es evidente que negará la propiedad del demandante y la litis se entablará entonces en procura de determinar quién tiene el dominio de la cosa; pero si el demandante lo obtiene en el juicio, eso no quiere decir que no lo haya tenido antes, puesto que las sentencias judiciales son solamente declarativas de derecho. Por esto es que el demandante en el juicio reivindicatorio habrá de acreditar su dominio.

La doctrina de las sentencias, que en seguida insertamos **no hace sino** confirmar lo expuesto.

“El actor de la demanda reivindicatoria debe probar el dominio sobre la propiedad que trata de reivindicar ya que a favor del demandado obra la presunción legal del artículo 700 del Código Civil relativa a la posesión, y es reputado dueño si es poseedor” (10).

“No probado el dominio — dice otra — de una propiedad que el actor trata de reivindicar, se desecha la demanda, cualesquiera que sean las pruebas del demandado” (11).

La forma de probar el dominio es la que emana de las reglas generales. No ha señalado el legislador una regla especial que haya de aplicarse con preferencia o exclusividad.

(10) Revista de D. y J. Tomo II. Sec. 2.ª. Pág. 88.

(11) Sentencia N.º 491. Página 281. Gaceta del año 1885.
Sentencia N.º 562. Página 324. Gaceta del año 1885.

Generalmente, habrá que distinguir entre modos de adquirir originarios y derivativos. En el primer caso, bastará probar la existencia del derecho nacido en forma originaria. En el segundo, habrá que probar no sólo el propio dominio, sino también el de los antecesores.

La prescripción, finalmente, obvia todas las dificultades y, al final de cuentas, por tratarse de un modo de adquirir originario, es el medio más eficaz para acreditar un dominio fehaciente.

4.—*Es necesario que el dueño haya perdido la posesión de la cosa.*—Precisamente este requisito emana de la propia definición de acción reivindicatoria que nos suministra nuestro Código Civil y es singularmente en virtud de él que la acción reivindicatoria ha solido ser definida como “la acción que compete al dueño no poseedor contra el poseedor no dueño”.

Nuestros Tribunales así lo han comprendido y pruebas más que suficientes la constituyen las doctrinas de las sentencias que van a continuación:

“La acción de dominio sólo corresponde al dueño de una cosa de que no está en posesión y no al dueño y poseedor de la cosa” (12).

“Se desecha una acción reivindicatoria — nos dice otra sentencia — tanto porque el actor no justifica su dominio, como porque el demandado no es poseedor actual de la cosa de que se trata” (13).

Finalmente la siguiente sentencia nos dice: “Es indispensable para que proceda la acción reivindicatoria de una propiedad que el actor no tenga la posesión de ella” (14).

Es necesario, repetimos, grabar bien esta noción: por medio de la acción reivindicatoria lo que se reclama es el reconocimiento del dominio, perturbado por la pérdida de la posesión. Por vía de consecuencia, entonces, lo que se pide es la restitución en la posesión perdida.

Nunca debemos olvidar que el dominio sirve como antecedente, como causa para reclamar la posesión.

(12) Revista de D. y J. Tomo VII. Sec. 1.a. Pág. 359.

(13) Revista de D. y J. Tomo XVIII. Sec. 1.a. Pág. 363.
Sentencia N.º 248. Página 707. Gaceta año 1913.

(14) Sentencia N.º 173. Página 725. Gaceta de 1921. 2.º semestre.

5.—*¿Contra quiénes puede reivindicar?*— Por regla general, la acción reivindicatoria se dirige en contra del actual poseedor de la cosa. Esto es lo que dispone el artículo 895 del Código Civil: “La acción de dominio se dirige en contra del actual poseedor”. Esto tiene en la práctica gran importancia ya que siendo relativos los efectos de las sentencias, de acuerdo con lo que expresa el inciso 2.º del artículo 3 del mismo Código, no afectarían al poseedor si se hubiere entablado contra otro que el legítimo contradictor.

“Es indispensable para que prospere la acción reivindicatoria, nos dice una sentencia, que el demandado, contra quienes dirige, sea el actual poseedor” (15).

En segundo término, la acción reivindicatoria puede dirigirse en contra del poseedor que dejó de poseer la cosa por culpa suya, siempre que esté de mala fe, según lo dispuesto por el artículo 900 del Código Civil.

La reivindicación puede también intentarse contra el que enajenó la cosa y a consecuencia de esta enajenación se ha hecho imposible o defectuosa su persecución. (Artículo 898 del mismo Código).

Procede, finalmente, en contra del injusto detentador, en virtud de lo expresado en el artículo 915.

“La acción reivindicatoria, dice a este respecto una sentencia de nuestros Tribunales de Justicia, puede dirigirse también contra el que indebidamente posee a nombre ajeno la cosa de que se trata” (16).

6.—*Tramitación de la acción reivindicatoria.*—El juicio reivindicatorio es un juicio ordinario, un juicio de lato conocimiento. Los Tribunales competentes son diversos según se trate de la reivindicación de una cosa mueble o inmueble.

Si la cosa es inmueble, la acción debe entablarse ante el Juez Letrado de Mayor Cuantía del lugar en que se encuentre ubicado; si, por el contrario, la cosa es mueble, ante el Juez del domicilio del poseedor. (Artículos 212, 213, N.º 3.º y 214 de la Ley Orgánica de Tribunales).

7.—*Caracteres de la acción reivindicatoria.*—De los térmi-

(15) Sentencia N.º 126. Página 501. Gaceta de 1922. 1.º semestre.

(16) Revista de D. y J. Tomo II. Sec. 1.ª. Página 358.

nos empleados por los autores citados y de acuerdo con las citas legales hechas en el curso de este trabajo, además de la jurisprudencia anotada en los números anteriores, pueden inferirse diversas consecuencias acerca de la naturaleza y efectos de la acción reivindicatoria los que provienen fundamentalmente del derecho de dominio en que aquella encuentra su fundamento.

8.—*La acción reivindicatoria es una acción real.*—En efecto el artículo 577 dispone en su inciso 2.º que los derechos reales originan las acciones reales y, precisamente, en su primer inciso indica el dominio entre aquellos. El artículo 582, a su vez, dice que el dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno. Finalmente, el artículo 889 del mismo Código Civil dispone que “la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”.

De la lectura de los artículos precitados se desprende con suficiente claridad la veracidad de nuestra afirmación, referente al carácter real de la reivindicación, susceptible, por consiguiente de ejercerse sin respecto a determinada persona.

“Esta acción — dice el conocido e ilustre don Luis Claro Solar, — sigue directamente la cosa, quien quiera que sea la persona en cuyo poder se encuentre y aunque esta persona no se halle ligada por ningún vínculo de derecho con aquel a quien la acción compete; es una acción real, una acción in rem, a que se da el nombre de reivindicación, reivindicatio” (17).

9.—*La acción reivindicatoria es patrimonial.*—Este carácter es consecuencia inmediata del hecho que la acción reivindicatoria no sea sino el derecho de dominio mirado u observado desde otro ángulo o punto de vista.

El derecho de dominio es indudablemente un derecho patrimonial. Ello fluye directamente de la naturaleza y función de la propiedad en toda nuestra legislación.

Recordemos que de la propia definición del artículo 682 se deducen estas consecuencias: uso, goce y disposición.

1) El uso faculta para servir de la cosa según su naturaleza;

(17) Luis Claro Solar. Ob. cit. Tomo IX. N.º 1716.

2) El goce consiste en percibir los frutos que se obtienen de la cosa de que se es dueño;

3) La disposición — que es lo determinante y que da fisonomía jurídica al derecho de propiedad — tiene por objeto que el dueño pueda enajenar la cosa.

No siendo la reivindicación algo distinto del dominio — como tantas veces lo hemos repetido — se comprende que sea de carácter patrimonial como éste.

10.—*La acción reivindicatoria es susceptible de transmisión y transferencia.*—Del hecho de ser la acción reivindicatoria una acción patrimonial — como creemos haberlo demostrado — se deducen varias otras consecuencias, las más notables de las cuales son la transmisibilidad y transferibilidad de dicha acción.

Estas características no son sino otras tantas del derecho de dominio y se deducen principalmente del artículo 588 del Código Civil que señala los modos de adquirir el dominio y menciona, entre otros, la tradición, transferencia y la sucesión por causa de muerte, transmisión.

Si esta disposición pareciera insuficiente, lo que estimamos muy difícil, ya que nuestro sistema jurídico se basa, en las relaciones patrimoniales, en la transferencia y transmisión, tenemos los artículos 670 y 684 del mismo cuerpo legal que disipan cualquiera duda que al respecto cupiere.

Intimamente ligada a la anterior se encuentra la de determinar por qué reglas se rige la cesión de la acción reivindicatoria.

Nunca podrá calificarse la cesión de la acción reivindicatoria como cesión de créditos, ya que todo crédito implica una relación obligatoria entre un acreedor y un deudor, en tanto que en la reivindicación no existen estos elementos.

Ceder la acción reivindicatoria, a nuestro juicio, equivale a ceder el derecho de dominio sobre la cosa objeto de la acción, pues la cesión sola, desprovista del derecho que la comporta es imposible de concebir (18).

Pensar tan sólo en el derecho de dominio radicado en una persona y la acción en otra, es insensato y ajeno al sistema creado por nuestro legislador.

(18) Alejandro Silva Bascuñán: "Cesión de Derechos". Ver. pág. 31.

Si tal hipótesis fuera posible, veríamos con estupefacción cómo el dueño carecería de este atributo, mientras que otra persona, titular de la acción, pero sin dominio sobre la cosa, podría perseguirla eficazmente.

“Nosotros no vemos diferencia jurídica — dice Guillaouard — entre la cesión de un derecho de propiedad y la cesión de la acción reivindicatoria; ceder una acción reivindicatoria, es ceder la propiedad del inmueble que se tiene derecho de reivindicar. El objeto de esta acción no es un crédito, es la misma propiedad del inmueble” (19).

11.—*Es una acción prescriptible.*—El legislador no ha establecido una regla especial de prescripción y, por consiguiente, tenemos que aplicar las reglas generales.

Sin embargo, la acción reivindicatoria no se extingue por la prescripción extintiva, por el mero transcurso del tiempo sin que se ejercite, porque el dominio del cual la acción es un aspecto, no se extingue por el no uso, ya que una de sus características es la perpetuidad. No sucede lo mismo, por ejemplo, con las servidumbres.

En consecuencia, para que se extinga la acción reivindicatoria, es preciso que se haya extinguido el dominio y para esto es necesario que la propiedad haya sido ganada mediante la prescripción que corra entre presentes o entre ausentes. Desde luego, no conviene olvidar que la ausencia pueda desaparecer durante el plazo de la prescripción y entonces se seguirá contando normalmente. Respecto de los bienes inmuebles la reivindicación prescribirá, variablemente en un lapso entre cinco y diez años, según se trate, como en el caso de los muebles, de prescripción entre ausentes o entre presentes. En todo caso, las prescripciones señaladas son ordinarias, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 2508 del Código Civil. De acuerdo con lo que prescribe el artículo 2511, el plazo para ganar la cosa por prescripción extraordinaria es de quince años.

El artículo 2517, por lo demás así lo dispone: “Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”.

12.—*Es una acción renunciable.*—El artículo 12 del Código

(19) Guillaouard. Vente. N.º 760. Pág. 296 y 297.

Civil dispone que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia”.

El dominio, y consecuentemente la reivindicación, es un derecho que sólo mira al interés individual del propietario y no hay texto legal alguno que prohíba su renuncia.

La renuncia, de acuerdo con las reglas generales, podrá ser expresa o tácita, total o parcial (20).

13.—*Puede ser una acción mueble o inmueble.*—Para determinar si una acción o derecho, real o personal, es mueble o inmueble, la ley atiende a la cosa en que dicho derecho o acción ha de ejercerse, dicho de otro modo, la ley se atiende a la naturaleza de la cosa en que la acción o derecho recae o que se debe. Si la acción o derecho recae sobre una cosa mueble, es mueble; si, por el contrario, recae sobre una cosa raíz, es inmueble. (Artículo 580 del Código Civil).

El derecho de dominio, o propiedad, recae indistintamente sobre los bienes raíces o sobre los bienes muebles, de manera que la acción reivindicatoria o de dominio ha de recaer, por su parte, sobre bienes raíces o muebles, indistintamente.

El artículo 890 no dispone otra cosa y confirma expresamente nuestras afirmaciones. “Pueden reivindicarse — dice — las cosas corporales, raíces o muebles”. (Inciso 1.º).

La doctrina de la sentencia que en seguida insertamos, corrobora, además, el texto legal citado:

“Pueden reivindicarse — expresa — cosas corporales, raíces o muebles, derechos reales y aun cuotas pro-indiviso de cosa singular, sin más limitación que la cuota hereditaria” (21).

14.—*Semejanzas con el derecho de persecución.*—Se ha solido decir que la acción reivindicatoria y el derecho de persecución son instituciones idénticas y que entre ambas no existen sino diferencias insubstanciales provenientes del diferente rol que en nuestro sistema jurídico asumen el dominio y los derechos reales de garantía.

(20) Para mayor profundización a este respecto, véase la Memoria de Prueba de Don Germán Martínez Bustos: “Ensayo sobre una teoría general de la renunciabilidad de los derechos”.

(21) Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo VI. Sección 1.ª. Pág. 160.

Esta afirmación no nos parece del todo exacta, sin desconocer la pequeña parte de verdad que contiene, puesto que las diferencias, como las analogías, son numerosas.

Parece que la afirmación de la identidad entre las reivindicación y el derecho de persecución es fruto de una observación superficial y de errores iniciales de conceptos.

Consideramos, por nuestra parte, que no es difícil demostrar las diferencias bastante ostensibles que existen entre dichas instituciones. Veremos de realizar esta tarea.

Por el momento, señalaremos los puntos de contacto entre ellas, es decir, sus semejanzas:

Son acciones reales, patrimoniales, susceptibles de transmisión y transferencia, prescriptibles, renunciables y muebles o inmuebles.

15.—*Diferencias entre reivindicación y derecho de persecución.*—En el número precedente dijimos que la opinión que sostenía la identidad de las acciones reivindicatoria y persecutoria no nos parecía exacta y que, a nuestro juicio, provenía de una superficial observación de los caracteres de estas instituciones.

Ahora, reafirmamos nuestro punto de vista. En realidad, consideramos que entre ambas acciones existen variadas y profundas diferencias que no sólo las hacen desemejantes, sino completamente disímiles.

El punto de partida de todas estas diferencias, sostenemos, debe buscarse en la divergencia de objeto de cada una de ellas.

En efecto, mientras la reivindicación o acción de dominio tiene por objeto hacer reconocer en su titular el derecho de dominio y por vía de consecuencia persigue la restitución en la posesión perdida, antesala de aquél; el derecho de persecución — en sentido estricto — no busca el reconocimiento del derecho de dominio en su titular, ni siquiera de la posesión, sino tan sólo el cumplimiento de una obligación que los derechos de garantía, de los cuales no es sino un aspecto, se encargan de asegurar.

En seguida, nos parece de sumo interés insistir en que otra de las más importantes diferencias, fuente también de una riquísima gama de consecuencias, es la que reside en el carácter

contractual previo que los derechos reales de garantía implican, carácter del que, por supuesto, carece de reivindicación.

Pero, no nos detengamos en consideraciones preliminares; entremos mejor al análisis de las diferencias tal cual ellas resultan de los textos legales y de las opiniones de la doctrina. Así veremos modo de verificar nuestra hipótesis.

1.ª) *La acción reivindicatoria persigue el reconocimiento del derecho de dominio y consecuentemente la obtención de la posesión; el derecho de persecución, sólo el cumplimiento de una obligación.* Más adelante hemos dicho que se suele definir la reivindicación como "la que corresponde al dueño no poseedor contra el poseedor no dueño". De esta definición, que, por otra parte, no es sino el artículo 889 del Código Civil vertido en diferentes términos, se desprende que el objeto de esta acción es obtener la restitución de la posesión.

Pues bien, esta conclusión es y no es exacta. La verdad es que mediante la acción reivindicatoria el objeto que se persigue es el reconocimiento del derecho de dominio, el que ha sido desconocido, perturbado y vulnerado mediante el despojo en la posesión. Claro está, que mediante el reconocimiento de la calidad de propietario sobre la cosa que se trata de reivindicar, se obtiene por vía de consecuencia la recuperación de la posesión. Pero ésta no es sino un accesorio de la finalidad mucho más importante que acabamos de anotar.

La acción reivindicatoria — repetimos — persigue esencialmente el reconocimiento del dominio y consecuentemente recuperar la posesión. Se ha dicho numerosas veces que se discute el dominio y ello es exacto, tanto que la sentencia debe contener un pronunciamiento expreso sobre este punto y, más que expreso, previo.

Es cierto que para intentar la acción reivindicatoria, el dueño no debe estar en posesión, pero ello debe atribuirse a que la desposesión constituye precisamente, la perturbación, el desconocimiento, la injuria del derecho de dominio.

Si está en posesión no tiene porqué ni para qué ocurrir ante los Tribunales de Justicia, cuyo rol no consiste en hacer declaraciones para el futuro, sino en restablecer el orden jurídico perturbado. La controversia o litis nace en razón del despojo de que es víctima el dueño por otro que también se

pretende dueño y sólo entonces pueden entrar a resolver los tribunales.

La jurisprudencia repetida de nuestros Tribunales de Justicia así lo ha hecho notar en múltiples ocasiones y, en especial, en las sentencias siguientes:

“La acción de dominio sólo corresponde al dueño de una cosa de que no está en posesión y al dueño y poseedor de la cosa” (22).

En realidad, no podría ser de otro modo. La ley exige perentoriamente al reivindicante que acredite su dominio si quiere que su acción prospere. Si al mismo tiempo que el dueño es poseedor, la ley se lo niega porque siendo el objeto de esta acción, por vía de consecuencia, la posesión, necesariamente el que la invoca ha de hallarse destituido de ella, ya que la desposesión constituye el desconocimiento del dominio y sin desconocimiento no cabe entablar acción. Resolver de otra manera equivaldría no ya sólo a un absurdo jurídico, sino lógico.

“Se desecha una acción reivindicatoria, tanto porque el actor no ha justificado dominio, como porque el demandado no es poseedor actual de la cosa de que se trata” (23).

Esta doctrina tiene dos partes completamente independientes:

1.º El actor debe justificar el dominio que invoca y que sirve de base a su pretensión;

2.º La acción debe dirigirse en contra del actual poseedor.

La primera de las exigencias no nos merece comentarios. La hemos analizado con algún detenimiento más adelante.

La segunda, a nuestro juicio, es una nueva confirmación del objeto de la reivindicación que venimos sosteniendo.

Siendo toda sentencia — por regla general — de efectos meramente relativos, debe afectar al reivindicante y al poseedor actual, ya que no se ve cómo podría aquel obtener la posesión, si éste no fuera parte en el pleito. En este caso discutiría el dominio contra quien no se lo atribuye, contra quien no es legítimo contradictor.

La opinión de ilustres tratadistas confirman también nuestra opinión.

Planiol y Ripert — por ejemplo — expresan que “la reivin-

(22) Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo VII. Sec. 1.ª. Pág. 359.

(23) Sentencia N.º 248. Página 707. Gaceta del año 1913.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS. ETC.

53

dicación se funda, por consiguiente, sobre la existencia del derecho de propiedad y tiene por objeto la obtención de la posesión" (24).

"La acción reivindicatoria — dicen a su vez Aubry et Rau — cuyo objeto principal es hacer reconocer el derecho de propiedad del demandante, tiende, por vía consecencial, a obtener la restitución del inmueble vindicado con sus accesorios y acciones todavía existentes, así como el abono de los productos o emolumentos de este inmueble y la reparación de los daños que el propietario habría podido evitar si él mismo lo hubiera poseído" (25).

Idéntica opinión sustenta el tratadista nacional don Luis Claro Solar (26).

El derecho de persecución, en cambio, no trata de hacer que se le reconozca el dominio sobre la cosa, objeto del derecho real de garantía, ni siquiera trata de obtener la posesión de ella; su objeto es bien diferente y, en realidad, proviene de la índole especialísima de los derechos reales de garantía; su objeto — repetimos — es obtener el cumplimiento en especie o por equivalencia de la obligación principal a que accede.

Este carácter específico, propio de los derechos de garantía, se infiere de algunas disposiciones legales, y, principalmente, de la combinación de los artículos 2397 y 2424 del Código Civil. El artículo 2424 del Código Civil dispone que "el acreedor tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecarias los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda".

El artículo 2397 precisa y delimita esos derechos diciendo que "el acreedor prendario tendrá derecho a pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de sus derechos para perseguir la obligación principal por otros medios" (Inciso 1.º).

De estos textos legales se desprende claramente que el actor de la acción hipotecaria o prendaria, que no otra cosa es el derecho de persecución, no persigue que se le reconozca su de-

(24) Planiol y Rippert. Ob. cit. Tomo III. Página 334.

(25) Aubry et Rau. Ob. cit. Tomo II. Página 394.

(26) Claro Solar. Ob. cit. Tomo IX. N.º 1717.

recho de dominio sobre la cosa afecta a su derecho de prenda o hipoteca, ni la posesión de la misma, ni siquiera que se le reconozca el derecho de prenda o hipoteca que invoca. Ello sería motivo de una acción diversa. Lo único que desea, lo único que pide es el cumplimiento de la obligación principal a que su derecho accede. Por lo demás, reconoce explícita o implícitamente el dominio y la posesión en su contradictor.

El artículo 2426 — por ejemplo — dispone que “el dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario podrá abandonársela, etc.”.

El artículo 2415 nos dice que “el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos no obstante cualquiera estipulación en contrario”.

El artículo 2428 — finalmente — expresa que “la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la “posea”, y a cualquier título que la haya adquirido”.

Todos estos artículos presuponen que el dueño de la cosa gravada y el acreedor hipotecario son personas diferentes.

Si la acción reivindicatoria compete al dueño, no puede corresponder al mismo tiempo, al acreedor hipotecario respecto de la misma cosa, es decir de la finca gravada.

Pero el actor hipotecario tampoco reclama la posesión de la finca. El desea solamente obtener el pago de lo que se le debe o adeuda.

¿Qué es la posesión? El artículo 700 del Código Civil nos la define: “Es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.

Ahora bien, ¿en qué momento, en qué oportunidad, antes o después de entablar la acción hipotecaria o prendaria tiene el acto la posesión de la cosa gravada?

Nuestra respuesta es: en ninguno.

Pero fundamentemos nuestra afirmación.

A, acreedor hipotecario de B, entabla contra éste su acción hipotecaria (derecho de persecución típico). ¿Persigue A la posesión de la cosa gravada? Evidentemente que no. Lo único que quiere es obtener el pago de lo que se le adeuda. Si B

paga, el asunto ha terminado y ni éste sufre desposesión alguna, ni aquél adquiere por su parte posesión.

El deudor, también, en conformidad al artículo 2426, puede abandonar la finca hipotecada, pero ¿adquiere con ello la posesión el acreedor hipotecario?

A nuestro juicio, de ninguna manera. En el derecho moderno no existe la cláusula denominada "lex comisorias", en virtud de la cual el acreedor hipotecario o prendario podía apropiarse de la cosa hipotecada o empeñada cuando el deudor incurría en mora. Nuestro legislador lo ha dicho en forma irredergüible en el inciso final del artículo 2397, artículo al que se remite, como lo sabemos, el artículo 2424.

El inciso aludido dispone que "No, podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los que aquí se señalan". Ahora bien, los medios que aquí se señalan son dos: 1) Venta de la prenda en pública subasta con el objeto de pagar al acreedor con el producido de la misma; 2) Adjudicación de la prenda, apreciada por peritos, hasta concurrencia del crédito, al acreedor, siempre que en el remate no haya habido postores o que las posturas hayan sido inadmisibles.

Francamente no se ve dónde pueda haber interés por parte del actor para obtener la posesión. Si esto llega a ocurrir en el caso signado con el N.º 2 del período que precede, la verdad es que ello es una situación muy excepcional y que, por lo demás, no es sino el cumplimiento por equivalencia de la obligación garantizada. En verdad, actúa como un tercero y adquiere el dominio por compraventa seguida de tradición. Opera la confusión del crédito.

Finalmente, si el deudor no paga ni abandona, la cosa gravada será embargada y realizada, sin que en este caso haya tampoco por parte del acreedor interés en la posesión de la cosa.

Fuera de lo dicho, si el acreedor íntimamente deseara la cosa para sí, bastaría el pago por parte del deudor para desvanecer prontamente esa pretensión.

La doctrina que en seguida insertamos y que corresponde a sentencias de nuestra Corte Suprema, también confirma nuestra tesis.

"La ley confiere al acreedor hipotecario, en resguardo de sus intereses y para el caso en que el deudor no solucione la obli-

gación en el plazo convenido, los derechos que establece el artículo 2397 del Código Civil, aplicables a la hipoteca en virtud del artículo 2424 del mismo Código, sin que valga estipulación alguna en contrario, y al mismo tiempo en el inciso 2.º de aquel artículo, se consultan los intereses del deudor diciendo que "tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados" (27).

"El acreedor hipotecario, nos dice otra, para pagarse de su crédito con el valor de la cosa hipotecada, tiene derecho para solicitar que el fundo del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague, o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito, sin que valga estipulación alguna en contrario" (28).

Finalmente, nos parece oportuno citar la opinión de Baudry-Lacantinerie que concuerda ampliamente con nuestra tesis y que, estamos seguros, desvanecerá toda sombra de duda, si es que alguna quedara después de nuestras ya extensas observaciones. "La ley confiere al acreedor hipotecario dos derechos: uno de preferencia y "un derecho de persecución", auxiliar del derecho de preferencia, que permite al acreedor seguir su garantía a manos de cualquier poseedor, es decir, de obtener la realización con ayuda de un embargo seguido de venta, para pagarse sobre el precio, como si el inmueble no hubiera salido de manos de su deudor" (29).

2.ª) *El derecho de persecución para que exista, requiere un vínculo contractual previo; la reivindicación no exige este requisito.*—Cuando precisamos los caracteres del derecho de persecución (Capítulo II) decíamos que una de las características de esta institución era su naturaleza convencional.

Para entender mejor esta nuestra afirmación conviene tener presente lo que tantas veces hemos repetido: que el derecho de persecución no es un apéndice, una institución diferente del derecho real de garantía sino que es el mismo derecho observado desde un ángulo diferente. El derecho es el estado pasivo, en

(27) Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXIX. Sec. 1.a. Pág. 50.

(28) Revista de Der. y Jurisp. Tomo XIX. Sec. 1.a. Pág. 361.

(29) Baudry-Lacantinerie: Ob. cit. Tomo XVII. Pág. 363.

reposo, de la institución, la acción (vale decir el derecho de persecución) es el mismo derecho en movimiento, en actividad.

Así entendidas las cosas es sencillamente fácil advertir la razón de nuestra afirmación.

“La primera de las características esenciales del derecho de persecución radica en que su origen es de carácter legal, decíamos en aquella parte de este trabajo. Pero esta afirmación debemos explicarla porque, en realidad, no es tan simple y sencilla como a primera vista parece”.

Hacíamos notar, en seguida, que en el derecho de persecución cabe distinguir dos etapas o momentos sucesivos. Primero la generación o gestación de las fuentes mismas (casi siempre de origen convencional) y las consecuencias atribuidas por el legislador a la fuente ya creada por las partes, después. Los artículos 2384 y 2407 no dejan lugar a dudas ya que ambos se refieren al carácter contractual de la prenda y de la hipoteca.

El derecho de persecución — lo hemos dicho — es de carácter legal, pero queremos ser bien entendidos. El derecho de persecución es una consecuencia del derecho real de garantía y éste es convencional. Claro está que hay algunos casos especiales y que de ninguna manera constituyen regla general en que no es necesaria la convención previa que da origen a los derechos reales de garantía. Tenemos, por ejemplo, el caso del artículo 825 del ódigo de Comercio.

La reivindicación no tiene necesidad de convención ni de contrato previo para ejercitarse.

Al reivindicante le basta ser titular del derecho real de dominio para actuar eficazmente en contra del actual poseedor mediante su acción reivindicatoria.

Pero, ¿cómo concebir, por ejemplo, una acción hipotecaria sin que haya habido antes un acuerdo de voluntades que le haya dado origen? En verdad, no nos imaginamos cómo. No se crea, sin embargo, que no tenemos presente que en muchas ocasiones la acción hipotecaria se ejercita en contra de un tercer poseedor con el cual el titular de la acción no tiene relación convencional alguna.

Hemos advertido desde un principio esta posible objeción y la hemos desechado. Veamos el por qué.

Es sabido que los contratos crean derechos y obligaciones sólo entre las partes contratantes, es decir, sus efectos son esen-

cialmente relativos, ya que no afectan sino a los que han contribuido con su voluntad a la generación del negocio jurídico.

¿Pero, entonces, se nos dirá, cómo puede hablarse de convención previa cuando el derecho de persecución se ejercita en contra de un tercer poseedor que por lo general no ha concurrido al acto que da nacimiento a la institución real de garantía?

La respuesta nos parece sencilla. No hemos dicho en parte alguna que la convención haya de celebrarse precisamente entre el titular de la acción y el demandado. Solamente sostenemos que es preciso para crear o engendrar el derecho de persecución una convención preliminar sin indicar cuáles sean las partes que deban concurrir a ella.

El motivo verdadero por el cual el tercero poseedor va a ser afectado por la acción persecutoria no reside en el hecho de su concurrencia al acto generador del derecho real de garantía, sino porque una vez creado el derecho de garantía, seguirá la cosa gravada sea quien sea el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido.

El que adquiere la cosa, en realidad, es un sucesor a título singular (por acto entre vivos o por causa de muerte) y la recibe con los derechos y gravámenes de su causante.

Ello se deriva, particularmente de los artículos 1125, 682 y 2428 del Código Civil.

Por lo demás, es un principio inconcuso en derecho que nadie puede ceder más derechos que los que tiene sobre la cosa objeto de este acto jurídico.

La conclusión es obvia y no insistiremos más en ella.

3.ª) *El derecho de persecución es accesorio; la reivindicación no.*— Cuando decimos que el derecho de persecución es una institución accesorio no queremos decir sino que su existencia no se concibe sin una obligación principal a que acceda.

La hipoteca y la prenda, en definitiva, crean un derecho de persecución, pero aquellas no son más que un continente sin contenido propio. Es necesario que los particulares hayan celebrado un contrato y que éste origine un crédito a favor de uno de los contratantes y que va ser asegurado por alguno de los derechos accesorios citados.

La reivindicación — por el contrario — emana del derecho

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS, ETC.

59

de dominio que es un derecho principal y no requiere, por consiguiente, institución principal alguna para existir.

Consecuencias: De este carácter fluyen numerosas consecuencias. Citaremos solamente las principales.

a) La acción hipotecaria y prendaria sólo se ejercitarán cuando la obligación sea exigible y no antes; la reivindicación, en cambio, cuando se haya perdido la posesión de la cosa, desconociéndose el derecho de dominio.

b) El derecho de persecución se extingue por solucionarse la obligación principal a que accede; la reivindicación no se extingue por este medio por no ser una institución accesoria.

c) Extinguida la obligación principal por cualesquiera de los modos de extinguir las obligaciones, se extingue el derecho de persecución. La reivindicación se extingue por prescripción solamente.

d) El derecho de persecución para ejercitarse puede estar sujeto a la prueba de la obligación (si se le desconoce); la reivindicación requiere que se compruebe el dominio en su titular.

4.ª) *El derecho de persecución compete al titular de un crédito garantizado por medio de un derecho real de garantía; la reivindicación, al que tiene la propiedad plena o nula, absoluta o fiduciaria de la cosa que se reivindica e inclusive al que se halla en vías de ganar las cosas por prescripción.* Esta diferencia deduce de los artículos 2424, 2425, 2428, 893 y 894 del Código Civil y no es sino una consecuencia de la diferencia fundamental que se deriva del hecho de que la acción reivindicatoria tenga por objeto fundamental hacer que se reconozca el derecho de dominio y el derecho de persecución, obtener el cumplimiento de una obligación.

5.ª) *El derecho de persecución se ejerce en contra del dueño de la cosa gravada; la reivindicación en contra del actual poseedor pero también en contra del que dejó de poseer a sabiendas de que la cosa era ajena, contra el que enajenó la cosa y a consecuencia de la enajenación se ha hecho imposible o difícil su persecución y, finalmente, en contra del injusto detentador.*

El acreedor hipotecario, generalmente, ejercita su derecho de persecución cuando la cosa ha pasado al patrimonio de un tercero.

En efecto, mientras la cosa permanezca en poder del deudor

dor (si se trata de hipoteca) o en poder del acreedor mismo (si es una prenda), la garantía de éste no sufre menoscabo alguno y es idéntica a la que tuvo en vista al celebrar el contrato.

En este caso, el derecho de persecución está en potencia, pudiera decirse que duerme, pues no hay razón plausible que haga necesario su ejercicio. Pero si la cosa sale del patrimonio del deudor, sea total o parcialmente, e ingresa al patrimonio de un tercero, el derecho de persecución cobra vida, porque en tal ocasión adquiere toda su razón de ser o, al menos, de ponerse en movimiento.

Pero, ¿quién es este tercero a cuyo patrimonio ha ingresado la cosa y por el cual se hace posible y útil el ejercicio del derecho de persecución?

La doctrina lo conoce con el nombre de *tercer poseedor*.

“Bajo la denominación de tercer poseedor — dicen Demante y Colmet de Santerre — se entiende toda persona que posee la totalidad o parte de un inmueble gravado, a título no precario, y sin estar personalmente obligado al pago de la deuda garantizada con una seguridad real”. (30).

El mismo autor agrega: “El tercer poseedor, desde luego, no es un deudor y su responsabilidad únicamente emana de su calidad de propietario del inmueble hipotecario” (31).

Es así como se justifica nuestra afirmación relativa a que el derecho de persecución se ejerce en contra del dueño de la cosa gravada con una seguridad real.

Claro está que el dueño podrá ser real o aparente, porque bien sabemos que en nuestro derecho el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo (artículo 700, inciso 2.º del Código Civil chileno).

Como se ve, en todo caso la acción de persecución se dirige en contra de quien detenta la cosa como dueño, real o aparente en contra de quien tiene la cosa en su patrimonio.

La acción reivindicatoria — lo hemos dicho sobradas veces — compete al dueño no poseedor contra el poseedor no dueño.

La diferencia, como puede observarse, es substancial. En un caso se ejercita en contra del dueño (persecución); en otro contra el poseedor (reivindicación).

(30) Demante y Colmet de Santerre: Ob. cit. T. IX. Pág. 346.
Planiol et Ripert. Ob. cit. Tomo XIII. Pág. 396.

(31) Demante y Colmet de Santerre, Ob. cit. T. IX. Pág. 343.

Pero la reivindicación, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de persecución, no sólo se ejercita cuando la cosa está en el patrimonio del demandado, sino aún, aunque excepcionalmente, en el caso que la cosa haya egresado de él.

Efectivamente, la reivindicación también procede contra:

a) El poseedor que dejó de poseer la cosa por culpa suya, siempre que esté de mala fe (artículo 900 C. Civil).

b) Contra el que enajenó la cosa y a consecuencia de esta enajenación se ha hecho imposible o difícil su persecución (artículo 898).

Procede, finalmente, en contra del injusto detentador, según el artículo 915 del mismo cuerpo de leyes.

6.ª) *La acción reivindicatoria es más amplia que el derecho de persecución.*—Con esta afirmación queremos significar que los casos en que se aplica la reivindicación son bastante más numerosos que aquellos en que se ejercita el derecho de persecución.

Fácil es advertir el por qué de nuestra aserción. El derecho de persecución es por regla general una cualidad privativa de los derechos reales de garantía. La reivindicación es susceptible, en cambio, de entablarse respecto de cualesquiera de los derechos reales, salvo el de herencia, como lo establece el artículo 891 del Código Civil: "Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia.

Este derecho procede la acción de petición de herencia, de que se trata en el Libro III".

A este respecto podemos agregar que inclusive los derechos reales de garantía son susceptibles de reivindicarse, siendo el objeto de esta acción fundamentalmente diverso del derecho de persecución.

Don Luis Claro Solar, con esa sagacidad que le es tan característica, ha advertido inmediatamente que no hay dificultad alguna para que los derechos reales de garantía puedan, a su vez, ser susceptibles de reivindicación.

"Todos los derechos reales — dice — pueden ser reivindicados, pero naturalmente la acción perseguirá lo que corresponde según el derecho que se reivindique" (32).

"La acción reivindicatoria del derecho de prenda o hipo-

(32) Claro Solar. Ob. cit. Tomo IX. N.º 1718.

teca, agrega en otro paraje, es la que tiene el acreedor prendario o hipotecario para que se le reconozca la prenda o hipoteca y se le permita ejercer sobre la cosa singular en que su derecho se halla constituido las facultades que él confiere" (33).

Más clara quedará esta explicación con algunos ejemplos:

a) Si A, acreedor hipotecario de X, vende su crédito a B, cesión que comprende todos los privilegios o hipotecas, según el artículo 1906, y B, posteriormente, cede el mismo crédito a C. Si se anula la cesión de A a B; A tendría acción reivindicatoria contra C, y derecho de persecución, una vez obtenido en el juicio reivindicatorio, contra X.

En este caso, como se ve, se entabla la acción reivindicatoria y el derecho de persecución contra diferentes personas; pero bien puede ocurrir que el segundo cesionario, o sea C, sea a su vez sucesor de X y entonces tendríamos que C, sería, en caso de nulidad de la cesión, sujeto pasivo tanto de la reivindicación como del derecho de persecución.

b) A es titular de un crédito garantizado con hipoteca. B, un tercero, lo suplanta y vende el crédito con sus garantías a C. La venta de cosa ajena es válida y no habrá lugar a alegar la nulidad de la cesión.

A, sin embargo, es dueño y tiene acción reivindicatoria contra C.

En este caso tiene acción reivindicatoria en contra de C, y derecho de persecución en contra del actual poseedor de la cosa gravada a su favor.

7.^a) *Tribunal competente.*—La acción reivindicatoria debe entablarse ante el Juez Letrado de Mayor Cuantía del Departamento en que esté ubicada la cosa si es inmueble, o ante el Juez del domicilio del demandado si la cosa es mueble.

Tratándose del derecho de persecución hay que distinguir:

a) Se entabla en contra del deudor personal que es a la vez poseedor de la cosa gravada; es juez competente el designado por la convención (artículo 1587 del Código Civil).

Si no hay domicilio convencional se aplica el inciso 1.º del artículo 1588, es decir, el juez competente es el del lugar en donde existía el cuerpo cierto al momento de constituirse la obligación.

(33) Mismo autor; Ob. cit. Tomo IX. N.º 1717.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS, ETC.

63

b) Se entabla en contra de un tercer poseedor.

Si la acción entablada es inmueble, es juez competente el del lugar en que está situado el inmueble. Aquí no puede hablarse de domicilio convencional debido a que el tercero no ha concurrido al acto o contrato que generó el derecho real de garantía.

Si la acción que se entabla es, por el contrario, mueble, el juez competente es el del domicilio demandado.

8.º) *Tramitación.*—La acción reivindicatoria se tramita en juicio de lato conocimiento, es decir en un juicio ordinario.

En el derecho de persecución hay que distinguir un doble procedimiento:

a) Contra el deudor directo:

1.º Acción inmueble: juicio ejecutivo u ordinario según la naturaleza del título;

2.º Acción mueble: tramitación del Decreto Ley N.º 776 de 19 de Diciembre de 1925 sobre realización de la prenda, si tiene título ejecutivo; caso contrario, juicio ordinario.

b) Contra el tercer poseedor:

1.º Inmueble: Acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada. Título XX, Libro III del Código de Procedimiento Civil.

2.º Tramitación del Decreto Ley N.º 776, ya citado, si tiene título objetivo, sino juicio ordinario. Hay también procedimientos especiales para las prendas agraria e industrial.

Sección Segunda

DERECHO DE PERSECUCION Y ACCION DE
PETICION DE HERENCIA

16.—*Concepto y definición de la acción de petición de herencia.*—“La petición de herencia — dicen Planiol y Ripert — es la acción real dada a los herederos contra aquellos que pretendiendo tener un derecho a la sucesión, la hacen suya en el hecho, en su totalidad o en una parte” (34).

(34) Planiol y Ripert: Ob. cit. Tomo III. Pág. 489.

Expresado de otra manera, la acción de petición de herencia es aquella acción real que tiene el heredero y que se dirige contra la persona que, invocando la calidad de heredero, está en el hecho poseyendo la totalidad o el todo o parte de la herencia.

La herencia, como sabemos, constituye un derecho real y cada vez que el legislador establece un derecho de esta naturaleza, le otorga la acción correspondiente, con el objeto de que su titular pueda defenderlo contra las perturbaciones provenientes de terceros.

Al derecho real de herencia, le confiere la acción de petición de herencia, con cuya definición hemos encabezado el presente número.

“En general — dice un autor nacional — se podría expresar, salvo los distingos esenciales, que la acción de petición de herencia es la acción reivindicatoria aplicada a una universalidad” (35).

Por otra parte — y lo hemos dicho con frecuencia — la acción no es una entidad diferente del derecho que protege. No, la acción es el derecho mismo elevado a una esfera u órbita diferente, la de la plena actividad, del movimiento. Es el derecho mismo, pero observado desde un ángulo o punto de vista diferente.

La acción de petición de herencia — de esta manera — no es otro caso que el derecho sucesoral en ejercicio. Satisface la necesidad jurídica que tiene el asignatario verdadero para probar que lo es y que a él pertenecen los bienes hereditarios. Y al heredero aparente, entonces, no queda otra cosa ante ella que restituir el todo o parte de la herencia que ocupaba indebidamente.

La finalidad principal de la acción que examinamos consiste en que se reconozca la calidad de heredero en la persona que la ejercita. Subordinada a esta finalidad y como consecuencia de ella queda la solicitud de restitución de las cosas y derechos hereditarios, inclusive aquellas de que el causante era mero tenedor (36).

(35) Luis Díaz Baltra: “De la petición de herencia y de otras acciones del heredero”. Memoria. Pág. 14.

(36) Ver Planiol y Ripert: Ob. cit. Tomo III. Pág. 489 y Aubry et Rau: Ob. cit. Tomo X. Pág. 1.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS. ETC.

65

Por este motivo, no es del todo exacta la doctrina de la sentencia que a continuación insertamos. Ella tiene, es cierto, parte de verdad, pero se equivoca al considerar principal una circunstancia que sólo es consecuencia o accesoria.

“En la demanda de petición de herencia — dice — lo que se persigue es la restitución de bienes ocupados por un tercero y en su carácter de heredero” (37).

Corrientemente se dice que se permite reclamar un objeto hereditario tanto por la petición de herencia como por la acción reivindicatoria. Pero el ejercicio de una u otra dependerá del título que se invoque: si el de heredero o el de propietario. Las acciones entabladas serán diferentes si los derechos en que se fundan también lo son.

Nuestra jurisprudencia ha dicho a este respecto que “esta acción no debe confundirse con la reivindicación, ni degenera en ésta” (38).

17.—*Características.*

1.ª) Es una acción real porque está destinada a amparar un derecho real (artículo 577 del Código Civil) cual es el derecho de herencia. Se deduce también esta característica del artículo 891 que dispone “los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia. Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el Libro III” (39).

Por vía de consecuencia, esta acción no requiere vínculo contractual previo y se ejercitará sin respecto a determinada persona.

2.ª) Es una acción universal, porque está encaminada no a pedir la restitución de bienes determinados, sino la restitución de una herencia, de una universalidad. El que la entabla no pide se le devuelvan bienes determinados.

3.ª) Es una acción perfectamente divisible, en el sentido de que si el causante deja dos o más herederos de cuota, cada uno puede entablarla separadamente para defender su porción.

4.ª) Es una acción mueble o inmueble según la naturaleza

(37) Sentencia N.º 1031. Página 742. Gaceta de 1896.

(38) Sentencia N.º 680. Página 2184. Gaceta de 1913.

(39) Ver Planiol y Rippert. Tomo III. Pág. 489.

Laurent, Ob. cit. Tomo IX. Página 577.

de los bienes sobre que recae. Así los bienes sobre que recae consisten en bienes raíces, la acción también lo será; si, por el contrario, los bienes sobre que recae son muebles, la acción será mueble. (Artículo 580 del Código Civil Chileno).

5.ª) Es una acción patrimonial, porque es susceptible de apreciarse pecuniariamente y porque también se halla en el comercio jurídico. De esta calidad se derivan diversas consecuencias:

- a) Es renunciable
- b) Es transmisible y transferible
- c) Es prescriptible (40).

18.—*Semejanza con el Derecho de Persecución.*—Las analogías que existen entre el derecho de persecución y la acción de petición de herencia son las mismas que existen entre aquel y la acción reivindicatoria.

La semejanza más importante y notoria es, sin duda, la que proviene del carácter de derecho real de la prenda e hipoteca por un lado y de la herencia, por otro.

Las semejanzas, por consiguientes, pueden resumirse en las que indicamos a continuación: son acciones reales, patrimoniales, susceptibles de transmisión y transferencia, prescriptibles, renunciables, muebles o inmuebles.

19.—*Diferencias con el derecho de persecución.*—Entre el derecho de persecución y la acción de petición de herencia, sin perjuicio de las semejanzas anotadas, existen diferencias que las hacen inconfundibles.

1.ª) En la acción de petición de herencia se invoca el título de heredero; en el derecho de persecución, la calidad de acreedor garantido con una seguridad real.

2.ª) El objeto de la petición de herencia es obtener el reconocimiento de la calidad de heredero; en el derecho de persecución el objeto es obtener el cumplimiento de una obligación.

3.ª) La acción de petición de herencia se dirige contra el que posee el todo o parte de la herencia invocando la calidad de heredero; el derecho de persecución contra el dueño real o aparente de la cosa gravada. Esta diferencia se hace más no-

(40) Sentencia N.º 4486. Página 164. Gaceta de 1878.
Sentencia N.º 399. Página 362. Gaceta de 1900.

table si se considera que el titular del derecho de persecución no tiene para qué detenerse a considerar el título que invoque el propietario de la cosa perseguida. Eso no le interesa. La jurisprudencia — en cambio — ha sido de la petición de herencia que “esta acción procede sólo contra el que ocupa una herencia en calidad o título de heredero, por lo que se rechaza la demanda en que se ejercita esta acción contra una persona que la poseía a título de albacea” (41).

4.ª) Con la petición de herencia se persigue una cosa universal, una universalidad jurídica; el derecho de persecución siempre tiene por objeto cosas singulares.

5.ª) Los plazos de prescripción de una y otra son totalmente diferentes.

6.ª) Lo mismo cabe decir de la tramitación y competencia de los Tribunales.

Sección Tercera

DERECHO DE PERSECUCION Y ACCION PAULIANA

20.—*Concepto y definición.*—Uno de los más importantes derechos auxiliares que nuestra legislación franquea a los acreedores es la acción pauliana o revocatoria.

Esta acción — primitivamente una especie de interdicto fraudatorio — ha pasado a todas las legislaciones del mundo de la época contemporánea y en los Códigos actuales se la sigue denominando Acción Pauliana en homenaje al pretor (Paulo) que la instituyó.

Sabemos que el patrimonio del deudor puede debilitarse, por regla general, debido a dos motivos: por la contratación de nuevas deudas u obligaciones o por la enajenación de los bienes que la componían.

El primer procedimiento y el segundo ofrecen varios peligros para los acreedores, entre los cuales no es el menor el que resulta de la insolvencia que las enajenaciones u obligaciones contratadas por el deudor acarrearán a éste.

La ley no ha podido mirar con indiferencia estas enajena-

(41) Sentencia N.º 1556. Página 975. Gaceta de 1884.

ciones, mucho más graves cuando el deudor con el objeto de burlar las legítimas expectativas de sus acreedores recurre a procedimientos fraudulentos.

La prenda general de los acreedores de esta manera queda reducida a la nada. Enajenaciones continuadas podrían llegar a negarla.

A salvar estas dificultades viene la Acción Pauliana y, bien puede decirse, que no es sino el corolario lógico de la llamada prenda general.

Nuestro Código Civil la consagra en el artículo 2468 y se la define como "la que tienen los acreedores para obtener la revocación de los actos realizados por el deudor en fraude de sus derechos".

Se la denomina también acción revocatoria. Este nombre lo recibe porque mediante ella se obtiene la invalidación o revocación de los actos ejecutados fraudulentamente por el deudor.

Como se ve, el objeto de esta acción es obtener la revocación de los actos realizados por el deudor para empobrecerse, es decir, para disminuir su patrimonio en perjuicio de los acreedores, a fin de que mediante esta revocación vuelvan al patrimonio del deudor los bienes que en él se encontraban y que el deudor hizo salir fraudulentamente.

El fundamento de la acción pauliana — puede observarse — es el acto ilícito realizado por el deudor.

"Si el derecho de prenda general — dice un autor — no privó al deudor, en principio, de la amplia facultad de llevar libremente la gestión de sus negocios, sin que sea responsable de los actos de descuido, pereza o torpeza en que incurra, aunque ellos hagan desaparecer o disminuyan su patrimonio y perjudiquen como consecuencia a sus acreedores, no tiene ciertamente el derecho de entregarse tendenciosamente a la ejecución de actos o celebración de contratos para hacer desaparecer o disminuir maliciosamente sus bienes en detrimento de los acreedores a quienes llevó a contratar bajo la garantía de la solvencia que ese patrimonio daba. El principio de la buena fe en los contratos rechaza terminantemente ese derecho" (42).

(42) Francisco Carrera: "El sujeto activo en la Acción Pauliana". Aparece en la Rev. de D. y Jurisp. Tomo XXXI. Pág. 152.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS, ETC.

69

21.—*Características.*—La acción Pauliana presenta las características que a continuación se indican:

1) Tiene un carácter estrictamente individual, es decir, aprovecha sólo a los acreedores que la entablen;

2) Sanciona un hecho ilícito: el fraude y tiende a reparar el daño causado mediante la revocación del acto o contrato fraudulento hasta concurrencia del perjuicio que se irroga;

3) En una acción personal. En el derecho actual, dice Charles Beudant, se admite universalmente que la acción Pauliana es una simple acción personal (43).

Se justifica esta tesis — agrega el mismo autor — atendiendo a dos razones:

a) Una acción no es real sino cuando se ejerce en virtud de un derecho real. La acción Pauliana existe en provecho de los acreedores en virtud del derecho de prenda general que no es un derecho real. Por consiguiente, es la sanción de un derecho de crédito y no pasa de ser una acción personal.

b) La acción Pauliana exige siempre ciertas condiciones “intencionales” de parte del deudor y, a veces, del tercero que ha adquirido bienes de aquél. No es independiente de las consideraciones personales; en consecuencia, es personal” (44).

Josserand, por su parte, argumenta: “sin duda los resultados pueden recaer sobre terceros — los adquirentes o subadquirentes — y es debido a esto que los autores han pensado ver en ella una acción real. Pero el que la ejerce es por hipótesis un acreedor; está munido de un derecho personal y, además, no se concibe que un derecho de crédito esté sancionado por una acción real” (45).

4) Es una acción patrimonial y puede, por consiguiente, renunciarse, transferirse, transmitirse y es susceptible también de prescripción;

5) Es una acción mueble o inmueble, según sea la cosa en que ha de ejercerse o que se debe;

6) Tiene por objeto hacer volver al patrimonio del deudor los bienes que salieron fraudulentamente de él.

22.—*Semejanzas y diferencias con el Derecho de Persecu-*

(43) Charles Beudant: Cours de Droit Civil Français. 2.ª Ed. Tomo VIII. Página 480.

(44) Ch. Beudant. Ob. cit. Tomo VIII. Pág. 481.

(45) Josserand. Ob. cit. Tomo II. Pág. 382.

ción.—Del examen de las características de la acción pauliana y del concepto somerísimo que hemos dado de ella, se desprende que son más profundas las diferencias que las semejanzas que existen entre esta institución y el derecho de persecución. Sin embargo, debemos señalar sus analogías: Son acciones patrimoniales; susceptibles de transferencia y transmisión; renunciables y prescriptibles; muebles o inmuebles.

Las diferencias, en cambio, son las siguientes:

a) El derecho de persecución es una acción real; la acción Pauliana es una acción personal;

b) El derecho de persecución tiene por objeto obtener el cumplimiento de una obligación mediante la licitación de la cosa gravada; la acción pauliana, sancionar un hecho ilícito y revocar los actos fraudulentos hasta el monto de los perjuicios;

c) El derecho de persecución es una institución de tipo jurídico normal; la acción pauliana es anormal ya que sanciona un abuso del derecho;

d) Fuentes del derecho de persecución son los derechos reales de garantía y en casos excepcionales algunos derechos personales; la fuente de la acción pauliana es la ley.

e) Al derecho de persecución no le interesa el título por el cual haya pasado la cosa a manos de un tercero a la acción pauliana le interesa sobremanera.

Y con estas consideraciones finales ponemos punto final a la Parte General de este trabajo y pasamos a examinar el derecho de persecución en las instituciones positivas mismas, el derecho de persecución tal cual lo ha concebido y reglamentado el legislador.
