



UNIVERSIDAD CATOLICA DE LA SANTISIMA CONCEPCION

FACULTAD DE DERECHO

“JURISPRUDENCIA ACTUAL, ACCIONES ACTOS Y CONTRATOS SOBRE CUOTA”

Tesina presentada para dar cumplimiento a uno de los requisitos de egreso de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

AUTOR: VALENTINA CÁCERES SILVA.

OSCAR ESPINOZA SANDOVAL.

PROFESOR GUIA: CARLOS CESPEDES MUÑOZ.

INDICE

Índice.....	
Introducción.....	
Capítulo I: Conceptos Generales.....	
1.1.-Coproiedad Romana, moderna y germánica.....	
1.2.-Indivisión, copropiedad y comunidad.....	
1.3.-Comunidades sobre una cosa singular y comunidades sobre cosa universal.....	
Capítulo II: Cuota Indivisa.....	
2.1.-Naturaleza jurídica de la cuota.....	
2.1.1.-Sentencias que se pronuncian al respecto.....	
2.2.-Efecto declarativo de la partición en nuestra legislación.....	
2.2.1.-Efecto declarativo de la partición como una ficción.....	
2.2.2.-Consecuencias que se derivan del hecho que los artículos 1344 y 718 establezcan una ficción.....	
2.2.3.-Sentencias que se pronuncian al respecto.....	
2.3Las cuotas en los créditos y deudas hereditarias.....	
2.3.1.- Sentencias que se pronuncian al respecto.....	
Capítulo III: Actos y contratos sobre cuota.....	
3.1.- Venta de cuota indivisa.....	
3.1.1.- Los efectos de la compraventa de cuota indivisa.....	
3.1.2 Sentencias que se pronuncian al respecto.....	
3.2.- Lesión enorme.....	
3.2.1.- Sentencias que se pronuncian al respecto.....	
3.3 Hipoteca de cuota indivisa.....	
3.3.1.- Efectos de la hipoteca de cuota pendiente en la indivisión.....	
3.3.2.- Sentencias que se pronuncian al respecto.....	
3.4.- Cesión o tradición de cuota indivisa.....	
3.4.1.- Cesión de cuota indivisa inmueble.....	

3.4.2.- Efectos de la cesión de cuota indivisa.....

3.4.3.- Sentencias que se pronuncian al respecto.....

Capítulo IV: Acciones del comunero frente a los demás comuneros y frente a terceros.....

4.1.- Acciones posesorias.....

4.1.1.- Prescripción entre comuneros.....

4.1.2.- Acciones posesorias entre comuneros.....

4.1.3.- Sentencias que se pronuncian al respecto.....

4.2.- Acciones del comunero frente a terceros.....

4.2.1.- Reivindicación de cuota.....

4.2.2.- ¿Puede un comunero reivindicar por el total contra un tercero?.....

4.2.3.- Acción de petición de herencia.....

4.2.4.- Mandato tácito y recíproco.....

4.2.4.- Acción de precario.....

Conclusión.....

Bibliografía.....

INTRODUCCIÓN

La cuota, definida como la porción ideal determinada o determinable que cada comunero en la comunidad, ha sido objeto de los más diversos análisis por parte de los estudiosos del derecho, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, en nuestro país, la investigación relativa a esta materia legal ha tenido un título que sobresale de entre los demás, tanto por su calidad y consistencia, como por la extensa manera en que cubre cada aspecto jurídico del citado tema. Nos referimos al libro “Acciones, actos y contratos sobre cuota”: el problema jurídico y práctico de las acciones y derechos, publicada en el año 1970 por la Editorial Jurídica de Chile, de autoría del destacado abogado de la Universidad de Concepción Enrique Silva Segura, ex Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, Profesor de Derecho Civil y Penal de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y de la Universidad San Sebastián.

En dicha obra, don Enrique Silva estudia la temática de la cuota en todo el amplio espectro jurídico en que se encuentra involucrada, partiendo por conceptualizar a la comunidad, la copropiedad, indivisión, explicar las doctrinas históricas romanas y germanas de éstas y determinar cuál se sigue en nuestra legislación. También trata las teorías que explican la naturaleza jurídica de la cuota en nuestro país, así como la disposición de la cuota indivisa y todas las formas en que esta se puede dar, tanto a título oneroso como gratuito, por acto entre vivos y por causa de muerte, constitución de derechos reales, entre otras problemáticas doctrinarias y teóricas, convirtiéndolo en uno de los textos más completos sobre el tema y objeto de cita por todos quienes la han estudiado desde su publicación hasta el día de hoy, siendo utilizado como fundamento en múltiples sentencias judiciales que se han suscitado en controversias jurídicas sobre el tema.

Es por ello que el principal objetivo de la presente tesina será analizar la jurisprudencia nacional en los últimos años, examinando los principios en que se fundaron los jueces para resolver las cuestiones sometidas a su decisión, comparando aquellos fundamentos con las tesis

expuestas por el profesor en el libro respecto a cada temática particular relacionada con la cuota, para de esta forma, tener una mirada amplia sobre de que forma el criterio jurídico presente en dicha publicación ha influenciado a la jurisprudencia chilena a través de los años.

CAPITULO I: CONCEPTOS GENERALES

1.1.-COPROPIEDAD ROMANA, MODERNA Y GERMÁNICA

Copropiedad romana

En el concepto de comunidad romana, el objeto del derecho de propiedad está indiviso físicamente y los copropietarios no tienen sino un derecho que llamaban *pars* o *pars rei* o *pars dominii* o, más precisamente, *pars pro indiviso*, siendo su actual equivalente el de cuota parte o cuota indivisa.¹

En efecto, según la concepción romana cada comunero es dueño individual y exclusivo de una cuota indivisa en el todo común y en las más pequeñas partes de él; luego puede enajenarla y gravarla. Llegada la partición, como se entendía que los comuneros se traspasaban sus cuotas indivisas para poder determinar sus derechos incorporales o cuotas indivisas, existía el peligro de que se adjudicaran a los copartícipes bienes gravados en todo o en parte por alguno de los comuneros.²

Copropiedad Germánica

Los copropietarios aisladamente considerados no tienen ningún derecho real sobre la cosa. No pueden, pues, por actos individuales enajenarla ni gravarla con derechos reales, ni aun en parte. El propietario es la colectividad, es la suma de los poseedores. De suerte que los

¹ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.42.

² *Ibidem*, p.41.

bienes comunes no figuran en los patrimonios de los diferentes copropietarios, sino que constituyen una especie de patrimonio distinto.³

El copropietario por tanto, no puede celebrar ningún acto jurídico sobre la cosa entera, ni en lo que se refiere a la parte alícuota, pues no es propietario, sino solamente acreedor.

Copropiedad moderna

Se ha hecho un agregado en las legislaciones actuales al condominio romano, en virtud del cual se ha establecido la ficción del efecto declarativo de la partición, tema que será tratado más adelante.

1.2.- INDIVISIÓN, COPROPIEDAD Y COMUNIDAD

En la doctrina existe una confusión conceptual entre estos tres términos: comunidad, copropiedad e indivisión.

La Indivisión

La palabra indivisión, se refiere al estado en que se encuentra una cosa que es objeto de un derecho con pluralidad de titulares. Esa relación jurídica puede ser cualquier derecho común a varios o, lo que es lo mismo, con pluralidad de sujetos, de tal manera que permaneciendo la cosa no dividida entre los cotitulares de la relación, se dice que está en la indivisión y que hay comunidad respecto del derecho que se trata. Un elemento de gran relevancia en esta materia es que la cosa, sobre la que se ejerce el derecho, deber ser una, es decir debe conservar su integridad, no dividirse entre los comuneros.

³SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985,p.45.

La Copropiedad

A modo general, la concurrencia de pluralidad de titulares en un derecho de propiedad sobre una misma cosa origina lo que se llama copropiedad o condominio.

Doctrinariamente, diversos autores se encargan de definir la copropiedad: Así, para Colin y Capitant, “es el derecho de propiedad que corresponde a la vez a varias personas sin que exista división material de la cosa”; para Audry y Rau, “La copropiedad es el derecho de propiedad que compete a varias personas sobre una sola y misma cosa, no perteneciente a cada una de ellas sino de una cuota ideal o abstracta”; Planiol y Ripert se expresan de la siguiente manera: “una cosa perteneciente a varios copropietarios están en indivisión cuando el derecho de cada propietario recae sobre el conjunto y no sobre una porción determinada de la cosa común; por su parte para Claro Solar “la copropiedad, o también llamada comunidad, es el derecho de propiedad en dos o más personas sobre una sola y misma cosa, pro indiviso, y que corresponde a cada una de ellas en una parte alícuota, ideal o abstracta”.⁴

La Comunidad

Hay comunidad cuando dos o más sujetos tienen un derecho de idéntica naturaleza sobre la totalidad de un mismo objeto; y hay copropiedad o condominio cuando dos o más sujetos tienen el dominio sobre la totalidad de un mismo objeto.

A modo de resumen, estos tres términos, Comunidad, Copropiedad e Indivisión, no son sinónimos, pues cada uno de ellos es consecuencia necesaria del otro. La comunidad requiere de indivisión para ser tal, y para hablar de indivisión es necesario que el derecho del cual la cosa

⁴ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.28.

indivisa es objeto tenga pluralidad de titulares, pues de lo contrario carece de sentido distinguir entre cosas divididas e indivisas.

1.3.-COMUNIDADES SOBRE UNA COSA UNIVERSAL Y COMUNIDADES SOBRE UNA COSA SINGULAR

Esta clasificación, además de ser la única que está consagrada en nuestra legislación, es la más importante ya que la naturaleza jurídica de la cuota, varía entre ambas clases de comunidades.⁵

Comunidades sobre cosa universal

Clásicamente se hace una distinción entre las universalidades de hecho y las de derecho, *universitates facti* y *universitates juris*, cuya distinción se hace desde un triple punto de vista: el fundamento de una y otra, la composición de ellas y sus efectos.

En cuanto a la fundamentación, la universalidad jurídica tiene por fundamento la ley y está organizada en ella, y la universalidad de hecho no tiene organización ni reglamentación legal. En lo relativo a la composición, la universalidad jurídica está formada por bienes corporales e incorporeales y tiene un activo y un pasivo, en cambio, la universalidad de hecho sólo está formada de elementos activos. Y, atendiendo a sus efectos, se dice que las universalidades jurídicas pueden producir ciertos efectos de derecho, como por ejemplo, el dar lugar a una *actio in rem universalis*, lo cual no ocurre en las universalidades de hecho.⁶

Ahora bien, para que una cosa sea común y se pueda hablar de comunidad es necesario que esta cosa esté indivisa, pues si el objeto se divide *ipso jure* entre los diversos titulares, cada

⁵SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985,p.53.

⁶Ibídem, p.56.

titular pasa a ser único sujeto del derecho que recae sobre una porción física, material y determinada de la cosa que llega a pertenecer a varios dividiéndose entre ellos. ⁷

Comunidades sobre cosa singular

En cuanto a las comunidades sobre cosas singulares, se presentará siempre que varias personas sean condueñas de una cosa singular, sea que la hayan comprado o la hubieren recibido en donación conjuntamente o en legado, o cuando en una herencia haya un solo bien que se era de propiedad del causante. ⁸

CAPITULO II: CUOTA INDIVISA

2.1.-NATURALEZA JURIDICA DE LA CUOTA INDIVISA

La cuota de un comunero en una indivisión sobre cosa singular es una fracción del derecho de dominio sobre una parte indivisa de la cosa, parte que se extiende aun a los átomos de la cosa. Será mueble o inmueble, según lo sea la cosa indivisa sobre que recaiga. El comunero es dueño de su cuota y, por consiguiente, puede enajenarla, gravarla, etc. ⁹

Existen tres doctrinas que intentan explicar la naturaleza jurídica de la cuota indivisa. La primera establece que, pendiente la indivisión, el derecho del comunero en las cosas comunes de la universalidad o partes ciertas de la cosa común, es eventual o una simple expectativa de dominio; la segunda sostiene el criterio anterior, pero confunde el dominio proindiviso o copropiedad con el derecho real de herencia, y, la última, que es acogida por la jurisprudencia actual y que nosotros sostenemos, la cual postula que cada comunero es dueño de su cuota y, por tanto, puede enajenarla y gravarla.

⁷. SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.58.

⁸ Ibidem, p.60.

⁹Ibidem, p.119.

Las primeras dos doctrinas han sido superadas por la jurisprudencia actual, lo cual se evidencia en los fallos que se han pronunciado sobre la materia en los últimos años.

2.1.1.-Sentencias que se pronuncian al respecto.

En ellas no hay confusiones de ninguna clase, ni argumentos ilógicos, como el considerar que las cuotas de los comuneros son indeterminadas mientras no se realice la partición que declarará quiénes son dueños absolutos desde la formación de la comunidad.¹⁰

Causa rol C-7040-2015, Corte suprema

“Que existe una comunidad hereditaria formada al fallecimiento de J.C.F. respecto de una serie de inmuebles que conforman la masa hereditaria, la que actualmente permanece en estado de indivisión por no constar la partición y adjudicación de la misma. Por escritura de adjudicación de remate de 24 de julio de 2007 resultado del juicio ejecutivo seguido ante el 23° Juzgado Civil de Santiago rol N° 1049-2002 “Caratulada “G.E. con C. y otra” seguida por E.G.S. –demandado de autos- en contra del hermano del actor P.C.L., se procedió al remate de los derechos del comunero sobre las propiedades ubicadas en calle San Francisco N° 621 y en calle San Francisco N° 6223 al 627 ambas de la comuna de Santiago, derechos que a su vez adquirió por herencia en los bienes de su padre J.C.F. y la cesión de derechos realizada por su madre L.L.. Los sentenciadores delimitan la controversia a que pese a que la masa hereditaria dejada al fallecimiento de J.C.F. se encontraba en un estado de indivisión, los derechos o la porción que en ella correspondían a P.C.L., fueron objeto de embargo y posterior remate, adjudicándose los el demandado con cargo a su crédito.

De lo anterior, estiman los jueces que el demandado al accionar en contra de P.C.L. actuó en virtud de su legítimo derecho de prenda general que lo habilita para perseguir su acreencia sobre

¹⁰SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.118.

todos los bienes del deudor, exceptuándose aquellos que son inembargables, entre los cuales no se encuentran los derechos que le correspondan a una persona dentro de una herencia.

Continúan expresando que la circunstancia que la herencia materia de la controversia se encuentre en estado de indivisión no obsta a que los herederos de la misma sean dueños y poseedores de ella, toda vez que la naturaleza jurídica del dominio sobre la herencia es un derecho dual, por una parte de forma ideal sobre la totalidad de la herencia y respecto de todos y cada uno de los herederos, y por otra real, sobre la porción que corresponde a cada asignatario de la herencia y es por ello que cada uno de los herederos puede disponer de su cuota en la herencia, gravándola vendiéndola o inclusive reivindicándola.”¹¹

Causa rol C-23180-2014, Corte suprema

“El autor, don E.S.S., en su obra “Acciones, Actos y Contratos sobre Cuota”, dice: “La cuota de un comunero en una indivisión sobre cosa singular, es una fracción del derecho de dominio sobre una parte indivisa de la cosa, parte que se extiende aún a los átomos de la cosa. Será mueble o inmueble, según lo sea la cosa indivisa sobre que recaiga. El comunero es dueño de su cuota y, por consiguiente, puede enajenarla, gravarla, etc.”. Así, cada comunero dueño de su cuota puede venderla y enajenarla. Hoy nadie pone en duda que una cuota indivisa puede ser objeto mediato de un contrato de compraventa. La cosa vendida en este caso es una cuota indivisa en una cosa común entre dos o más personas y se podrá decir que se trata de un contrato de compraventa que tiene por objeto mediato una cuota en una cosa común y proindiviso.

La doctrina y jurisprudencia, ampliamente mayoritarias, afirman que la venta de cuota indivisa sobre un inmueble, como ocurre en sub lite, es rescindible por lesión enorme, cuando se dan los presupuestos antes referidos. El autor S.S., sobre lo expuesto manifiesta en su obra antes citada: “En general, podemos decir que siempre una cuota determinada e indivisa en una cosa

¹¹ CORTE SUPREMA. Causa rol C-7040-2015. Caratulado C.L., A. con G.S., E. 23 de noviembre del 2015.

*inmueble tiene un valor que se puede apreciar al tiempo del contrato y permite hacer la comparación entre el justo precio de la cosa y el dinero que se paga por ella. En todo caso, ésta es una cuestión de hecho que resolverá el juez apreciando la prueba rendida”.*¹²

Causa rol C-6526-2009

*“Que el autor E.S.S., en el Libro mencionado en la letra a) de este razonamiento, acota que no se debe confundir la cesión o enajenación del derecho de herencia con la enajenación de la cuota parte en el condominio que tiene por objeto los bienes que eran de propiedad del causante y que los herederos adquieren en común por el modo de adquirir, sucesión por causa de muerte. El derecho de herencia recae sobre una universalidad jurídica o una parte alícuota de ella, como es la herencia, la cual es una abstracción jurídica, pero no en los bienes determinados que la componen. El objeto de su cesión es el derecho que se tiene en el patrimonio de una persona muerta, tomado como una universalidad jurídica, la única que reglamenta como tal nuestra legislación. En cambio, cuando se enajena una cuota de dominio en una cosa universal indivisa y común, lo cedido es la cuota intelectual que se extiende hasta los átomos de las cosas singulares que forman la universalidad. El cedente entiende traspasar la cuota de dominio que tiene en el todo indiviso y en cada una de las partes que lo forman y no un derecho sobre una universalidad jurídica como el derecho de herencia que recae sobre una abstracción distinta que los bienes que la forman.”*¹³

Causa rol C-1623-2014

“Lo relevante es, para el caso que se analiza, que el comunero puede disponer libremente de su cuota, ya sea por actos entre vivos (por ejemplo, en los casos regulados en los artículos 1320, 1812, 2417 del Código Civil), ya sea por causa de muerte (artículo 1110). Puede reivindicarla (artículo 892) y también es susceptible de embargo (artículo 524 Código de Procedimiento Civil). En efecto, siendo cada comunero dueño de su cuota puede venderla y enajenarla y sobre ello

¹² CORTE SUPREMA. Causa rol C-23180-2014. Caratulado I.G.D. con Corporación Nacional del Cobre. 4 de diciembre del 2014.

¹³ CORTE SUPREMA. Causa rol C-6526-2009. Caratulado R.S., L. con L.O., L.. 24 junio del 2011.

hoy no cabe ya discusión. En la actualidad nadie pone en duda que una cuota indivisa puede ser objeto de un contrato de compraventa. La cosa vendida, en este caso, es una cuota indivisa en una cosa común entre dos o más personas y se podrá decir que se trata de un contrato de compraventa que tiene por objeto mediato una cuota en una cosa común y proindiviso.

Que en la materia que se decide, doña M.I.O.U. declaró ser “titular de derechos en una extensión de treinta y dos hectáreas de hijuela o predio S.P., ubicado en la comuna de G.”. En la cláusula segunda del título agregado a fojas 188 informó también que “adquirió dichos derechos por herencia quedada al fallecimiento de su cónyuge O. del C.R.J.”. Seguidamente vendió, cedió y transfirió a don L.R.A.T.M. “la nuda propiedad de los derechos singularizados en las cláusulas precedentes de este instrumento, reservándose para sí el usufructo vitalicio del mismo”.

A su turno, en el contrato de cesión de derechos celebrado el 19 de mayo de 2004 la señora O.U. declaró que la sucesión de don O. del C.R.J., que ella integra junto a otros comuneros, es dueña del sitio Número 80 del Fundo Achupallas. En la cláusula tercera expresa que cede y transfiere a doña B. del C.R.O. “...los derechos que le corresponden o pudieren corresponderle en el bien raíz individualizado en las cláusulas precedente. Se trata, como se observa en ambos casos, de la venta de la nuda propiedad de una cuota indivisa sobre un inmueble.”¹⁴

2.2.-EFECTO DECLARATIVO DE LA PARTICIÓN

Es necesario partir por entender que éste tiene lugar cuando nos encontramos frente a un “estado de indivisión”, el cual no se presenta en exclusivo en la sucesión por causa de muerte sino que además en una serie de situaciones jurídicas. Se está en presencia de un estado de indivisión cuando tienen derechos de cuota sobre una misma cosa dos o más personas, siendo fundamental para su existencia que los derechos de sus titulares sean de análoga naturaleza.

¹⁴ CORTE SUPREMA. Causa rol C-1623-2014. Caratulado Ríos Orrego, M.A. y otro con O.U., M.I. 29 de enero del 2015.

Las doctrinas extranjeras al tratar de encontrarle una explicación jurídica al efecto declarativo de la partición, han postulado tres teorías que tratan la materia.

La primera es la teoría de la realidad del efecto declarativo de la partición, la cual sostiene que al fallecimiento del *de cuius*, los herederos no tienen derecho a una cuota parte de cada uno de los bienes indivisos; sobre esos bienes individualmente considerados, sólo tienen un derecho indeterminado, el cual existe desde el principio y tiene su fuente en la transmisión hereditaria de la misma.¹⁵

La segunda teoría es la del derecho condicional, en virtud de la cual algunos autores creen que cada copropietario es propietario exclusivo de todos los bienes comunes bajo condición suspensiva que le sean adjudicados en la partición.¹⁶

Y, la última teoría, que es la más aceptada en la doctrina y en nuestra jurisprudencia, es aquella que ve en el efecto declarativo una verdadera ficción, contraria a la realidad; se sostiene por consiguiente, que en la partición no hay declaración de un dominio existente, sino traslación de derechos entre los indivisarios.¹⁷

2.2.1.-Efecto declarativo de la partición como una ficción

Son los artículos 1344 y 718 los que se encargan, en nuestra legislación, de establecer la ficción del efecto declarativo de la partición.

El artículo 1344 expresa: “cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieran cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. “La expresión “*cada asignatario se reputará*”

¹⁵ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.97.

¹⁶Ibidem, p.100.

¹⁷ Ibidem, p.101.

indica que se trata de una ficción. Por consiguiente, la frase “no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión”, encabezada por la palabra “se reputará”, indica que la realidad es: cada asignatario siempre ha tenido una parte o cuota en los efectos de la sucesión.¹⁸

EL artículo 718 por su parte, establece que : “cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión. Podrá pues añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho por si solo de la cosa común, y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios.”

2.2.2.-Consecuencias que se derivan del hecho que los artículos 1344 y 718 establezcan una ficción

Si lo dispuesto por los artículos 134 y 718 es una simple ficción, el derecho, o mejor dicho, la cuota indivisa de cada comunero se extiende a cada bien y cada parte de éstos. Si la cosa es singular, la cuota tiene por objeto una parte indivisa de la cosa, formada por la suma de las partes que tiene aún en las porciones más pequeñas que la forman. Tratándose de una cosa universal, el copropietario del todo lo es también de las partes que lo forman, de la misma manera que un propietario individual lo sería.¹⁹

Ahora bien, por la partición no se altera la naturaleza jurídica del dominio indiviso, ni hace condicional el derecho en la cuota, con la ficción solo se ha querido dejar sin efecto las enajenaciones o gravámenes consentidos por un comunero en su cuota o en los bienes comunes. Por tanto, el comunero es dueño de su cuota en el todo común, sea una cosa singular

¹⁸ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.103.

¹⁹Ibídem, p.107.

o universal, y en las partes más pequeñas de él. Puede hacer lo que quiera con su cuota indivisa en el todo común o en las partes ciertas que lo forman, pero cualquiera enajenación o gravamen que realice en su cuota o en los bienes comunes está sujeto, para subsistir, a los resultados de la partición.²⁰

2.2.3.-Sentencias que se pronuncian al respecto

Causa rol C-9426-2010, Corte suprema

Que enseguida denuncia la infracción de los artículos 706, 707, 1344, 1440, 1698, 1699, 1700, 1712 en relación con artículo 47 incisos 1DEG, 2DEG, 3DEG; 1723, 1776, todos del Código Civil y 341, 342 NDEG 1, 426, 427 y 428 del Código de Procedimiento Civil, al concluir los sentenciadores que la separación de bienes, además de ser un contrato, es de carácter oneroso, pese a que el pacto de separación de bienes no tiene por objeto que los contrayentes se obliguen a dar, hacer o no hacer alguna cosa, sino que conviniendo la sustitución de la sociedad conyugal divide los bienes que conforman la comunidad que deriva de dicho régimen. Esta revisión de los bienes se rige por las normas legales que revela la partición de los bienes hereditarios y específicamente el artículo 1344 del Código Civil, en virtud del cual la cónyuge y demandada de autos, Sra .M.A., ha sido dueña del inmueble en cuestión no solo desde la fecha de inscripción a su nombre el 13 agosto 2008, sino desde la inscripción en el Registro de Propiedad del año 1999 del Conservador de Bienes Raíces de A., fecha en que su cónyuge lo adquirió para la sociedad conyugal, produciéndose la ficción legal de retroactividad de la adjudicación que establece el artículo 1344 del Código Civil, no habiendo estado nunca este bien en el patrimonio de su marido. Por no ser oneroso el pacto de separación total de bienes no pudo ser objeto de la acción Pauliana.”²¹

²⁰ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.109.

²¹ CORTE SUPREMA. Causa rol C-9426-2010. Caratulado Consejo de defensa del Estado con Castillo Díaz, Rolando y otra. 29 de enero del 2013.

Causa rol C-58-2208, Corte de apelaciones Punta Arenas

“Por cuanto, en lo que concierne a la Contraloría Regional de la República, tal organismo sobrepasó, igualmente, la normativa general del Código Civil y la contenida en la del Procedimiento civil, como recién antes ha quedado dicho; y no sólo eso, pues de la lectura del Dictamen impugnado, en su párrafo vigésimo, se advierte un error jurídico conceptual, pues allí se sostiene que en la cosa común cada comunero es dueño de una porción; en circunstancias que la doctrina civilista ampliamente aceptada, postula que el derecho del comunero en la cosa común tiene carácter ideal y recae en todas y cada una de sus partes, al punto que, al producirse la partición, ésta tiene efecto declarativo, y en consecuencia, por una ficción legal, tal como lo establece el artículo 1.344 del Código Civil, se entiende que en los bienes adjudicados a cada asignatario, éste tuvo siempre el derecho real de dominio y jamás tuvo derecho alguno en las cosas que fueron adjudicados a los demás.”²²

2.3 LAS CUOTAS EN LOS CRÉDITOS Y DEUDAS HEREDITARIAS

Las cuotas en los créditos

El profesor Silva Segura expone y resuelve una discusión doctrinaria respecto a la aparente contradicción jurídica entre los artículos 1344 y el artículo 1526 N°4. Tal controversia consiste en que si del artículo 1526 n° 4, inciso final, confirmado por el artículo 1357, se desprende que los créditos se dividen de pleno derecho entre los coparticipes, se dejaría sin aplicación lo dispuesto por el artículo 1344, que emplea el término “efectos”, que comprende las cosas corporales e incorporales, y estas últimas, los derechos o créditos. Se concluye que de

²² CORTE DE APELACIONES PUNTA ARENAS. Causa rol C-58-2008. Caratulado Salinas Soto Mayor Juan Con Da silva Reveco Janio. 22 de septiembre del 2008.

acuerdo a este artículo, los créditos estarían indivisos, no se dividirían de pleno derecho, toda vez que ellos pueden ser objeto de la partición.²³

En opinión del profesor Silva, en contraposición de lo dicho sobre el tema por el profesor Alessandri, (quien señaló al respecto que “los créditos no se dividen de pleno derecho entre los herederos del acreedor por el hecho de su muerte; si así fuere no se podría producir el efecto señalado en el artículo 1344, ya que en virtud de esa división cada heredero pasaría a ser dueño de su cuota desde la delación de la herencia”), dice que no hay tal discordancia entre ambos citados artículos, ya que el artículo 1526 N°4, confirmado por el artículo 1357, dispone que “los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda si no a prorrata de sus cuotas”. Por su parte, el artículo 1357 se pone en el caso de que “si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, solo se confundirá con su porción hereditaria la cuota que en este crédito o deuda le quepa, y tendrá acción contra sus coherederos a prorrata por el resto de su crédito, y les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda”, esto confirma la opinión del autor respecto a que los créditos se dividen, al igual que las deudas, de pleno derecho entre los herederos del acreedor.²⁴

De otro lado, el artículo 1344 consagra la ficción del efecto declarativo de la partición, la que es una manera de la cual se valió el legislador para mantener la igualdad entre los comuneros. De esta forma, en opinión del autor, no hay contradicción entre la ficción antes señalada y la divisibilidad de los créditos entre los herederos del acreedor, pues ni el artículo 1344 ni ninguno otro del código civil disponen que los créditos deban entrar a la partición, aquellos pueden entrar en la partición por voluntad de los comuneros. De esta forma, durante la indivisión los créditos pertenecen a los comuneros por partes, a prorrata de sus cuotas; pero si habiendo partición los comuneros acuerdan adjudicar a uno o más de ellos el total de un crédito, el adjudicatario se reputará haber sido siempre dueño del crédito adjudicado.

²³ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.127.

²⁴.Ibídem p,129.

Claro Solar y Gonzalo Barriga concluyen que los preceptos antes señalados tienen ámbitos de aplicación propios. El artículo 1526 N° 4 reglamenta las relaciones de los herederos con el deudor, y el artículo 1344 regula las relaciones de los herederos entre sí.²⁵

De esta forma, no habría que hacer conciliar ambos artículos, pues no hay contradicción entre ellos. El artículo 1526 N° 4 expresa que los créditos hereditarios se dividen entre los herederos, el artículo 1344 no dice nada que permita concluir que no se dividen. La expresión “efectos” no hace más que ampliar el alcance de dicha ficción, pero no obliga a que los créditos entren en la partición.²⁶

Las cuotas en las deudas hereditarias

Las deudas que el causante tenía en vida y los créditos hereditarios se dividen de pleno derecho entre los herederos a prorrata de sus cuotas en la herencia, aunque la deuda sea solidaria, pues la solidaridad no pasa a los herederos. Esto es un principio que proviene desde el Derecho Romano y está consagrado en varios códigos civiles del mundo.

Solamente se puede exigir el total de la deuda a cualquiera de los herederos en el caso que contempla el inciso segundo N° 4º del artículo 1526, que dispone: “si expresamente se hubiere estipulado con el difunto el pago no pudiese hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de estos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla el mismo, salva su acción de saneamiento”. La obligación en sí misma es divisible; pero, en virtud de la convención, ella sólo puede ser pagada en total. Es un caso de indivisibilidad de pago.

²⁵SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985., p.219.

²⁶ Ibídem, p.130.

Al contrario de lo que sucede con los créditos, si los herederos de común acuerdo hacen una división distinta de las deudas, los acreedores no están obligados a respetar esta división, sino que tienen un derecho alternativo, según dispone el artículo 1359 en relación con los artículos 1358 y 1340. El acuerdo no afecta a los acreedores. Ellos pueden o perseguir a cada heredero por su cuota, o aceptar el acuerdo de ellos y perseguir a quien se le haya encargado pagar la deuda.²⁷

En conclusión, según lo postulado en el libro, queda demostrado que al igual que en el Derecho Romano, nuestra legislación consagra la división *ipso jure* de los créditos y deudas hereditarias.

2.3.1 Sentencias que se pronuncian al respecto

Causa rol C-3351-2007, Corte suprema

“En la sentencia, el considerando cuarto hace presente que “los herederos responden de las deudas hereditarias transmisibles a prorrata de sus cuotas, de conformidad con lo que prevé el artículo 1354 del Código Civil, salvo que se haya pactado indivisibilidad, caso en el cual, siendo la obligación indivisible, cada heredero puede ser obligado al pago total de la deuda”. En el considerando quinto la corte hace presente que al fallecer doña I.M., pasó a ser un bien que forma parte de la comunidad habida entre el cónyuge sobreviviente (el ejecutado) y los hijos de aquélla, entre los cuales se encuentran las terceristas, éstos como herederos y continuadores de la fallecida. En consecuencia, cada uno de ellos posee sólo una cuota en la mentada comunidad y no sobre ese bien determinado u otro. En el considerando sexto se hace énfasis en que la propiedad es un bien común y el banco ejecutante no hizo uso de la indivisibilidad a que tenía derecho, la cual sólo surge precisamente al momento de perseguir el cumplimiento; por ende, todos los comuneros han mantenido sus derechos en la citada comunidad y, tratándose de una acción seguida sólo en contra de uno de aquéllos por la falta de solución de un instrumento por

²⁷ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.132.

él suscrito, correspondía se trabara embargo únicamente en relación con la cuota representativa de los derechos que el ejecutado mantiene sobre el citado inmueble y respecto de los cuales es dueño, desde que los demás comuneros tienen, a su vez, la misma calidad en relación con las cuotas que les corresponden. En el considerando séptimo, se señala que habiendo acreditado las demandantes ser dueñas de sus cuotas de los derechos del bien embargado y que, por su parte, al ejecutado sólo le corresponde una participación en los mismos, procede acoger la tercería de dominio intentada.”²⁸

Causa rol C-339-2015, Corte de apelaciones Rancagua

“En esta causa se apeló una sentencia de primera instancia que denegó la aprobación de la escritura pública de partición de los bienes. En ella se pide dicha aprobación por R.V.G. respecto de la comunidad formada por él y su madre R.G.P. y sus hermanos M., I., M. (interdicta), J. y D. (menores de edad), todos V.G. y por la Sociedad Agrícola Rosa M.G.P. y Compañía. No se aprobó dicha partición porque en la propuesta se asignaron en comunidad hijuelas a los incapaces; que sólo se habría provocado la partición de los bienes raíces y maquinaria agrícola, no incluyendo en ella los valores mobiliarios (fondos mutuos y dineros); que se habría reconocido y pagado una deuda hereditaria, cuya existencia sería dudosa, y porque habría una diferencia de tasación de los inmuebles objeto de hijuelación.

En la sentencia que se pronunció sobre el recurso de apelación, la Corte de Apelaciones señaló que respecto a la deuda, en la cláusula segunda de la referida escritura de partición, se hace un expreso reconocimiento de aquella deuda hereditaria por todos sus hijos, lo que no resulta pertinente, más aún de aquellos menores de edad y de la interdicta, los que obviamente no tienen la capacidad legal para ello, y porque, además, la norma que menciona, esto es, el Artículo 951 de Código Civil, señala que se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en cada cuota de ellos. Por ello, las deudas hereditarias deben ser satisfechas por los herederos, las que automáticamente se dividen a prorrata de la cuota que les corresponde por el sólo hecho de la muerte del causante deudor.

²⁸ CORTE SUPREMA. Causa rol C-3351-2007. Caratulado Banco Santander Con Electa Aguilera Héctor. 9 de septiembre del 2008.

Así y todo, por impropio que sea tal reconocimiento a la luz de lo prescrito en dicha disposición legal, resulta irrelevante al mismo tiempo, porque lo que interesa para los efectos particionales es reconocer y acreditar la existencia de esa deuda y consignarla en el pasivo de la comunidad, lo que efectivamente se hizo en la cláusula séptima. Lo que sí importa es que la referida deuda fue prorrateada legalmente y se dio por pagada en forma íntegra y total por parte de todos los herederos, incluyendo a los menores y a la interdicta, según consta de la cláusula décima sexta. La corte, al comprobar que no hubo ningún menoscabo o perjuicio a los incapaces, revoco lo resuelto en primera instancia y aprobó la partición de bienes, en la forma y en los términos expresados en la escritura pública.”²⁹

Causa rol C-120-2014, Corte de apelaciones Iquique

“Refiere también que su representada no tiene noticias del padre de su hijo desde que éste tenía un año de edad, y que le ha resultado imposible contactarlo para hacer efectivos los derechos que poseen sobre la herencia del causante; que la actuación de la recurrida importa una imposición de una condición arbitraria, abusiva y contraria a derecho, que lesiona su derecho de propiedad porque es una decisión interesada, dado que invierte los fondos cobrando la respectiva comisión, conviniéndole mantener los fondos el mayor tiempo posible; porque la naturaleza jurídica del dinero es esencialmente fungible y divisible, de suerte que si la masa hereditaria está conformada sólo por el dinero, ésta es esencialmente liquidable, sin que necesite adjudicaciones formales ni juez partidor, pues basta efectuar una simple operación matemática para determinar el monto que a cada heredero corresponde; y, que su petición se encuentra respaldada por lo dispuesto en el número 4 del artículo 1526 del Código Civil, cuando trata del heredero que puede ser obligado a pagar el total de una deuda cuando el difunto así lo pactó con el acreedor, y que en su inciso final prescribe: “pero los herederos del acreedor si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas”, de lo que aquel caso es aplicable en la especie, pues cada heredero puede cobrar su cuota en el crédito, y si el deudor (en el caso, la AFP) paga a dicho heredero su parte en el crédito, el pago

²⁹ CORTE DE APELACIONES RANCAGUA. Causa rol c-339-2015. Caratulado Valdés González Rafael Elías. 6 de julio del 2015.

*es válido, agregando que la recurrida conculca su derecho de propiedad sobre el 50% de los fondos previsionales, garantizado en el n° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que pide que el recurso sea acogido, ordenándose a la AFP Provida la emisión del cheque a nombre de su presentada, por la cantidad que a la época deba liquidarse por aquella, dentro del plazo de 15 días hábiles a contar de la fecha de la sentencia que así lo disponga, o aquel que esta Corte determine, con costas.*³⁰

³⁰ CORTE DE APELACIONES IQUIQUE. Causa rol C-120-2014. Caratulado Sara María Cea Arancibia Con AFP Provida. 17 marzo del 2014.

CAPITULO III: ACCIONES, ACTOS Y CONTRATOS SOBRE CUOTA

En el presente capítulo analizaremos la jurisprudencia nacional respecto a los diferentes contratos en que se dispone de la cuota. Primero hay que recordar que para adquirir el dominio, de las cosas en nuestra legislación se requiere de un título y de un modo. El Código Civil sólo trata uno de los títulos traslaticios de dominio, que es al mismo tiempo el más relevante de estos, la compraventa. El legislador, a la vez, utiliza el término cesión, para el cual la doctrina nacional es uniforme en señalar que es un sinónimo de tradición, es decir, el modo de adquirir. De esta forma iniciamos este capítulo con la compraventa de cuota.

3.1.- VENTA DE CUOTA INDIVISA:

Se puede definir la compraventa de cuota como aquella que tiene por objeto mediato una cuota en una cosa común y proindiviso. Desde el Derecho Romano se le reconoce el derecho al comunero, dueño de su cuota el poder venderla. La cosa vendida en este caso es una cuota indivisa en una cosa común entre dos o más personas. Nuestro Código civil contempla esta facultad en el artículo 1812. Los requisitos de esta compraventa son: el precio y la cosa vendida, la cual debe ser comerciable, existente, determinada y que no pertenezca al comprador. La venta de cuotas no reviste ninguna de las modalidades de la venta de cosa futura, a pesar de poder creerse que por ser materializable la cuota, en bienes determinados por la partición, eso sería errado, pues lo que se vende no está sujeto a condición suspensiva ni se vende la suerte, sino que se vende una cosa incorporal, intelectual, que existe al contratar: la cuota indivisa en una cosa común³¹.

Además deben cumplirse las solemnidades en los casos que la ley señala. Así, la venta de una cuota indivisa en un bien raíz debe hacerse por escritura pública. Si los inmuebles en los cuales se vende una cuota están comprendidos en una universalidad, tal regla no cambia, pues siempre hay una venta de inmueble.³²

³¹SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.204-208.

³²Ibídem, p.222.

3.1.1.- Los efectos de la compraventa de cuota indivisa

Son las consecuencias, es decir, los derechos y obligaciones nacen para las partes. Siendo un contrato bilateral, sus efectos son crear derechos y obligaciones para ambas partes. Para el vendedor, la obligación de entregar la cosa vendida y sanear la evicción, y para el comprador, los derechos correlativos de exigir la entrega de la cosa y el saneamiento de la cosa vendida.

Las obligaciones del comprador son la de pagar el precio y recibir la cosa, produciendo para el vendedor los derechos correlativos de exigir el precio y la entregar la cosa. La obligación de entregar permite a la compraventa servir de título a la tradición, que es el modo de adquirir, si concurren todos los requisitos legales. Así, la venta de cuota sirve de título a la cesión (tradición) que, cumpliendo la obligación de entregar, realiza el vendedor. Tanto la obligación del vendedor de entregar una cuota vendida en alguna cosa común, como la que tendrían los herederos del comprador de restituir esa misma cuota en caso de rescindirse el contrato, son perfectamente divisibles, porque ambas recaen sobre una cosa susceptible de división intelectual o de cuota, como lo es una cuota indivisa. La venta de cuota se refiere no solo a la cuota de una cosa singular, sino también de una cuota en una cosa universal, y en ambos es necesario cumplir con todos los requisitos de la compraventa en general.³³

La entrega de la cosa vendida debe entregarse con todos sus accesorios, obligación que si bien no está expresamente comprendida en el Código civil, si se desprende de algunas disposiciones, como del artículo 1546, el cual dispone que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. También se desprende del artículo 1830, para el cual la venta de una finca comprende todos sus accesorios.³⁴

³³ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.223.

³⁴ *Ibidem*, p.225.

3.1.3.- Sentencias que se han pronunciado al respecto:

Causa rol 23180-2014, Corte suprema

“El autor, don E.S.S., en su obra “Acciones, Actos y Contratos sobre Cuota”, dice: “la cuota de un comunero en una indivisión sobre cosa singular, es una fracción del derecho de dominio sobre una parte indivisa de la cosa, parte que se extiende aún a los átomos de la cosa. Será mueble o inmueble, según lo sea la cosa indivisa sobre que recaiga. El comunero es dueño de su cuota y, por consiguiente, puede enajenarla, gravarla, etc.”. Así, cada comunero dueño de su cuota puede venderla y enajenarla. Hoy nadie pone en duda que una cuota indivisa puede ser objeto mediato de un contrato de compraventa. La cosa vendida en este caso es una cuota indivisa en una cosa común entre dos o más personas y se podrá decir que se trata de un contrato de compraventa que tiene por objeto mediato una cuota en una cosa común y proindiviso” ³⁵

Causa rol 2579-2006, Corte suprema

“Que además de la inscripción del decreto de posesión efectiva o de la resolución administrativa que la concede, para la enajenación de los inmuebles el N° 2 del artículo 688 exige las denominadas inscripciones especiales de herencia, que son aquéllas a que se refieren los incisos 1° y 2° del artículo 687 antes citado. En virtud de estas inscripciones especiales los herederos pueden disponer de consuno, esto es, de común acuerdo, de los inmuebles hereditarios. Ahora bien, la exigencia de proceder de esta forma va dirigida a impedir que uno cualquiera de los herederos, y no todos, enajene un bien raíz de que es dueño toda la comunidad hereditaria, pero no obsta a que uno cualquiera de los herederos enajene la cuota que le corresponde en el dominio del bien, cobrando vigencia y aplicación lo dispuesto en el artículo 1812 del Código Civil, de acuerdo al cual si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas podrá vender su cuota, aun sin el consentimiento de las otras. Sólo en virtud de la tercera inscripción a que se

³⁵CORTE SUPREMA. Causa rol 23180-2014. Caratulado IBAÑEZ GANDOLFO DANIEL JORGE CON CORPORACION NACIONAL DEL COBRE. 4 de diciembre del 2014

Refiere el artículo 688 que alude al acto de partición puede el heredero (adjudicatario) disponer particularmente de un inmueble hereditario, pero, como se dijo, la falta de esta inscripción en nada impide la enajenación de la cuota que le corresponde en el bien, mientras permanece indiviso. Que, en consecuencia, al estimarse ajustada a derecho la enajenación por parte de uno de los miembros de la comunidad hereditaria, de la cuota que a éste correspondía en uno de los inmuebles hereditarios, sin que hubieran consentido en ello los demás coherederos, no han cometido los sentenciadores de la instancia los errores de derecho que se les atribuye en el recurso, motivo suficiente como para que la casación en el fondo intentada sea desestimada. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante”³⁶

Causa rol 16596-2016, Corte suprema

“Que de conformidad con lo reseñado en el motivo que precede, se observa que los sentenciadores del grado han hecho una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata. En efecto, luego de constatar que el objeto del contrato de cesión de derechos -o de compraventa de los mismos como lo califican los jueces del fondo- recae sobre el porcentaje de los derechos que le corresponden al demandado en el resto de la parcela 2-A, de los cuales es dueño en comunidad con sus siete hijos y que adquirió por sucesión por causa de muerte en la herencia quedada al fallecimiento de su cónyuge Rosa del Carmen Vergara Moscoso, resultaba ajustado a derecho calificar el contrato de marras como una cesión o compraventa de derechos hereditarios, pues cuando hay pluralidad de herederos, cual es el caso, lo que realmente se cede es la cuota en una comunidad hereditaria, debiendo esta cesión regirse por las reglas establecidas para el cuasicontrato de comunidad, más los dos preceptos específicos que regulan la cesión (arts. 1909 y 1910 del Código Civil).

³⁶ CORTE SUPREMA. Causa rol 2579-2006. Caratulado SANCHEZ ORELLANA LIANA CON FUENZALIDA SANCHEZ PATRICIA. 13 de agosto del 2007

En este sentido, esta Corte Suprema en los autos Rol 7090-2013, compartiendo lo expresado por el profesor don Luis Claro Solar ha afirmado que la única comunidad a título universal que se reconoce en nuestra legislación es la hereditaria, y en ella los herederos se constituyen en condóminos de los bienes que la forman. En consecuencia, deben aplicarse a esta materia las reglas relativas a la comunidad. Se añade que la venta de cuota en la comunidad no es la venta de determinados bienes; se vende un derecho: el coasignatario o comunero que vende o cede su derecho hereditario o su cuota en la comunidad de que es partícipe, no transfiere propiedad alguna particular, sino ese derecho proindiviso que tiene en la comunidad, transferencia que le permite al cesionario o adquirente pedir precisamente la partición o liquidación y división de la comunidad a fin de que se le entere la parte que ha adquirido con bienes singulares o con los valores, que podrían haber correspondido al cedente o vendedor (Claro S., Luis, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, tomo XVII (tomo V de sucesión), Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1944, p. 12 y 21). De esta forma, considerando que el demandado no era el único heredero de la herencia quedada al fallecimiento de su cónyuge, pues también poseían dicha calidad sus siete hijos, según se consignó en el acápite primero de la propia escritura de cesión, resulta palmario que la venta o cesión del 14,28571428 por ciento de los derechos de Delicio Catalán Arce en el resto de la parcela 2-A -aunque parte de éstos correspondieran a su mitad de gananciales-, sólo importa la cesión de la respectiva cuota en la comunidad de que era partícipe, la que no transfiere propiedad alguna sobre bienes en particular, sino ese derecho proindiviso que tiene en la comunidad. Que los raciocinios expresados en los párrafos que preceden llevan necesariamente a concluir que el recurso de casación que se analiza adolece de manifiesta falta de fundamento, motivo por lo que no puede prosperar. Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 772 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto”³⁷

³⁷ CORTE SUPREMA. Causa rol 16596-2016. Caratulado CHANDIA SALINAS LEONARDO CON CATALAN ARCE DELICIO. 13 de junio del 2016

Causa rol 6526-2009. Corte suprema

“Que nuestra legislación considera la herencia como un derecho real independiente del dominio, con acciones propias y susceptible de adquirirse, a más de sucesión por causa de muerte, por tradición y por prescripción (artículos 1909 y 2512 del Código Civil).

Pero, pese a esto, nuestro legislador no lo definió ni se preocupó de darle una reglamentación adecuada a su naturaleza” Que de lo que se viene narrando queda en claro que el objeto de la tradición o cesión de derechos hereditarios no son bienes determinados, sino que la universalidad de la herencia o una cuota de ella.

Es por esta razón que el artículo 1909 del Código Civil dispone que cediéndose a título oneroso un derecho de herencia o legado, el heredero o legatario no responde si no de su calidad de tal, lo cual viene a confirmar que se transfiere la universalidad de la herencia y no bienes determinados. Por esto, el profesor S., en la obra ya indicada, señala que si el heredero cede a un tercero un inmueble determinado comprendido en la masa hereditaria o la cuota que le corresponde en cierto inmueble de la comunidad, no existe tradición del derecho de herencia, sino lisa y llanamente una compraventa, regida por otras disposiciones legales. H.- Que el autor E.S.S., en el Libro mencionado en la letra a) de este razonamiento, acota que no se debe confundir la cesión o enajenación del derecho de herencia con la enajenación de la cuota-parte en el condominio que tiene por objeto los bienes que eran de propiedad del causante y que los herederos adquieren en común por el modo de adquirir, sucesión por causa de muerte. El derecho de herencia recae sobre una universalidad jurídica o una parte alícuota de ella, como es la herencia, la cual es una abstracción jurídica, pero no en los bienes determinados que la componen. El objeto de su cesión es el derecho que se tiene en el patrimonio de una persona muerta, tomado como una universalidad jurídica, la única que reglamenta como tal nuestra legislación. En cambio, cuando se enajena una cuota de dominio en una cosa universal indivisa y común, lo cedido es la cuota intelectual que se extiende hasta los átomos de las cosas singulares que forman la universalidad.

*El cedente entiende traspasar la cuota de dominio que tiene en el todo indiviso y en cada una de las partes que lo forman y no un derecho sobre una universalidad jurídica como el derecho de herencia que recae sobre una abstracción distinta que los bienes que la forman".*³⁸

3.2.- LESION ENORME

Para que la venta sea rescindible por lesión enorme debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 1889, además que la cosa vendida no haya sido enajenada por el comprador, no haya perecido fortuitamente en poder del comprador y que la acción se entable dentro del plazo legal y que también debe ser de aquellas que puede rescindirse por lesión enorme.

Sólo es procedente la lesión enorme en la venta de una cuota indivisa que se tenga en un bien raíz, pues la cuota en estos bienes tiene un valor que se puede apreciar la tiempo del contrato y permite hacer la comparación entre el justo precio de la cosa y el dinero que se paga por ella, aunque es una cuestión de hecho que resuelve el juez apreciando la prueba.³⁹

Se señala que hay otro requisito que se deriva de los principios generales de la lesión enorme, el de poder hacer una comparación entre el precio de la venta y el justo precio de la cosa. Por esta causa no se admite la lesión enorme en las ventas del derecho real de herencia y del derecho de usufructo, pues pueden durar sólo horas o gran número de años, faltando un término de comparación, el valor de la cosa. Sin embargo, se indica que si de los hechos del proceso se dan los términos del artículo 1889, procedería la lesión enorme. Así, finalmente es una cuestión de hecho de si se puede o no hacer la comparación entre el valor de la cuota indivisa vendida y el precio pagado por ella, pero no será necesario esperar una probable partición para saber el justo precio de la cuota indivisa vendida, pues esta es una cosa incorporeal distinta de la cuota divisa en que se puede transformar por la partición.⁴⁰

³⁸ CORTE SUPREMA. Causa rol 6526-2009, Caratulado RECABARREN SANHUEZA LUIS CON LEDESMA OCARES LUCAS. 24 de junio de 2011

³⁹ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.226-227.

⁴⁰ *Ibíd*em, p.227-228.

3.2.1.-Sentencias que se pronuncian al respecto:

La jurisprudencia sobre el tema en particular, acoge y aplica en gran medida lo postulado por el autor en el libro, salvo algunos casos en específico, siendo una fuente doctrinal importante para los tribunales del país.

Causa rol 23180-2014, Corte suprema

“La doctrina y jurisprudencia, ampliamente mayoritarias, afirman que la venta de cuota indivisa sobre un inmueble, como ocurre en sub lite, es rescindible por lesión enorme, cuando se dan los presupuestos antes referidos. El autor S.S., sobre lo expuesto manifiesta en su obra antes citada: “En general, podemos decir que siempre una cuota determinada e indivisa en una cosa inmueble tiene un valor que se puede apreciar al tiempo del contrato y permite hacer la comparación entre el justo precio de la cosa y el dinero que se paga por ella. En todo caso, ésta es una cuestión de hecho que resolverá el juez apreciando la prueba rendida”⁴¹

En esta causa, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primer grado que rechazó la acción por lesión enorme, refiriendo que era esencial que los actores acreditaran cuál era el justo precio de la cosa vendida a la fecha de celebración del contrato y la circunstancia de que el precio recibido del comprador es inferior a la mitad de aquel; sin embargo, la prueba aportada por los demandantes resultó insuficiente para tales fines.

Los demandantes, que eran dueños en común y por partes iguales del predio agrícola denominado "Hijuela El Sauce", cedieron y transfirieron a las sociedades P&G Larrain Inversiones S.A. y Euroamérica Seguros de Vida S.A un porcentaje equivalente al 33,88% del dominio de la Hijuela El Sauce en el precio de \$41.500.000.

⁴¹ CORTE SUPREMA. Causa rol 23180-2014, Caratulado IBAÑEZ GANDOLFO DANIEL JORGE CON CORPORACION NACIONAL DEL COBRE. 4 de diciembre de 2014.

Luego, los demandantes cedieron y transfirieron a Codelco Chile S.A División Andina, todos los derechos de que son titulares en el predio Hijueta El Sauce, ascendentes al 66,12% del total del predio, en el precio total de \$191.372.243 y luego las sociedades FL Fondo de Inversión Privado y Euroamérica Asesorías S.A., vendieron, cedieron y transfirieron a Codelco Chile S.A. División Andina el 33,88% de los derechos de dominio de la Hijueta El Sauce, en el precio de \$235.404.370.

Los demandantes estiman que debió declararse nulo el contrato de cesión de derechos celebrado entre los demandantes y Codelco División Andina por lesión enorme, toda vez que sus representados recibieron un precio inferior a la mitad del justo precio, esto es, menos de 30 U.F. por hectárea, en circunstancias que el precio justo era superior a las 60 UF. por hectárea.

La Corte Suprema rechazó el recurso de casación fundamentando en el considerando décimo séptimo que *“El arbitrio en estudio se construye sobre la base de una premisa que es incorrecta. En efecto, la parte recurrente esgrime que en la especie sí probó el justo precio de los derechos cuotativos en el dominio del 66,12% del inmueble Hijueta El Sauce, puesto que a su juicio ello fluye de la diferencia de precio entre esta venta, que fue celebrada por los actores con la demandada el 11 de enero de 2008, en que se pagó un total de \$191.372.243, y aquella pactada entre la última nombrada y las sociedades FL Fondo de Inversión Privado y Euroamérica Asesorías S.A., el 30 de septiembre de 2008, en que se pagó por el 33,88% de los derechos cuotativos sobre el mencionado inmueble la suma de \$235.404.370. En efecto, no es efectivo que el justo precio fluya de estos actos jurídicos, porque en la especie, como se consignó en el considerando séptimo, en nuestro derecho cada comunero es dueño de la cuota ideal, sin que sus derechos se radiquen en una parte determinada de la especie o cuerpo cierto en que recaen. Así, todos los comuneros en conjunto son propietarios de este inmueble, pero individualmente éstos no son dueño de ninguna parte determinada de la cosa. Lo anterior es relevante, porque en el caso concreto al adquirir Codelco Chile el 66,12% de los derechos de la Hijueta El Sauce,*

está adquiriendo una cuota ideal, lo que es determinante en el establecimiento del precio, toda vez que al adquirir esa porción Codelco Chile queda en indivisión, sin que pueda aquel usar el inmueble si no es con anuencia del resto de los comuneros. En cambio, al celebrar la segunda compra de derechos, termina la comunidad, quedando aquél como único dueño del inmueble, por lo que desde ese momento puede usar, gozar y disponer libremente del inmueble, a diferencia del estado anterior, en que solo podía realizar actos de disposición respecto de su cuota, estando limitados los actos de uso respecto del inmueble. No existe así una unidad comparativa que tenga características idénticas que permita determinar a través de una simple operación aritmética el monto del justo precio. Así, la incidencia de la particularidad referida en el párrafo precedente en la determinación del precio de los derechos vendidos en el contrato celebrado el 11 de enero de 2008 es lo que debía ser acreditado en autos, cuestión que, como lo señalan los jueces del grado, los actores no realizaron eficientemente. En este aspecto, se debe consignar que tampoco es posible arribar a la conclusión que los actores recibieron menos de la mitad del justo precio por la cesión de sus derechos a la demandada al comparar tal valor con aquellos consignados en las compraventas de terrenos acompañadas en autos, en las que consta que Codelco Chile pagó más de 60 U.F por hectárea, porque, como se refirió anteriormente, no puede compararse el precio de venta de derechos en una especie o cuerpo cierto con la venta de la totalidad de aquel.”

Causa rol 35511-2015, Corte suprema

“Que el recurrente achaca a la sentencia que no es procedente la lesión enorme en la venta de cuota sobre un inmueble en copropiedad puesto que no se cumpliría con lo dispuesto en el artículo 1891 del Código Civil el que sólo admite la referida acción respecto de compraventa de inmuebles lo que no ocurriría en la especie. Al tratarse de una venta de cuota resultaría imposible determinar la parte que le corresponde al vendedor en el respectivo inmueble dejando en imposibilidad al juez de realizar la comparación necesaria para determinar si hay una diferencia entre el precio y el justo precio que incida en lesión enorme. La cuestión que se somete a debate es, por ende, si procede o no la lesión enorme en la compraventa de una cuota.

Sobre este asunto es usual citar la obra de E.S.S., quien sostiene sobre este asunto que “En general, podemos decir que siempre una cuota determinada e indivisa en una cosa inmueble tiene un valor que se puede apreciar al tiempo del contrato y permite hacer la comparación entre el justo precio de la cosa y el dinero que se paga por ella. En todo caso, ésta es una cuestión de hecho que resolverá el juez apreciando la prueba rendida.” (S.S., E., Acciones, Actos y Contratos sobre cuota (El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos), Concepción, editorial Samver, s/a, p. 288). Y agrega “...el problema se reduce más bien a una cuestión de hecho que de derecho. En cada caso será necesario analizar el proceso y ver si es posible hacer la comparación entre el valor de la cuota indivisa vendida y el precio pagado por ella. No obstante, no será necesario, como se sostiene en las últimas sentencias citadas, esperar una probable partición para saber el justo precio de la cuota indivisa vendida, pues ésta es una cosa incorporal distinta de la cuota divisa en que se puede transformar por la partición. Por esta razón otras sentencias, probado el justo precio de la cuota y concurriendo los demás requisitos legales, han acogido demandas de rescisión por lesión enorme en venta de cuota indivisa en bienes raíces”. De ahí que debemos analizar si las condiciones para que se verifique la procedencia de la acción rescisoria en la especie se cumplen atendida la compraventa de cuota indivisa que recae sobre un inmueble. Tal como se indicó la referida compraventa de cuota alude a un inmueble determinado. Así queda claro de la escritura de compraventa celebrada el 5 de abril de 2013, cuya rescisión se solicita. En la cláusula primera se explicita que la demandante y su padre son “dueños de un predio de ciento sesenta y una hectáreas catorce áreas, ubicado en la comuna de Coyhaique...”, cuyos deslindes se especifican, así como el modo en que lo adquirieron. Asimismo en la cláusula segunda se indica que don P.S.C.E. “vende, cede y transfiere la cuota o parte de dominio que le corresponde en la propiedad singularizada en la cláusula anterior, ...”. No hay, en consecuencia, incertidumbre acerca del objeto de la cuota que se vende, dado que se encuentra individualizado el inmueble de manera específica en el respectivo contrato de compraventa. Tampoco es posible advertir dudas acerca del porcentaje de la cuota de dominio que le cabía al vendedor en el inmueble individualizado. Por último, los antecedentes de autos y así lo estimó el fallo impugnado posibilitaron la necesaria comparación entre el precio de venta

de la cuota recaída en el inmueble y su justo precio, conforme la prueba aportada en el proceso. En definitiva, si nos atenemos a los hechos asentados en el proceso, la sentencia impugnada se ajusta a derecho al haber acogido una acción rescisoria por lesión enorme de una compraventa de cuota de dominio determinada respecto de un inmueble específico y cuyos antecedentes permitieron fijar el justo precio y el desequilibrio habilitante para la ineficacia rescisoria.⁴²

Causa rol 5982-2010, Corte suprema

Décimo Tercero: “Que en la situación en estudio resulta controvertido el primer punto antes anotado y, además, si cabe o es procedente la institución en referencia en el contrato celebrado entre las partes del pleito. La doctrina y jurisprudencia, ampliamente mayoritarias, afirman que la venta de cuota indivisa sobre un inmueble, es rescindible por lesión enorme, cuando se dan los presupuestos indicados en la reflexión que antecede (A.R., obra antes citada, N° 1971; R.D.D., La Compraventa, N° 388; E.S.S., Libro ya mencionado, N° 140; fallos referidos en el Repertorio del Código Civil, T.V., artículo 1889, páginas 402 y siguientes). S.S., sobre lo expuesto manifiesta: En general, podemos decir que siempre una cuota determinada e indivisa en una cosa inmueble tiene un valor que se puede apreciar al tiempo del contrato y permite hacer la comparación entre el justo precio de la cosa y el dinero que se paga por ella. En todo caso, ésta es una cuestión de hecho que resolverá el juez apreciando la prueba rendida; Que, anotado lo anterior, corresponde que sea confrontado con el caso en examen y al efectuar esa labor se advierte, de manera inconcusa, que don L.A.F.C. procedió a la transferencia cesión de derechos; empero, aquéllos no pueden radicarse de manera específica en una parte material del bien raíz, como pretende la parte actora, circunstancia ésta que impide valorar los derechos que se ceden. En efecto, no puede estimarse que se esté en presencia de la cesión de derechos hereditarios referidos a un inmueble determinado, en que el cedente tenga radicados los derechos; que se trate del único bien hereditario, ni que se estén cediendo íntegramente los derechos que se tengan sobre el mismo”⁴³

⁴² CORTE SUPREMA. Causa rol 35511-2015, Caratulado CARRASCO QUIJADA ELCINA ISABEL CON SANCHEZ SOTO SEBASTIAN RODRIGO. 8 de junio de 2016

⁴³ CORTE SUPREMA. Causa rol 5982-2010, Caratulado FERNANDEZ MEZA FRESIA CON FERNANDEZ MEZA DOMINGA. 13 de octubre de 2011

Causa rol 8018. Corte suprema

“Que en la situación en estudio resulta controvertido el primer punto antes anotado y, además, si cabe o es procedente la institución en referencia en el contrato celebrado entre las partes del pleito. La doctrina y jurisprudencia, ampliamente mayoritarias, afirman que la venta de cuota indivisa sobre un inmueble, como ocurre en la situación en análisis según ya se señaló, es rescindible por lesión enorme, cuando se dan los presupuestos indicados en la reflexión que antecede (A.R., obra antes citada, N° 1971; R.D.D., La Compraventa, N° 388; E.S.S., Libro ya mencionado, N° 140; fallos referidos en el Repertorio del Código Civil, T.V., artículo 1889, páginas 402 y siguientes).S.S., sobre lo expuesto manifiesta: En general, podemos decir que siempre una cuota determinada e indivisa en una cosa inmueble tiene un valor que se puede apreciar al tiempo del contrato y permite hacer la comparación entre el justo precio de la cosa y el dinero que se paga por ella. En todo caso, ésta es una cuestión de hecho que resolverá el juez apreciando la prueba rendida. Que los jueces recurridos en el fallo impugnado, en el motivo undécimo, establecieron que no existían antecedentes en los autos que permitieran acreditar con seriedad y certeza el justo precio de la cuota a la época de la compraventa, o sea, este es un hecho de la causa.”⁴⁴

Causa rol 27485-2014, Corte suprema

“La parte demandada solicitó el rechazo de la acción deducida, alegando la falta de legitimación activa de los comparecientes por no representar a la totalidad de los herederos y en cuanto al fondo sostuvo la improcedencia de la figura de la lesión enorme en los contratos aleatorios como sería el caso de la compraventa de la nuda propiedad, en que existe un usufructo vitalicio y, además, argumentó que al haber renunciado las partes a la condición resolutoria tácita en el contrato de compraventa no era procedente esta acción.

⁴⁴ CORTE SUPREMA. Causa rol 8018-2010, Caratulado BORQUEZ RICCI CARLOS GUILLERMO CON LEIGHTON GONZALEZ ALEX IVAN. 22 de septiembre de 2011

Por sentencia de primera instancia de dieciocho de enero de dos mil catorce, escrita a fojas 265, se rechazó la demanda de rescisión por lesión enorme, por falta de legitimidad activa de los demandantes. Se alzó la demandante y una Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de veintidós de julio de dos mil catorce, confirmó el fallo apelado. Contra esta última decisión la demandante deduce recurso de casación en el fondo” ⁴⁵

En esta causa se rechazó la acción por lesión enorme por el Juzgado de Letras de Victoria por las razones antes señaladas. Luego se apeló a la Corte de Apelaciones de Temuco quien confirmó el fallo de primera instancia y después se recurrió por Casación en el Fondo a la Corte Suprema. Sin embargo en esta instancia la corte revocó el fallo recurrido por las siguientes razones “*Expone que la existencia de esta facultad emana de lo que la doctrina denomina “mandato tácito y recíproco”, el que permite a cada uno de los comuneros, por separado, el ejercicio de acciones encaminadas a salvaguardar ese patrimonio indiviso, efecto propio que se busca al ejercer la acción rescisoria por causa de lesión enorme. Señala que de este modo, yerran profundamente los jueces del fondo al estimar que la acción rescisoria debió, en todo caso, ser ejercida por la totalidad de los indivisarios y se equivocan más todavía al estimar que la acción rescisoria por lesión enorme es una acción diversa a la administración y conservación de los bienes comunes*”. De este modo la corte acepta el mandato tácito y recíproco en este caso, no siendo necesario que todos los comuneros demanden en conjunto la acción, al ser este un acto de administración y conservación de los bienes comunes, pero no se pronuncia sobre la improcedencia de la lesión enorme en los contratos aleatorios, alejándose de lo expuesto por el autor en el libro.

3.3.- HIPOTECA DE CUOTA INDIVISA

Como se ha señalado, todo comunero tiene la libre disposición de su cuota, y así, como puede enajenarla, puede también hipotecarla

⁴⁵ CORTE SUPREMA. Causa rol 27485-2014, Caratulado ARREPOL CORREA MIRIAM Y OTROS CON ARREPOL SEGURA GLADYS.10 de agosto de 2015

A diferencia de otras legislaciones, la chilena acepta sin cuestionamientos este contrato, en el artículo 2417, el cual dispone "El comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota, pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueran hipotecables, si no lo fueren, caduca la hipoteca. Debe ser sobre un bien inmueble, por expresa disposición de la ley, y la cuota indivisa es susceptible de Hipoteca, cualquiera que sea el origen de la comunidad, pues la ley no distingue.

46

La hipoteca queda supeditada al resultado de la partición y, en definitiva sólo afecta a los bienes raíces, aplicación de la ficción del efecto declarativo de la partición, la cual tiene por objeto evitar lo que pasaba en el Derecho Romano, en el que se establecía que la hipoteca sobre un predio común adjudicado en partición a un comunero que no consintió en el gravamen, subsistía de igual forma, otorgándole acción de indemnización de perjuicios contra el copartícipe hipotecario.⁴⁷

Si un comunero hipoteca la totalidad del inmueble o inmuebles indivisos, la hipoteca será sobre cosa ajena en la parte de los demás y sobre una cosa propia de la cuota que el comunero tiene en los inmuebles hipotecados. Considerando la validez de la hipoteca de cosa ajena, tal hipoteca será inoponible a los demás comuneros por sus cuotas.⁴⁸

3.3.1.-Efectos de la hipoteca de cuota pendiente la indivisión

Mientras dure la comunidad, la hipoteca produce iguales efectos legales como toda Hipoteca. Si el comunero cede su cuota hipotecaria, el cesionario la adquiere con el gravamen.

⁴⁶ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.310-311.

⁴⁷ *Ibidem*, 1985, p.314.

⁴⁸ *Ibidem*, p.318.

El autor señala que la hipoteca de cuota es actual, no sujeta a condición suspensiva, solo depende, para subsistir de los resultados de la partición e caso de que esta se realice, evento que podría considerarse condición resolutoria, pero prefiere no calificarla entre las modalidades, por ser elementos accidentales o naturales de los actos jurídicos, agregados o suprimidos por las partes mediante cláusulas especiales. Si el legislador la considerara así, lo hubiera reglamentado de esa forma. ⁴⁹

Si se ha enajenado una cuota indivisa de una finca hipotecaria en total por un acreedor, este, aplicando los principios generales, deberá proceder en distinta forma en contra de cada uno de los dueños de la finca, y se observara el procedimiento ejecutivo en la cuota del deudor personal y la acción de desposeimiento en contra del tercero a quien se ha enajenado la cuota de la finca hipotecada. ⁵⁰

La hipoteca de cuota está totalmente excluida de las garantías que aceptan las instituciones de crédito, debido a que su subsistencia depende los resultados de la partición. Esta incertidumbre está dada porque la garantía puede dejar de existir si en la partición se le adjudica el o los inmuebles cuyas cuotas se han hipotecado, a otro de los comuneros y no al deudor hipotecario. Una forma de hacer más efectiva la caución sería establecer que si bien la hipoteca caduca al adjudicarse a los demás comuneros los inmuebles gravados en cuotas indivisas, subsistiera el derecho de preferencia sobre el precio de la adjudicación o bienes que se adjudican al comunero deudor en razón de la cuota indivisa hipotecada.

⁴⁹SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.318-319.

⁵⁰ Ibídem, p.323.

La única manera de eliminar todo riesgo sería hacer concurrir a todos los comuneros, de modo que todos ellos hipotequen sus cuotas en el inmueble común; así se evita toda posibilidad de adjudicación a un comunero que no concurrió a constituir el gravamen ⁵¹

3.3.2.- Sentencias que se pronuncian al respecto:

Causa rol 9860-2010, Corte suprema

En la causa rol número 9860-2010, el actor recurrió de casación en el fondo la sentencia de Corte de Apelaciones, basando su pretensión en qué; Misito Producciones Ltda., constituyó primera hipoteca a favor del banco Santander sobre un inmueble, cuyo dominio se encuentra inscrito a nombre de él y de su mujer, por partes iguales. Sin que hubieren pagado el crédito esgrimido por la actora ni abandonado la finca hipotecada, ésta solicitó que aquéllos sean desposeídos del inmueble hipotecado y, con el producto del remate del mismo, se pague el crédito. Contestando, la demandada, la señora P.L., pidió el rechazo de la acción dirigida en su contra, al tiempo que impetró la declaración de nulidad de la hipoteca referida por el demandante y la rectificación de la pertinente inscripción conservatoria, en el sentido de que no comprende la cuota que a su parte toca en el dominio del inmueble hipotecado. Hizo presente que la concurrencia de su parte en la escritura de mandato, lo fue de acuerdo al inciso tercero del artículo 1749 del Código Civil, a objeto de autorizar a su cónyuge para gravar el cincuenta por ciento de los derechos de dominio adquiridos por él; pero en ningún caso autorizó a la señora P.P. para hipotecar su cuota en la parcela materia de la Litis. De lo precedente, esta demandada colige que el contrato de hipoteca carece de valor en lo que afecta su cuota de dominio. Por su parte, el señor P.L. hizo presente, que el mandato otorgado a doña P.P. no la autorizaba para hipotecar porción en el dominio de su cónyuge y, con ello, se produjo la figura contemplada en el artículo 2417 del Código Civil, en cuanto a que no cabe la hipoteca de cuota, mientras la comunidad en la que se ha hipotecado esa porción no sea dividida.

⁵¹ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.337.

La Corte Suprema al fallar señaló: “El señor P.L., constituyó hipoteca sobre sus derechos de dominio correspondiente al cincuenta por ciento del inmueble; gravamen inscrito con los datos conservatorios que se pormenorizan, con lo que se tiene por demostrada la existencia de dicha caución real; Que, con el sustrato fáctico recién descrito y en lo que al recurso de casación en el fondo interesa, los jueces del fondo determinaron que la declaración efectuada en el mandato de don P.L., en cuanto a que lo otorgaba por sí y como administrador de la sociedad conyugal para lo que fuera necesario de conformidad con la ley chilena, necesariamente conlleva la existencia de dicho régimen matrimonial, circunstancia que es concordante con el propio mandato que en su cláusula segunda contiene la comparecencia personal de la cónyuge autorizando al marido para otorgar el poder a doña P.P., conforme al artículo 1749 del Código Civil, esto es, como administrador de los bienes sociales y los de su mujer, de lo que ha de entenderse que la comparecencia de la cónyuge fue para prestar su autorización a gravar y enajenar respecto de dicho inmueble. Lo anterior, lleva a los sentenciadores a concluir que la hipoteca recayó sobre la totalidad del inmueble. Asimismo, se acude a lo preceptuado en el artículo 1560 del Código sustantivo, en relación a lo pactado en las cláusulas segunda, cuarta y decimocuarta del contrato de hipoteca de la Litis, de cuyos términos, claros y explícitos a juicio del tribunal, se deduce inequívocamente que los demandados constituyeron hipoteca sobre la totalidad de su propiedad,⁵²

.Así, la Corte Suprema rechazó la casación en el fondo por no tener lugar las alegaciones de los demandados, ya que la hipoteca estaba legalmente otorgada, desestimando la errónea interpretación del 2417 del actor, lo que está en concordancia con lo dicho por el profesor Silva. Además, al estar constituida por ambos, se aplica lo señalado en el libro, en orden a que la única manera de eliminar todo riesgo para el acreedor hipotecario sería hacer concurrir a todos los comuneros, de modo que todos ellos hipotequen sus cuotas en el inmueble común; así se evita toda posibilidad de adjudicación a un comunero que no concurrió a constituir el gravamen, lo cual ocurre en el caso analizado.

⁵² CORTE SUPREMA. Causa rol 9860-2010, Caratulado. BANCO SANTANDER CHILE CON LOFFLER PILAR, JOHANNES LOFFLER PAUL PETER 29 de noviembre de 2011.

3.4.- CESION O TRADICIÓN DE CUOTA INDIVISA

La cesión del derecho real de herencia, el cual se define como la enajenación que hace el heredero de su derecho a suceder en el patrimonio del causante o en una parte alícuota de él, a otro heredero o a un tercero.

A juicio del profesor Silva Segura para establecer la forma en la cual debe efectuarse la tradición, debe distinguirse entre el derecho real de herencia, cuya cesión recae sobre una universalidad, y la cuota de dominio en una cosa universal indivisa y común.

La cesión de cuota indivisa consiste en la entrega que el dueño de la cuota, el comunero, hace de ella a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir y por la otra la capacidad e intención de adquirir la cuota indivisa, según se desprende del artículo 670 que trata la tradición. En cuanto a las formalidades a que se sujeta la cesión, se sostiene que es válida siempre y cuando cumpla con los requisitos de toda tradición y sin que concurra ninguna otra formalidad. El cedente no necesita del consentimiento de sus copartícipes para ceder su cuota indivisa; puede disponer libremente de su derecho, cumpliendo con la obligación de entregar que ha contraído por el respectivo título.⁵³

3.4.1.- La cesión de cuota indivisa inmueble

La tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces donde esté situado el inmueble, de lo que se deduce que la cesión de cuota indivisa de un inmueble debe hacerse por la inscripción del título⁵⁴

⁵³ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.245.

⁵⁴ *Ibidem*, p.246.

Ahora bien, el artículo 688 del código civil establece una limitación a la facultad de ceder una cuota en un inmueble hereditario al expresar que: “La posesión legal de la herencia no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no proceda” la inscripción de la posesión efectiva y el testamento en su caso; la inscripción especial de herencia, y la inscripción especial del inciso tercero del artículo 687. Se ha sostenido que a pesar de que el citado artículo 688 se encuentra en el párrafo titulado “De las otras especies de tradición”, tales inscripciones no constituyen en realidad una especie de tradición, pues el dominio de los bienes del causante lo adquieren los herederos por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte, por tanto las mencionadas inscripciones se exigen solamente como medio de conservar la historia de la propiedad raíz.⁵⁵

Por lo demás, la enajenación de una cuota indivisa en un inmueble común y hereditario inscrito a nombre de todos los comuneros, por uno de los herederos, no atenta contra la historia de la propiedad raíz, ni contra el régimen de la posesión inscrita. En efecto, el heredero que cede su cuota en un inmueble hereditario, inscrito a nombre de todos, deberá hacer tradición de dicha cuota y para hacerlo deberá inscribir el título en el Registro del Conservador respectivo, inscripción que se anotará al margen de la inscripción especial de herencia.⁵⁶

3.4.2.- Efectos de la cesión de cuota indivisa

La cesión de cuota indivisa, producirá distintos efectos según si la cesión se hizo en el todo indiviso, o en partes ciertas, físicas o materiales de la cosa común.

En la cesión de la cuota en el todo común e indiviso, la cuota del comunero cedente, se transfiere al cesionario con todas las prerrogativas y gravámenes que comporta. El cesionario ocupa el lugar del cedente en la comunidad, y como ella produce efectos actuales, el cesionario podrá ejercer todas las facultades del copropietario, sin ser obligado a esperar la partición.

⁵⁵ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.248.

⁵⁶ *Ibidem*, p.249

Por tanto, la facultad de solicitar la partición de los bienes comunes se traspaasa al cesionario por expresa disposición del artículo 1320.⁵⁷

En cuanto al cedente, se ha fallado que deja de tener derecho a pedir la partición e intervenir en ella. En cuanto a los efectos de la cesión de cuota indivisa en partes ciertas de la cosa común, al igual que en la cesión en el todo común, el cesionario adquiere dicha cuota indivisa en forma actual y definitiva.⁵⁸, pero no puede el cesionario solicitar la partición del todo e intervenir en ella, ni puede participar en la administración de toda la cosa indivisa, solo tiene facultades en la cosa o parte cierta cuya cuota adquirió.⁵⁹

3.4.3.- Sentencias que se pronuncian al respecto

Causa rol 7090-2013, Corte Suprema

“La transferencia de derechos hereditarios efectuada por la demandante a la demandada, dándolos en pago del precio de la renta vitalicia materia de esta causa, no requería de inscripción conservatoria y, por tanto, la entrega de dicho precio se perfeccionó con la sola celebración de la escritura pública que contiene dicho contrato, razones que descartan la pretendida nulidad impetrada por el recurrente. Se desestima la casación. Precisa que en el referido contrato, se dispuso que el precio de la renta vitalicia se pagará por la beneficiaria con la transferencia del sesenta por ciento de sus derechos hereditarios quedados al fallecimiento de su cónyuge, recaídos sobre determinados bienes raíces. Agrega que de este modo, en el contrato se efectúa una cesión de derechos hereditarios pero con una determinación precisa de los bienes raíces sobre los cuales recaen tales derechos, de modo tal que la transferencia de los mismos requiere necesariamente de su inscripción en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces, la que al no haberse efectuado en este caso antes del fallecimiento de la beneficiaria, hace que el contrato de renta vitalicia no lograra perfeccionarse, siendo por tanto nulo, de acuerdo al artículo 2270 del Código Civil.

⁵⁷ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.253.

⁵⁸ *Ibidem*, p.259

⁵⁹ *Ibidem*, p.26.

Agrega que según los autores A. y S., en su obra Tratado de Los Derechos Reales-Bienes, página 287, cuando la cesión de derechos hereditarios se hace no sobre la universalidad sino sobre bienes raíces determinados de la sucesión, como ocurre en este caso, la tradición se efectúa únicamente mediante la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Denuncia infracción al artículo 1909 del Código Civil, por cuanto el fallo aplica esta norma estimando erradamente que la cesión de derechos hereditarios recaía sobre la universalidad de herencia, sin embargo, dicha disposición legal no resulta aplicable ya que los derechos materia de la cesión recaen sobre bienes raíces determinados, caso en el cual la doctrina y la jurisprudencia, estiman que no existe tradición del derecho de herencia, sino lisa y llanamente una compraventa, regida por los artículos 1793 y siguientes del Código Civil. Ello porque el artículo 1909 requiere que la cesión del derecho de herencia se haga sin especificar los efectos de que se compone. Agrega que también se violenta el artículo 686, por cuanto se dejó de aplicar por los jueces del fondo, en circunstancia que cuando la cesión de derechos hereditarios recae sobre inmuebles determinados, requiere para su tradición de la respectiva inscripción conservatoria.”⁶⁰

Causa rol 662-2012, Corte Suprema

“La cesión de derechos hereditarios es la tradición de los mismos. Dicho de otra manera, el objeto de una cesión del derecho real de herencia es una universalidad o cuota que al cedente corresponde en el conjunto de bienes que comprende el haber hereditario. Por consiguiente, los bienes individualmente determinados no son el objeto de esta cesión y, por ello es que se ha sostenido que se trata de un contrato aleatorio para el cesionario, puesto que de lo único de que se hace responsable el cedente es de su calidad de heredero;

Que sin bien se ha prestado a discusión la manera en que se perfecciona la tradición del derecho de herencia, lo cierto es que la doctrina es mayoritaria y la jurisprudencia de los tribunales superiores también, en el sentido que el instituto de la herencia constituye una universalidad jurídica distinta de los bienes que la componen, individualmente considerados.

⁶⁰ CORTE SUPREMA. Causa rol 7090-2013, Caratulado MARDONES ANGULO BETTY Y OTRA CON MARDONES ANGULO DELIA. 30 de junio de 2014

De allí, entonces, que no sea una exigencia para la tradición del derecho real de herencia proceder a la inscripción del título respectivo, aun cuando involucre bienes raíces, puesto que el derecho de herencia no lo es, como asimismo, porque el artículo 686 de la codificación sustantiva, al señalar los derechos cuya tradición requiere de inscripción, no contempla el de herencia. Al respecto, se ha dicho: basta cualquier medio que revele la intención del tradente de transferirlo y la del adquirente de aceptarlo. Por consiguiente, a la luz de lo anotado y constituyendo un acto solemne, ha de entenderse que la cesión de derechos celebrada mediante escritura pública de 18 de junio de 1952, entre don S.S.C.R. y dona G.C.R., no hacia menester cumplir con inscripción conservatoria.”⁶¹

Causa rol 6526-2009, Corte Suprema

“Que los autores R.D.B. y R.D.A. (Derecho Sucesorio, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, página 118), manifiestan que es posible que el heredero ceda, a cualquier título, la herencia, esto es, la universalidad, sin considerar bienes determinados, Es lo que se conoce como la cesión del derecho de herencia y que puede resultar de una compraventa, de una permuta, de una donación o de cualquier otro título gratuito u oneroso que justifique la enajenación.

Que don M.S.U. (versión de R.A.M., Derecho Sucesorio, Tomo I, página 79, Sexta Edición Actualizada) dice que existe tradición o cesión del derecho de herencia en el caso de que el heredero, una vez fallecido el causante, transfiera a un tercero ya sea la totalidad de la herencia, ya sea una cuota de ella. Consiste, entonces, en que el heredero ceda sus derechos en la herencia a un tercero y éste adquiere por tradición los derechos hereditarios que el heredero había adquirido previamente por sucesión por causa de muerte

Añade que para que estemos en presencia de una cesión de derechos hereditarios, es necesario que concurren las siguientes circunstancias: 1) La tradición del derecho de herencia que debe

⁶¹ CORTE SUPREMA. Causa rol 662-2012, Caratulado URBINA CAÑETE DELIA MARINA CON CAÑETE GUERRERO ALDA SOLIVINA. 14 de mayo de 2012

realizarse una vez fallecido el causante; 2) La cesión de derechos hereditarios, como tradición que es de derechos, es una convención y supone la existencia de un título traslativo de dominio; y 3) No deben cederse bienes determinados”⁶²

Juzgado de Letras de Iquique, Sentencia n°1. 22 de octubre de 2014.

“Imposibilidad absoluta para ejercer el actor la acción de nulidad absoluta, argumentando que en el Código Civil los artículos 1909 y 1910 señalan que hablar de tradición del derecho de herencia es lo mismo que decir cesión de derechos hereditarios, existiendo dicha figura en el caso que el heredero una vez fallecido el causante transfiere a un tercero la totalidad o una cuota de ella, y el efecto fundamental de la tradición de los derechos hereditarios es que el cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente pasa a tener los mismos derechos y obligaciones, es decir, puede: a) solicitar la posesión efectiva de la herencia, b) solicitar la partición de bienes e intervenir en la misma, c) ejercitar las acciones de petición de herencia y de reforma de testamento que corresponden a los herederos d) no puede alegar la nulidad absoluta si el heredero no podía hacerlo y conforme al artículo 1683 del Código Civil no puede alegar la nulidad absoluta quien ejecutó un acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio del que adolecía, en consecuencia, ocupando el cesionario la misma situación del cedente y éste la del causante, por lo que la imposibilidad absoluta para alegar la nulidad se transfiere igualmente al cesionario, e) tiene derecho al acrecimiento. Indica que una vez producida la apertura de la sucesión se produce la delación de las asignaciones conforme el artículo 956 del Código Civil, siendo éste el llamamiento que hace la ley al asignatario para aceptar o repudiar la asignación, lo que en el caso de la sucesión testamentaria es fundamental, dado que la decisión de instituir asignatario a una persona es un acto unilateral del testador y para que produzca efecto jurídico debe existir aceptación del asignatario, por cuanto impone al asignatario también responsabilidades y nadie puede adquirir derechos sin su voluntad o consentimiento.

⁶² CORTE SUPREMA. Causa rol 6526-2009, Caratulado RECABARREN SANHUEZA LUIS CON LEDESMA OCARES LUCAS. 24 de junio de 2011

Esta aceptación o repudiación se caracteriza por: a) ser un derecho transmisible, b) no puede estar sujeta a liberalidades, c) es un derecho indivisible conforme al artículo 1228 inciso primero del Código Civil que exige que ésta sea total, d) la aceptación o repudio puede ser expresa o tácita conforme el artículo 1241 del mismo cuerpo legal, siendo tácita según el artículo 1230 del mismo cuerpo normativo la producida cuando el heredero ejecuta un acto que necesariamente supone su intención de aceptar y que sólo podría haberlo hecho en su calidad de heredero, e) es irrevocable, conforme lo señala el artículo 1234 del Código Civil, f) la aceptación o repudiación opera retroactivamente, en el caso de marras con fecha 20 de diciembre de 2007 don D.B.E.G. compareció en calidad de cesionario en los autos sobre posesión efectiva testada de doña H.L.G.G.R.N.°276-2007 del Tercer Juzgado de Letras de Iquique solicitando se le concediera con beneficio de inventario junto a los otros herederos y excluyendo a doña M.L.G.G., posesión efectiva que se concedió por sentencia definitiva de fecha 05 de febrero de 2008 en la que se incluyó como cesionario a don D.B.E.G. y se inscribió a fojas 179 vuelta N°285 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Iquique del año 2009.

Luego, en juicio particional Rol N°1555-2009 iniciado en el Tercer Juzgado de Letras de Iquique y seguido ante el Juez Partidor don J.Z. compareció el actor de autos pidiendo copia simple de todo lo obrado, por lo cual conforme lo expuesto concluye que el actor como cesionario ocupa la misma situación jurídica del cedente que se encuentra absolutamente impedido de ejercer acción de nulidad más aun cuando ambos aceptaron la herencia testada y la asignación testamentaria en su totalidad, en forma pura y simple. La segunda excepción opuesta es la perentoria de improcedencia absoluta de acción de nulidad absoluta contra una cláusula del testamento, la cual descansa en que conforme los artículos 1216 y siguientes del Código Civil, la acción que el actor debió ejercer es la de reforma del testamento, la que se diferencia de la ejercida en autos en que la nulidad judicialmente declarada acarrea la nulidad de todo el testamento, no así la de reforma del testamento, la cual hace subsistir el testamento en todo aquello que no perjudique las asignaciones forzosas, lo último es lo que pretende el actor lo que se desprende del libelo de demanda, sin embargo sostiene que no se ejerció la acción de reforma del testamento porque el

*actor renunció a dicha acción al momento de aceptar la herencia con beneficio de inventario y también porque dicha acción se encuentra prescrita, citando al profesor M.S.U. quien al referirse a la característica patrimonial de la acción de reforma del testamento, en especial al carácter transferible de la acción señala en términos generales que si el legitimario a quien el causante en vida pago determinadas deudas cede sus derechos hereditarios a un tercero, éstos desembolsos deberán ser imputados a la legítima que recibe el cesionario, es lógico que este cesionario pueda intentar la acción de reforma del testamento por cuanto ocupa la misma situación jurídica del cedente.*⁶³

⁶³JUZGADO DE LETRAS IQUQUE. Sentencia nº1. 22 de octubre de 2014.

CAPITULO IV ACCIONES DEL COMUNERO FRENTE A LOS DEMÁS COMUNEROS Y FRENTE A TERCEROS.

4.1.- ACCIONES POSESORIAS

Las acciones posesorias son aquellas que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o de los derechos reales constituidos en ellos.

Para que procedan las acciones posesorias deben cumplirse algunas exigencias. Es necesario ser poseedor, el objeto debe ser susceptible de acción posesoria y debe interponerse en tiempo oportuno, se exige un año de posesión para tener acción posesoria, se concede el mismo plazo para ejercitarla.⁶⁴

Existen distintos tipos de acciones posesorias. La querrela de amparo, es la que tiene por objeto conservar la posesión de los bienes raíces y derechos reales constituidos en ellos. La querrela de restitución, es la que tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, y la querrela de restablecimiento, es la que se concede al que ha sido despojado violentamente de la posesión o mera tenencia de un inmueble, a fin de que le sea restituido en el estado existente antes del acto de violencia.⁶⁵

Para estudiar las acciones posesorias entre comuneros, primero debemos referirnos a la prescripción, y si ésta corre o no entre comuneros.

⁶⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO. Daniel. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. 4ed. Santiago: Editorial Jurídica, 2006. p.243.

⁶⁵ *Ibidem*, p.247

4.1.1.- Prescripción entre comuneros

La doctrina no es uniforme en esta materia. Algunos sostienen que entre comuneros no corre la prescripción porque la posesión el condueño no es exclusiva.

En cambio otra parte de la doctrina estima que si es procedente la prescripción entre comuneros, siempre que se pruebe posesión exclusiva durante el tiempo legal, sea con un título o con otros antecedentes, en otros términos, no hay prescripción entre coposeedores, pero sí entre condueños, en que uno es poseedor exclusivo que desconoce el condominio.⁶⁶

4.1.2.- Acciones posesorias entre comuneros

Somarriva estima que, en principio, no caben las acciones posesorias entre comuneros, por carecer el comunero que la deduce de posesión exclusiva y porque entre ellos no hay prescripción.

En la opinión del profesor Silva, sólo las llamadas acciones posesorias propiamente tales, amparo y restitución, proceden entre comuneros. Las demás acciones posesorias, como denuncia de obra ruinoso y denuncia de obra nueva no proceden, pues ellas no se adaptan a las relaciones que hay entre comuneros y que se reglamentan en disposiciones especiales.⁶⁷

La jurisprudencia actual se inclina por la no procedencia de las acciones posesorias entre comuneros como veremos en algunos fallos encontrados.

⁶⁶ SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.152.

⁶⁷ Ibidem, p.155.

4.1.3.- Sentencias que se pronuncian al respecto

Causa Rol 7925-2012, Corte Suprema

“Que en autos se ha intentado querrela posesoria de restitución pretendiendo el actor que: a) se ordene la restitución de la plena posesión material del inmueble ubicado en calle J.P.N., Comuna de Ñuñoa Ciudad de Santiago, y que la querellada y demás ocupantes deben desocuparlo en el momento en que sean notificados de la presente sentencia, o dentro del plazo que el Tribunal estime pertinente fijar, bajo apercibimiento de lanzamiento de todos, con la fuerza pública; b) se condene a la demandada a restituirle todos los enseres, frutos naturales y civiles y todos los que el suscrito habría podido obtener si hubiera tenido el bien raíz en su poder y; c) se condene a la demanda a indemnizarle por el deterioro material y el daño moral causado, reservándose el derecho de pedir la determinación de los frutos naturales, deterioros y daño moral señalados en la etapa de cumplimiento de la presente sentencia. Que la discusión en el presente litigio se ha centrado en resolver si resulta procedente la querrela de restitución cuando esta ha sido formulada por un comunero en contra de quien detenta idéntica calidad en relación con el bien objeto del pleito.

Sobre este punto se debe precisar que la posesión en que se funda la acción intentada debe ser inequívocamente exclusiva y, en el caso de marras, habiéndose dirigido la demanda por un comunero en contra de los otros, no estamos en presencia de una posesión que reúna la característica aludida. En efecto el comunero posee la cosa común tanto en su nombre como en el de los demás coparticipes: si pretendiera sostener una posesión exclusiva, su posesión sería equívoca, aparecería vinculada a la de la comunidad, a menos que comenzara una posesión con distinto título del de simple comunero. Que de lo anterior aparece que mientras dure el cuasicontrato los comuneros se encuentran impedidos de ejercer la acción posesoria de restitución.

*De manera que los sentenciadores no han incurrido en los yerros que se les imputa al resolver el rechazo de la querrela enderezada en estos autos, toda vez que al así determinarlo han aplicado e interpretado correctamente las normas que regulan ese interdicto y por cuanto no basta, como arguye el recurrente, con que se haya verificado el despojo para que la acción deba prosperar”.*⁶⁸

Causa Rol 1224-2015, Corte de Apelaciones de Rancagua

*“Que en estos autos, con fecha veintiuno de enero de dos mil quince se dictó sentencia de primera instancia, por el Sr. Juez Titular del Primer Juzgado de Letras de San Fernando don G.R.L.P. En dicho fallo se resolvió: que se rechaza en todas sus partes, la querrela posesoria de restitución deducida, conforme los artículos 916 y siguientes del Código Civil y 549 y 551 inciso cuarto y siguientes del de Procedimiento Civil, por doña N. Del C.O.G. en contra de doña C.J.B. y J.J.B. respectivamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria, han establecido que no proceden las acciones posesorias entre comuneros, incluida la de restitución, porque la posesión en que se funda la acción posesoria debe ser inequívocamente exclusiva, y la de un comunero, con respecto a los otros no lo es, pues posee la cosa común en su nombre y en el de los demás copartícipes. Excepcionalmente se ha admitido la acción posesoria entre comuneros, pero tratándose, en especial de la de restablecimiento. Respecto a lo anterior, cuando a un comunero se le niega la acción posesoria, no quiere decir que se le deja en la indefensión. La comunidad es un cuasicontrato y como tal genera obligaciones. Luego, si un comunero, como el caso de la demandante de autos, alega que ha sido privado en todo o en parte del uso y goce en la cosa común, por otro comunero, puede entablar en contra de este la acción personal correspondiente, para hacer respetar su derecho. Y visto además lo dispuesto por los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil se declara: Que SE CONFIRMA la sentencia de primera instancia dictada en estos autos.”*⁶⁹

⁶⁸ CORTE SUPREMA. Causa Rol 7925-2012. Caratulado A.F., D. con A.F., J. delC.22 noviembre de 2012.

⁶⁹ CORTE APELACIONES RANCAGUA. Causa Rol 1224-2015. Caratulado OSORIO GAETE NANCY DEL CARMEN CON JARA BAEZA CARMEN 23 diciembre de 2015.

Causa Rol 3914-2012. Corte Suprema

“El 15 de enero de 2.009 dona S.C. y don J.R.A.N. interpusieron demanda en procedimiento ordinario contra siete personas, habiéndose posteriormente desistido de perseguir a seis de ellas, subsistiendo únicamente como demandada dona Z.F.A.O., para que se declare la prescripción adquisitiva del dominio de un derecho real de herencia, con anulación de la inscripción conservatorio de un inmueble que fundamentalmente lo constituye.

Explican que en sus calidades de hijos de don A.A.M. son comuneros, conjuntamente con su madre, doña Z.N.G. y con otros hermanos de una propiedad, cuya posesión les fue otorgada mediante auto de posesión efectiva inscrito a fs. 2350 N° 2754. Desde entonces son los únicos poseedores de esa finca.

El año 2.000 los inicialmente demandados de los que, como se dijo, solo mantiene esa calidad dona Z.F.A.O, obtuvieron para sí, en otro tribunal y prescindiendo de la referida posesión efectiva, la del mismo bien, que corre inscrita a fs. 4099 N° 7138 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de San Miguel. Esa inscripción, sostienen, es nula, por habérsela obtenido de la manera que se lo hizo, a sabiendas que, en razón de la que favorecía a los demandantes desde 1.958, estos habían adquirido el dominio por prescripción. Nunca los perseguidos solicitaron ampliar, dentro de plazo, la posesión efectiva del año 1.958 ni intentaron la acción de petición de herencia. La inscripción dominical que han obtenido el año 2.000 está completamente desligada de la de 1.958. De acuerdo con el artículo 730 del código de derecho privado, la reciente no goza de la calidad de "competente inscripción" como para pretender oponérsele con legitimidad y, menos, para servir de base para una prescripción adquisitiva contra aquel título inscrito, punto de vista este que refrenda, sin ninguna duda a juicio de los impugnantes, el artículo 728 del mismo cuerpo legal. Es este el motivo de la acción dirigida a que se cancele la inscripción registral del 2.000. Concluyen pidiendo se declare la prescripción adquisitiva del dominio sobre la propiedad de Curinanca 893, así como la nulidad de las inscripciones que rolan a fs. 4099 N° 7138 y fs. 4099 N° 7139.

La magistrada de primera instancia comienza recordando el tenor del artículo 956 del código en referencia en el sentido que la herencia se defiere al heredero al momento de fallecer el causante, por lo que el traspaso de los bienes de este opera por el modo de adquirir llamado sucesión por causa de muerte. Por otra parte, existiendo una comunidad no parece posible que uno de los comuneros adquiriera para si solo el derecho sobre la cosa común, toda vez que de conformidad con lo que preceptúan los artículos 2305 y 2053, cada comunero posee a nombre propio y el de los demás, lo que hace que los pretendientes no puedan justificar la existencia de una posesión exclusiva para ellos e independiente de la de los demás, requisito indispensable para adquirir por prescripción, instituto este último que no puede tener lugar en tanto dura la indivisión. También discurre el fallo por la senda del artículo 1317, que siempre reconoce al comunero el derecho a liberarse a través del ejercicio de la acción de partición; una razón más para desechar la prescripción entre comuneros. Por tanto, no hace lugar a la demanda;

Contra esa sentencia se ha deducido recurso de casación en el fondo por los demandantes, quienes lo estructuran en torno a la vulneración de los artículos 704, 1269, 2512 y 2517 del cuerpo de leyes en permanente referencia. Desarrollan su queja expresando que según el inciso segundo del artículo 2512, el derecho de herencia se adquiere por la prescripción extraordinaria de diez años, no obstante lo cual, si se ha concedido la posesión efectiva al falso heredero, el plazo para adquirir la herencia por prescripción se reduce a cinco años, de conformidad con los artículos 1269 y 704. La aplicación del artículo 1317 no viene al caso. La juzgadora sostiene que no puede existir prescripción entre comuneros por cuanto siempre se encuentra a su disposición la acción de partición. Pero cuando uno cualquiera de los comuneros posee con ánimo de exclusivo dueño durante el plazo requerido por la ley, sin que los demás ejerzan acción de petición de herencia ni hagan valer la de partición, la comunidad desaparece a su respecto, por cuanto junto con la prescripción del derecho real de herencia por parte de aquellos, se extingue, también por prescripción, la acción de partición, siguiendo la regla general del artículo 2517".⁷⁰

⁷⁰CORTE SUPREMA. Causa Rol 3914-2012. Caratulado SC. Con J.R.N. del C.31 agosto de 2012

ACCIONES DEL COMUNERO FRENTE A TERCEROS

5.1.- Reivindicación de cuota

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 acción es real y protege el derecho de propiedad, el dominio en las cosas singulares. Así como el dueño tiene acción para reivindicar su derecho, el codueño también goza de una acción que protege su cuota. El artículo 892 dispone que “se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular”. Esto es, un comunero puede reivindicar su cuota intelectual en una cosa singular.⁷¹

5.1.1.- Requisitos de la reivindicación de cuota

El artículo 892 establece tres requisitos: a) cuota determinada, b) cuota proindiviso c) la cuota recaiga en cosa singular. No es requisito el consentimiento de los otros comuneros.

Que la cuota este determinada significa que su extensión o cuantía este claramente fijada. Será una cuota determinada un tercio, un cuarto o un séptimo de una cuota determinada que autoriza para reivindicar, como ha señalado la corte suprema. Que la cuota sea proindiviso, significa que debe ser intelectual y no material, ósea que la cuota no sea pro diviso sino pro indiviso, como decían los romanos. Esto no quiere decir que el titular de una parte material no la pueda reivindicar. Así, si después de la partición cada ex comunero tiene un dominio exclusivo en la parte adjudicada, la puede reivindicar de cualquiera como dueño y no como codueño o titular de una cuota indivisa, intelectual o proindiviso.⁷²

⁷¹SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos. 2 ed. Santiago: Editorial jurídica, 1985, p.139.

⁷²Ibídem, p.141

Que la cuota recaiga en cosa singular, significa que recae en cosas particulares, determinadas, cuerpos ciertos, en oposición a la universalidad jurídica. En nuestro país se ha mal interpretado dicha exigencia, entendiendo como una primera tesis que solo es posible reivindicar una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular que no forma parte de una universalidad, pero se aclara que si bien la jurisprudencia participó en la primera tesis antes señalada, en los últimos años se ha uniformado en el criterio que si es procedente la reivindicación de una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular que no ha salido de la universalidad, teoría que se basa en que lo único que prohíbe la ley es la reivindicación de una universalidad o de una cuota en una universalidad indivisa.⁷³

5.1.2.- Sentencias que se pronuncian al respecto

En la presente materia, lo postulado por el profesor Silva ha sido comúnmente utilizado por los tribunales de justicia del país para resolver las causas sometidas a su juicio.

Causa rol 27046/2014, Corte Suprema

En esta causa los actores dedujeron recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, que revocó la sentencia del Juzgado de Letras de Parral, la cual había dado lugar a la reivindicación. En esa sentencia los actores dedujeron acción reivindicatoria contra D.C.S. sobre un inmueble adjudicado en remate, que según sus argumentos pertenecía a la comunidad hereditaria formada junto a su padre al morir la madre de ellos, y no sólo a su padre. El demandado contestó alegando la improcedencia de la acción, pues las supuestas cuotas de dominio no son objeto de reivindicación al no indicarse en el libelo la singularización o porcentaje de las mismas, siendo ello un requisito de procedencia de la reivindicación. Expone que la jurisprudencia exige que la cosa de que se trata sea determinada, es decir, requiere que el actor indique a cuánto asciende la cuota reclamada, lo que no ocurre en

⁷³Ibídem, p.141-143

estos autos. Además, señaló que los demandantes no tenían la calidad de herederos, ya que no acompañaron documento alguno que permita demostrar tal calidad, como tampoco que la propiedad sea parte de la supuesta masa hereditaria, cuestionando que el bien pertenezca a dicha comunidad, indicando que éste era de dominio exclusivo del padre, el que fue embargado, rematado y adjudicado en un juicio ejecutivo seguido ante el mismo tribunal, cumpliendo dicha adjudicación con todas las formalidades legales.

La Corte Suprema indicó que el tribunal de segunda instancia señaló en sus considerandos quinto y sexto que los actores debieron en su oportunidad expresar la cuota específica que detentaban en la cosa singular. Dice el fallo recurrido que “una acción como la intentada en autos supone necesariamente fijarse para cada una de las partes (un tercio, un cuarto, un décimo) en la cosa singular hereditaria, lo que necesita de una petición concreta de los actores sobre el particular” (considerando sexto). Que de la lectura del expediente se constata que ni en los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica ni en la prueba presentada por los actores, se pudo comprobar ni determinar a cuánto asciende la cuota proindiviso de la cosa singular, en fracciones o porcentajes, que se pretendía reivindicar por los demandantes. De tal manera que la acción interpuesta en autos no cumplió con las exigencias impuestas en los artículos 1268 y 892 del Código Civil. Cabe hacer presente que en materia de reivindicación de una cuota, el artículo 892 del Código Civil al disponer que “se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular”, ha establecido claramente tres requisitos para tal reivindicación, además de los requisitos generales para la acción de dominio. Estos son: a) cuota determinada; b) cuota proindiviso; y c) que la cuota recaiga en cosa singular. Respecto del primer requisito, “que la cuota sea determinada, quiere decir que su extensión o cuantía esté claramente fijada (...). Si la cuota del reivindicante es indeterminada, esto es, si sólo alega, según la expresión forense, ‘acciones y derechos’ sobre la cosa, la demanda deberá ser desestimada”. Por estas razones se rechazó el recurso de casación en el fondo.⁷⁴

⁷⁴ CORTE SUPREMA, Causa rol 27046/2014, Caratulado HERNÁNDEZ MONROY ABEL Y OTRAS CON CONCHA SEPÚLVEDA DANIEL., 11 de junio de 2015

Causa rol 15910/2015. Corte Suprema

En esta causa, P.A.F.M., casado en sociedad conyugal, compró al Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano un inmueble. Con posterioridad se declaró nulo el matrimonio de la demandante C.M. con P.A.F.M., quedando pendiente la liquidación del bien común ya individualizado. Luego por escritura pública P.A.F.M. vendió a P.A.F.G. el inmueble en cuestión. Sobre la base de tales hechos el fallo recurrido de segundo grado, que hizo suyos los fundamentos de la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda de reivindicación del cincuenta por ciento que la actora reclama en la propiedad del inmueble objeto de la compraventa celebrada en el año 2010 entre P.A.F.M. y P.A.F.G., por considerar, en primer lugar, que no se encuentra acreditada la cuota proindiviso que se reivindica, pues si bien como consecuencia de la declaración de la nulidad del matrimonio entre la actora y el Sr. Fuentes M. se produjo la disolución de la sociedad conyugal y el nacimiento de una comunidad de bienes, al no haberse efectuado la liquidación y posterior partición de dicha sociedad no es posible determinar los bienes que la componen ni el derecho cuotativo que corresponde a cada uno de los comuneros sobre los mismos. En segundo término estima que la actora tampoco probó que sea dueña de una cuota determinada sobre el inmueble.

La Corte Suprema, señaló: *“Que en cuanto a la acción intentada en autos cabe tener presente que el artículo 892 del Código Civil, al disponer que “se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular”, ha establecido claramente tres requisitos para tal reivindicación, además de los demás requisitos generales para la acción de dominio. Estos son: a) cuota determinada; b) cuota proindiviso; y c) que la cuota recaiga en cosa singular. Respecto del primer requisito, “que la cuota sea determinada, quiere decir que su extensión o cuantía esté claramente fijada (...). Si la cuota del reivindicante es indeterminada, esto es, si sólo alega, según la expresión forense, ‘acciones y derechos’ sobre la cosa, la demanda deberá ser desestimada” (E.S.S., “Actos y contratos sobre cuotas”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, pág. 141).*

“Resulta palmario que la actora tiene la calidad de dueña no poseedora de la cuota que reivindica, que ésta se encuentra determinada, que recae sobre una cosa singular y que el

*demandado tiene la calidad de poseedor no dueño de la misma, circunstancias que emanan de los hechos establecidos en el proceso y que, en consecuencia, revelan una falsa aplicación por parte de los jueces del fondo de los artículos 889 y 892 del Código Civil, al haberse dejado de aplicar tales preceptos legales a un caso en el que se reúnen todos los presupuestos que hacen procedente la reivindicación de cuota accionada en autos. Por ello se acoge el Recurso de Casación en el Fondo en contra de la sentencia, la que se nula y reemplazándose por la sentencia dictada por la corte suprema, pero se previene que el abogado integrante don Daniel Peñailillo concurre al acuerdo sin compartir las motivaciones contenidas en los párrafos 5º y 6º del considerando cuarto, pues estima que aun cuando hubieren otros bienes o se tratase de una comunidad sobre cosa universal, siempre la demandante tendría la reivindicatoria sobre su cuota en el inmueble, porque la cuota que el comunero tiene en la universalidad se comunica a cada cosa incluida en ella -y a cada parte de cada cosa-, (así, el autor S.S. en la obra antes citada)”.*⁷⁵

Causa rol 5689-2010, la Corte Suprema

En la causa rol 5689-2010, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo contra sentencia de Corte de apelaciones de Talca, que a su vez había confirmado el fallo de primera instancia en que se rechazó la acción reivindicatoria de cuota, a pesar de haberle sido reconocido el derecho sobre la cuota proindiviso, como asimismo, que recae sobre el inmueble ocupado por los demandados, pero se había rechazado la petición en orden a la desocupación del mismo por las siguientes razones:

Considerando Cuarto: Que, así las cosas, cuando la partición de la comunidad hereditaria se efectúe, con el instrumento en que consta la partición, se practicará la inscripción de la adjudicación, por la cual cada inmueble o una parte del mismo, que hasta entonces estaba inscrito a nombre de “todos” los herederos, quedará ahora inscrito a nombre del respectivo heredero o cesionario, a quien se le adjudicó dicha partición; y desde ese momento el referido

⁷⁵ CORTE SUPREMA, Causa rol 15910/2015, Caratulado CALVO MARIN MARGARITA DEL CARMEN CON FUENTES GOMEZ PEDRO ARIEL.(O) , 11 de mayo de 2016

heredero o cesionario podrá disponer por sí solo del inmueble comunitario; partición que, de acuerdo con los antecedentes de autos, aún no se ha efectuado, de suerte que la “materialización” de la cesión hecha en la referida escritura pública objeto de este litigio, no puede servir de base para sustentar que los demandados deban restituir la propiedad en cuestión, toda vez que al no haberse realizado la división de la reseñada comunidad no se puede determinar si la zona específica en donde se encuentran emplazados, será en definitiva la que se adjudicará en dominio al demandante con el acto particional; más aún, considerando que el resto de los comuneros no han comparecido en este juicio haciendo alguna manifestación endicho sentido”. Que los hechos alegados por el actor en su demanda corresponden, en rigor, a una acción de partición de herencia en la que debieran ventilarse y establecerse, de manera efectiva y concreta, los títulos y derechos que conciernen a los distintos comuneros y coherederos que ocupan, detentan o poseen, según el caso, el inmueble sub- lite, para luego, adjudicar a cada uno lo que en derecho corresponda; finalidades que no pueden alcanzarse, naturalmente, mediante un juicio declarativo de dominio...”.

Considerando Sexto: Que queda en claro que tanto en el caso del artículo 889 como en el del artículo 892, ambos del Código Civil, la acción solamente puede ejercitarse respecto de cosas singulares. En otras palabras, el bien objeto de la reivindicación, ya sea en su integridad o en lo tocante a cuotas de él, debe ser singular, determinado. Por ello, la singularidad de la cosa reivindicada concierne a un presupuesto o condición indispensable para que prospere una acción como la ejercida en este pleito”

Considerando Undécimo: Así lo expresado es bastante o suficiente para que el recurso de casación sustancial formulado por el demandante no pueda tener acogida. En efecto, tanto en la acción reivindicatoria del artículo 889 del Código Civil como en la reivindicación de cuota que contempla el artículo 892 de dicho Código, es presupuesto esencial para la procedencia de la acción, que el o los demandados sean poseedores del bien cuya reivindicación se pretende y, esta calidad, que requiere ánimo de señor y dueño, es incompatible con la ocupación de él por la mera tolerancia de los dueños o por ser arrendatarios de la misma” Situación que acontecía en este caso respecto a los demandados.

Considerando Decimotercero *Lo que realmente ha intentado en la especie, en su condición de comunero o codueño de la propiedad, es la acción reivindicatoria del artículo 889 del Código en referencia y no la que estatuye el artículo 892 y, tanto es así, que en tal demanda no determina su cuota - lo que es un presupuesto esencial para la procedencia de ésta- y que la cuota sea determinada quiere decir que su extensión o cuantía esté claramente fijada: un tercio, un cuarto, la mitad, etc. (C.S., RDJ., Tomo XI, Sección 1ª., página 319). Tampoco solicita se le reivindique esa cuota, sino que la totalidad de los terrenos que dice ocupan los demandados.*

Considerando Decimocuarto: *Que, de otro lado, tampoco ha cumplido el demandante con la exigencia de singularizar, con la claridad y precisión requerida por la ley, según se acotó en las motivaciones quinta, sexta, séptima y novena de este fallo, cada uno de los retazos de terreno que ocuparía cada demandado*⁷⁶

Causa rol 1791/2011, Corte de Apelaciones de Concepción

“Que, en efecto, no es posible acceder a lo pedido en la demanda, esto es, ordenar al demandado a restituir a cada uno de los actores una extensión de terreno equivalente a los derechos que sobre el mismo detentan los actores, porque al no existir partición, tales cuotas no están material o físicamente determinadas;

-Que, adicionalmente y por la razón antes explicada, de accederse a la pretensión de los actores, en la forma en que ha sido formulada en la demanda, no habría manera de dar cumplimiento a lo resuelto dado que las cuotas cuyo dominio alegan los actores no están materialmente determinadas ni radicadas en un determinado sector o parte del inmueble;

- Que tratándose de la acción del comunero que reivindica su parte o cuota en la cosa común, la doctrina más autorizada ha señalado que la petición que debe formularse en la demanda es que se declare que es dueño de tal cuota proindiviso en el bien poseído en total por el demandado y que de acogerse esta petición, se declare que él es coposeedor con el demandado (Silva S., E., "Acciones, actos y contratos sobre cuota", Editorial SAMver, 1970, N° 92, pp. 188-9).

-Que esta misma Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta situación jurídica,

⁷⁶ CORTE SUPREMA, Causa rol 5689/2010, Caratulado) CACERES SAAVEDRA LAUREANO CON SANTANDER ALVAREZ MARIA, 9 de septiembre de 2010

resolviendo que “Es evidente que si se reivindica cuota, no se puede ordenar que el demandado sea condenado a restituir dentro de tercero día su derecho cuotativo en un bien determinado, porque ello es físicamente imposible” (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 28 de octubre de 1992, en Rev. Der. y Jur., T. 89, 2ª parte, sec. 2ª, p. 166);⁷⁷

Causa rol 206/2013, Corte de Apelaciones de Valdivia

Considerando Segundo: “Que, en relación a la improcedencia de la reivindicación de cuota, sin perjuicio de no haber sido planteada dicha alegación en la instancia por la parte recurrente, es dable precisar que dicha posibilidad está expresamente prevista por el legislador en el artículo 892 del Código Civil que dispone: “Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular”.- En opinión del profesor E.S.S. “La disposición transcrita establece claramente tres requisitos de la reivindicación de cuota, aparte de las generales de la acción reivindicatoria, como que el actor sea dueño de la cosa reivindicada. Los requisitos especiales que establece el artículo 892 son: a) cuota determinada; b) cuota proindiviso; y c) que la cuota recaiga en una cosa singular”. (E.S.S., Acciones, Actos y Contratos sobre Cuota; Editorial Jurídica de Chile, p. 141).-

Considerando Noveno: “Que, en lo concerniente a la alegación de “falta de legitimación pasiva”, fundada en la calidad de comunero del demandado, será también desestimada, por las mismas razones expresadas por el sentenciador del grado en los motivos décimo noveno a vigésimo primero de la sentencia apelada, pues encontrándose acreditado que el demandado es quien ocupa una porción de terreno de media hectárea en el sector denominado “El Mirador” de la comuna de Puerto Octay, la que se encuentra dentro de una porción de terreno de mayor extensión correspondiente al Lote Tres de dominio de la actora, no cabe exigir a aquella que dirija su acción en contra de otros comuneros que eventualmente puedan tener derechos sobre dicha porción de terreno, pues como bien lo establece el J. a quo “la acción reivindicatoria debe

⁷⁷ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION, Causa rol 1791/2011, Caratulado AEDO PARRA MARTA ELENA Y OTROS C/ BERMEDO GUZMAN PATRICIO A., 10 de mayo de 2012

dirigirse en contra del actual poseedor, es decir, aquel que personalmente o por intermedio de otro posee la cosa, materialmente o bajo su poder y con ánimo de señor y dueño, y no contra eventuales propietarios que carezcan de posesión personal o por intermedio de otros”.

Considerando Duodécimo: “Que, en consecuencia, habiéndose acreditado en la instancia de conformidad a los artículos 889 y 892 del Código Civil, que la actora es dueña de parte o cuota del retazo que pretende reivindicar; que la porción de terreno de media hectárea ocupada por el demandado se encuentra al interior de dicho retazo; que su cuota de dominio se encuentra suficientemente determinada según la cabida y superficie del predio; y que la acción que se pretende se ejerce respecto de predio singular, es posible concluir que concurren todos los presupuestos para dar lugar a la acción reivindicatoria entablada, por lo que el recurso de apelación interpuesto será desestimado.”⁷⁸

Juzgado civil de Concepción, De 9 de Agosto de 2011

Decimo Segundo: “Que, el artículo 892 del Código Civil señala: "Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular", de lo que se desprende que la legislación sustantiva permite reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, la que, a su turno, atendido que la ley no distingue, puede constituir un bien común único o formar parte de una universalidad. La disposición transcrita establece claramente tres requisitos de la reivindicación de cuota, aparte de los generales de la acción reivindicatoria, como que el actor sea dueño de la cuota reivindicada. Los requisitos especiales que establece el artículo 892 son: a) cuota determinada; b) cuota proindiviso; y c) que la cuota recaiga en cosa singular. De esta manera, como primer requisito de esta acción, se contempla que la cuota sea determinada, lo que quiere decir que su extensión o cuantía esté claramente fijada “Así, por ejemplo, será una cuota determinada un tercio, un cuarto o, como ha sostenido la Corte Suprema, un séptimo es una cuota determinada, que autoriza para reivindicar. Si la cuota del reivindicante es indeterminada, esto es, si sólo alega, según la expresión forense, "acciones y derechos" sobre la

⁷⁸CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, Causa rol 206/2013, Caratulado. QUEVEDO SCH ILCE CON KAHLER B JOSE, 25 de junio de 2013

cosa, la demanda deberá ser desestimada” (Acciones, actos y contratos sobre cuota. E.S.S.. Editorial jurídica de Chile). De esta manera, y conforme a lo prevenido en el artículo 892 del Código Civil, procede la reivindicación de una cuota indivisa de una cosa singular, que podrá ser el único componente de una comunidad, sin embargo, ella requiere de la determinación precisa de la cuota a reivindicar, lo que no ha ocurrido en autos”

Considera décimo quinto: *“Que, las circunstancias antes anotadas impiden que se acoja la presente acción de dominio, toda vez que, en primer término no se ha acreditado de manera indubitada el dominio exclusivo de los comparecientes respecto del inmueble cuya reivindicación pretenden o, a lo menos, que la suma de sus cuotas proindiviso que recaen sobre la cosa singular signifiquen un 100% de los derechos existente respecto a ella, y, además, se ha omitido la individualización precisa de la cosa a reivindicar, por cuanto, siendo algunos de varios comuneros, éstos debieron accionar solamente por su cuota o la suma de las mismas en el inmueble, precisando sus propias cuotas individuales y no por la totalidad.”*⁷⁹

5.2.- ¿PUEDE UN COMUNERO REIVINDICAR POR TOTAL CONTRA UN TERCERO?

El autor responde que no, por varias razones. Primero, por no ser esta acción la única manera que tiene el comunero para proteger su cuota, pues precisamente la ley lo ha facultado para que pueda reivindicar su cuota determinada proindiviso si la cosa común está en poder de un tercero. Segundo, el artículo 893 ordena: “la acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa”, después que el artículo 892 consagró y reglamentó la situación del titular de una cuota proindiviso de un bien común. Luego la acción solo protege al dueño de la cosa, representando en una comunidad por el conjunto de los coparticipes.⁸⁰

⁷⁹ 3º JUZGADO CIVIL DE CONCEPCIÓN, DE 9 DE AGOSTO DE 201

⁸⁰Ibidem, p.162

Respecto al heredero, el profesor hace un alcance. Un comunero no puede reivindicar toda la cosa común, pero si es heredero, puede hacerlo, aunque solo le corresponda una cuota. El heredero de cuota, si bien también puede ser copropietario de la cosa, es al mismo tiempo titular del derecho real de herencia que se ejerce sobre todo el patrimonio hereditario del causante y que da acción de petición de herencia y faculta al heredero para reivindicar en el caso del artículo 1268. Así, el problema quedaría reducido al copropietario que no es heredero, quien no puede invocar el artículo 1268, sino el artículo 892 y reivindicar su cuota solamente.

5.2.1.- Sentencias que se han pronunciado al respecto:

Causa rol 1618/2000, Corte de Apelaciones de Concepción

“Que, en este sentido se ha resuelto por nuestros tribunales de justicia, en causa Rol 1618-2000 de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de abril de 2002: “Se ha discutido bastante en doctrina, acerca de la necesaria titularidad para reivindicar de acuerdo a esta disposición legal, cuando la cosa reivindicada forma parte de una universalidad jurídica, encontrándose también soluciones diversas en la jurisprudencia. La tendencia claramente mayoritaria apunta a aceptar sólo la acción reivindicatoria de cuota, aún cuando recaiga sobre un bien que es parte de una universalidad jurídica. Sin embargo, en la especie, como se ha visto, la demandante no pretende reivindicar solamente su cuota. El autor don E.S.S. (Acciones, Actos y Contratos sobre Cuota, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, pág. 161) se pregunta si puede un comunero reivindicar la cosa común por el total, contra un tercero, y se responde que la respuesta debe ser negativa, ya que no es esta acción la única manera que tiene el comunero para proteger su cuota, pues la ley precisamente lo ha facultado para que pueda reivindicar su cuota determinada proindiviso si la cosa común está en poder de un tercero” El profesor don D.P.A., señala que “se ha planteado la duda de si puede un comunero, él solo, reivindicar toda la cosa, para todos los comuneros. La respuesta afirmativa puede apoyarse en el mandato tácito y recíproco que existiría entre los comuneros, por aplicación de los artículos 2305, 2078 y 2132. Pero no aparece

aceptable, porque esos textos se refieren más bien a la ejecución de actos de administración, en los que no aparece apropiado incluir a esta acción tan trascendental, como es la reivindicatoria, la cual compete únicamente al dueño; lo natural es que cualquier comunero con iniciativa incite a todos a actuar, y si no lo logra porque no puede conectarse con todos o porque otros no quieren actuar, puede entonces reivindicar su cuota, como lo permite el artículo 892" (Los Bienes, La Propiedad y otros Derechos Reales, Tercera Edición Actualizada, pág. 368). Así también se ha resuelto, indicándose: "No es admisible que uno o más de los eventuales comuneros, puedan intentar la reivindicación del total de la cosa común, pues carecen de personería respecto de los restantes comuneros y, porque además, la acción reivindicatoria no es una acción conservativa que pueda interponer cualquiera de ellos (Corte Apelaciones Concepción, RDJ., Tomo LXXXIX, S.. 2ª., pág.166; C.S., Semana Jurídica N° 75, semana del 15 al 21 de abril de 2002, pág. 13)⁸¹

5.3.- ACCION DE PETICION DE HERENCIA

Por medio de esta acción se protege el derecho real de herencia, mediante la cual debe obtenerse la entrega de todos los bienes corporales e incorporales que constituyen el patrimonio del causante, aun aquellos "en que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc. Se pide el reconocimiento de la calidad de heredero y al mismo tiempo, consecuentemente, la adjudicación de la herencia y la entrega de los bienes que la constituyen: se pide la herencia que el poseedor de ella o de parte de ella desconoce al demandante. Se puede definir como la acción que tiene el heredero contra el que se dé por tal para que le reconozca su derecho a la totalidad de la herencia o parte de ella y se le restituyan las cosas hereditarias de que el demandado se halla en posesión

⁸¹ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION, Causa Rol 1618-2000, Caratulado Beatriz Arias Parra con Soc. Forestal Cholguan S.A. 22 de abril de 2002

La expresión del artículo 1264 “el que probare su derecho a una herencia” da amplio margen para sostener que uno de varios herederos puede reclamar su parte de la herencia independientemente de los demás. La ley no dispone “el que probare su derecho a la totalidad de una herencia”, pues no habría motivo alguno para negarle la acción al heredero de la mitad, del tercio, del cuarto de una herencia cuyo desconoce el poseedor del patrimonio hereditario.⁸²

5.3.1.- Sentencias que se han pronunciado al respecto:

Causa rol N° 482/2015, la Corte de Apelaciones de Rancagua

Esta causa revocó la sentencia pronunciada por el Juez del Primer Juzgado Civil de Rancagua y, en su lugar, se declaró ha lugar a la acción de petición de herencia, deducida por don M.R.M.M., en contra de don C.P.A.M. y en contra de doña L. del C.R.G., en su calidad de heredera de P.E.A.M, por las siguientes razones:

- Que la sentencia de primer grado yerra al privar al demandante de su filiación natural otorgada por su madre, pretendiendo que éste, al no haberse dado cumplimiento a una formalidad prescrita en una norma transitoria dictada décadas atrás, le correspondiera la calidad de hijo simplemente ilegítimo, pues constituye un criterio que pugna con el actual texto y espíritu de la legislación vigente, como con los principios que la informan, en cuya virtud se han eliminado las discriminaciones entre hijos originadas por nacimiento.

-Que, en estas circunstancias, don M.R.M.M. ha demostrado inequívocamente tener la calidad de descendiente de doña Edulia de las M.M., quien le reconoció como hijo natural, hoy hijo de filiación no matrimonial, según da cuenta el certificado de nacimiento de fojas 10 y las partidas de fojas 11 y 12. A mayor abundamiento, fue reconocido socialmente y tratado como tal, según dan cuenta las fotografías de fojas 43 y 44, y los testimonios de fojas 51, 52, 54 y 55, lo que no viene sino a ratificar su verdadero estado civil.

-Que, por consiguiente, el demandante ha probado su derecho a la herencia en los términos exigidos por el artículo 1264 del Código Civil, pues la acción de petición de herencia tiene como

⁸² Ibídem, p.166

primer objetivo que se reconozca la calidad de heredero, esto es, que se tiene la calidad de asignatario a título universal, aquel que sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, entre los cuales, se ha establecido precisamente a los hijos del difunto. Asimismo, se ha logrado acreditar el segundo supuesto de la acción, cual es que otras personas –en este caso también herederos- están en posesión del derecho real de herencia que corresponde al demandante, quien, de acuerdo al ordenamiento vigente se encuentran en igualdad de derechos con los demandados, por ende, le corresponde igual porción o cuota hereditaria, según las reglas de la sucesión abintestato. Lo anterior no puede estar en duda desde que la fecha del fallecimiento de la causante, 26 de diciembre de 2006, según certificado de defunción de fojas 81, –momento de la apertura de la sucesión- ya se encontraban vigentes las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.585, y no sólo por lo que dispone el artículo 5 de la Ley de Efecto Retroactivo de la Leyes en cuanto que las personas que bajo el imperio de una ley hubiesen adquirido en conformidad a ella el estado de hijos naturales, cuyo es el caso, gozarán de todas las ventajas y estarán sujetas a todas las obligaciones que les impusiera una ley posterior, sino por lo que el propio texto legal en comento consagró en su artículo 1º transitorio, esto es, que todos los que a la fecha de entrada en vigencia de la ley poseían el estado de hijos naturales tendrán los derechos que en la nueva ley se establecen.

-Que así las cosas, no cabe sino reconocerle a don M.R.M.M. la calidad jurídica de heredero de doña Edulia de las M.M. y, en consecuencia, conforme a los artículos 1264 y 1265 del Estatuto Civil se le debe adjudicar la herencia quedada a su fallecimiento conjuntamente con el resto de los herederos y, por ende, se le deben restituir las cosas hereditarias, corporales e incorporales que formaban parte de la masa hereditaria que al tiempo de la muerte pertenecían a la causahabiente, como los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia, en proporción a su cuota hereditaria.⁸³

⁸³ CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, Causa rol 482/2015, Caratulado MORALES MORALES MARIO RENE CON AHUMADA MORALES CARLOS, 7 de agosto de 2015

5.4.- MANDATO TÁCITO Y RECÍPROCO

¿Puede un comunero actuar sin mandato en favor de toda la cosa común y no solamente por su cuota?, ¿le da su derecho en la cosa facultad para actuar en defensa de toda la cosa común? Primero hay que señalar que todos los comuneros deben acordar los actos de administración. Cada indivisario goza de *jus prohibendi* o derecho de veto para oponerse a los actos que los demás pretenden realizar, pero ya en Roma se permitían casos en que un comunero actuara en favor de la comunidad. ¿Pero en qué casos?

Existen varias teorías que intentan explicar esta situación, pero entre ellas la más importante es la del mandato tácito y recíproco, en la cual se sostiene que entre los comuneros habrá que presumir un mandato tácito y recíproco, al igual que los socios, según el artículo 2081. Esta teoría ha tenido en el país quienes afirman que si existe dicho mandato y otra parte de la jurisprudencia que le niega la existencia, basados en la opinión de los autores franceses, pues en la comunidad no hay la *effectio societatis* presente en la sociedad y por el argumento del profesor Somarriva sobre el artículo 2037, en virtud del cual a las deudas contraídas en pro de la comunidad solo es obligado el que las contrajo y no todos, como sucedería si el comunero fuere mandatario de los demás. Otra teoría es la de la gestión de negocios, en que la jurisprudencia francesa ha explicado ciertos actos de un comunero, cuando uno de ellos es incapaz como casos de agencia oficiosa haciendo responsables a los demás solo cuando la gestión haya resultado verdaderamente útil, pero el autor la crítica por qué sería muy fácil de vencer el *jus prohibendi*, siguiendo a Capitiant.

El profesor Silva señala que la verdadera doctrina sería la de Capitiant, quien sostiene que el comunero puede realizar todos los actos de administración que presenten el carácter de medidas conservativas. Su realización constituye derechos para cada uno de los copartícipes, por la simple razón de “que él tiene interés en conservar su derecho”. Este principio de limitación al *jus prohibendi* encuentra su fundamento en la cuota indivisa que todo comunero tiene en el bien común. Así, si el todo o alguna parte del bien o de los bienes indivisos está en peligro, la

cuota del comunero que se extiende a todos ellos y hasta sus partes más pequeñas, también los estará. De modo que cualquier comunero tendrá interés en proteger la cosa indivisa; pero ante la imposibilidad de actuar todos los comuneros y de amparar independientemente su cuota, intervendrá en defensa de toda la cosa común, pues esa es la única manera de salvar y conservar su derecho o cuota indivisa en todo el bien o bienes comunes⁸⁴

Es decir, un comunero sin poder de los demás, puede accionar en favor de la comunidad cuando el hacerlo sea la única manera de proteger su derecho o cuota indivisa

5.4.1.- Sentencias que se han pronunciado al respecto:

Respecto al particular, la jurisprudencia ha seguido la opinión del profesor Silva sobre esta materia:

Juzgado de Letras y Garantía de Santa Juana, de 11 de octubre de 2013

Considerando SEXTO “Que, un sector de nuestra jurisprudencia ha aceptado en la situación descrita la posibilidad del ejercicio de la acción por parte de un comunero, fincándose en la denominada teoría del mandato tácito y recíproco que encontraría sustento en nuestra legislación, en el caso de la comunidad, en la norma contenida en el artículo 2305 del Código Civil en relación con el precepto del inciso 1º del artículo 2081 del mismo Código, presuponiéndose o presumiéndose un mandato tácito y recíproco entre los comuneros, al igual que el de los socios. Sin embargo, en concepto del sentenciador tal mandato no existe entre los comuneros, desde que en la comunidad no se puede discurrir sobre la base de la affectio societatis propia de la sociedad y que precisamente es el elemento que hace presuponer el mandato tácito y recíproco, pues éste no puede sino fincarse en las relaciones de confianza mutua que hay entre los socios, las que naturalmente no supone la comunidad. Por lo demás, y tal como bien lo sostiene don M.S.U. -acudiendo al elemento histórico de interpretación- “...el alcance del art. 2305 no es referirse íntegramente al artículo 2081, sino sólo a sus números

⁸⁴ Ibídem, p.157-158

segundo, tercero y cuarto". ("Indivisión y Partición", cuarta edición, 1987, Editorial Jurídica de Chile, página 161). El mismo autor argumenta también que las dudas que pudieren existir se disipan en virtud del artículo 2307 del Código Civil, por el cual se establece que a las deudas contraídas en pro de la comunidad sólo es obligado el que las contrajo y no todos, como ocurriría si el comunero fuere mandatario de los demás (obra citada, páginas 161 y 162).- Igualmente es contrario a la existencia del mandato tácito y recíproco entre comuneros ("Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", tomo VI, Nº 384, página 517), don E.S.S. ("Acciones, Actos y Contratos sobre Cuota", segunda edición, 1985, Editorial Jurídica de Chile, página 158). En conclusión, un comunero no puede accionar de precario sin poder suficiente de los demás comuneros, pues no cabe presumir un mandato tácito y recíproco entre ellos.".⁸⁵

Tercer juzgado civil de Concepción, de 9 de agosto de 2014

Considerando Decimo "Que, por lo anterior, y dado que no existe otra prueba que permita determinar lo contrario, es lógico establecer que la cosa cuya reivindicación se pretende es de dominio de una comunidad, la cual puede no estar constituida sólo con los demandantes que comparecen al juicio, lo que adquiere importancia toda vez que la acción reivindicatoria no tiene como objetivo la administración ni la conservación de un bien perteneciente a la comunidad, sino que apunta a la recuperación de un inmueble en posesión de otro, razón por la cual no son aplicables las normas que, respecto al mandato tácito regulan los artículos 2305, 2081 primera parte, 2078 y 2312 todos del Código Civil"

Considerando Décimo Tercero: "Que, por otra parte, cabe advertir a los actores que, existiendo una comunidad de dominio sobre el inmueble reivindicado, específicamente una comunidad hereditaria, deberían obrar todos los herederos de consuno si lo que pretenden los demandantes es la restitución de la totalidad del inmueble, desde que el artículo 893 del Código Civil exige al reivindicante ser titular del derecho de dominio; por esto, una acción reivindicatoria como la ejercida en autos supone que el o los dueños la ejerzan de consuno, no pudiendo entenderse

⁸⁵ JUZGADO DE LETRAS Y GAR.DE SANTA JUANA, DE 11 DE OCTUBRE DE 2013

*que uno o algunos de los comuneros puedan ejercerla a nombre de todos los demás, ya que, como se dijo en el considerando 11° anterior, esta facultad no está comprendida dentro del llamado mandato tácito de que tratan los artículos 2305 y 2081 del tantas veces citado Código Civil.*⁸⁶

5.5.- ACCION DE PRECARIO

Existe una forma del contrato de comodato o préstamo de uso, llamada comodato precario, definido en el artículo 2194: “El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución en cualquier tiempo”. Hay dos situaciones de hecho que la ley asimila al comodato precario en el inciso segundo del artículo 2195, al estatuir que “constituye también precario”: a) La tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia del dueño y b) la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por mera tolerancia del dueño

Puede suceder que una persona tenga una cosa perteneciente a varios proindiviso por ignorancia o mera tolerancia de los codueños. En estos casos es indispensable que el demandante sea el dueño de la cosa reclamada, teniendo que concluir que uno de los comuneros de una cosa común no puede deducir, sin poder de los otros, la acción de precario tendiente a obtener la restitución de la cosa indivisa por el tenedor, ya que él no es dueño de la cosa, sino codueño. Además, dicha acción no es indispensable para conservar o amparar su cuota indivisa en la cosa común detentada por una persona extraña a la comunidad en forma precaria, pues al comunero le queda a salvo accionar por su cuota (cosa ajena para el comodatario) y exigir el uso y goce de la cuota a prorrata de su parte. No puede el dueño de una cuota pretender más derechos que el comodatario sobre la cosa, porque este usa y goza de ella también por mera tolerancia o ignorancia de los demás codueños. Esa tolerancia o ignorancia de

⁸⁶ 3° JUZGADO CIVIL DE CONCEPCIÓN, DE 9 DE AGOSTO DE 2014

los dueños favorece al demandado y no al comunero que quiere poner fin a esa situación sólo por su parte. Esta ventaja del demandado será más importante si los demás copropietarios se niegan a accionar por sus cuotas o actuar en conjunto. Todo esto sin perjuicio de las demás acciones del comunero, como la reivindicatoria, la de partición o simplemente las derivadas del cuasicontrato de comunidad contra sus coparticipes que se niegan a accionar ⁸⁷

5.5.1.- Sentencias que se han pronunciado al respecto:

Juzgado de Letras y Garantía de Santa Juana, de 11 de octubre 2013

SÉPTIMO: *“Que, por otra parte, tampoco estaría facultado para accionar el comunero entendiéndose ahora la acción de precario como un mero acto conservativo en protección de su propio derecho, desde que, tal como acertadamente lo expone el profesor E.S.S. (obra citada, página 166): “...dicha acción no es indispensable para conservar o amparar su cuota indivisa en la cosa común detentada por una persona extraña a la comunidad en forma precaria, pues al comunero le queda a salvo accionar por su cuota (cosa ajena para el comodatario) y exigir el uso y goce de la cuota a prorrata de su parte, ...”. Y agrega: “No puede el dueño de una cuota pretender más derechos que el comodatario sobre toda la cosa, porque éste usa y goza de ella también por mera tolerancia o ignorancia de los demás condueños. Esa tolerancia o ignorancia de los dueños favorece al demandado y no al comunero que quiere poner fin a esa situación sólo por su parte. Esta ventaja del demandado será más importante si los demás copropietarios se niegan a accionar por sus cuotas o a actuar en conjunto”. Y termina señalando: “Todo lo dicho sin perjuicio las demás acciones del comunero, como, por ejemplo, la reivindicatoria, la de partición o simplemente las derivadas del cuasicontrato de comunidad contra sus coparticipes que se niegan a accionar”.- Que, así las cosas, y como para accionar de precario es necesario que el demandante sea dueño de la cosa reclamada, resulta que uno de los comuneros no puede deducir, sin poder de los otros, la predicha acción tendiente a obtener la restitución de*

⁸⁷Ibídem, p.165-166

*toda la cosa indivisa en poder del tenedor, como quiera que él no es dueño de la cosa, sino que codueño. Consecuencialmente, como en la situación sub-judice accionó sólo un comunero y no toda la comunidad, no cabe sino concluir que el demandante no es titular de la acción que endereza, desde que no concurre técnicamente a su respecto el primer requisito de la misma que se examina, esto es, ser dueño del inmueble que reclama". Se rechaza por no tener el actor la titularidad de la acción de precario y por no cumplir con los requisitos necesarios para la procedencia de dicha acción: a) Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución reclama; b) Que la demandada tenga en su poder u ocupe dicha cosa; y c) Que esta tenencia sea sin previo contrato y se deba a la mera tolerancia del dueño"*⁸⁸

⁸⁸ JUZGADO DE LETRAS Y GARANTIA DE SANTA JUANA, DE 11 DE OCTUBRE DE 2013

CONCLUSION

Esta investigación se basó en el libro *“Acciones, actos y contratos sobre cuota: El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos”*, cuyo autor es Enrique Silva Segura, en la cual tuvimos como principal objetivo analizar la jurisprudencia actual y compararla con los temas desarrollados por el profesor en el texto antes señalado, y de esta forma, tener una acabada visión respecto a cuan influyente han sido las teorías planteadas por él en las decisiones jurídicas que han pronunciado nuestros tribunales desde la publicación del libro hasta los tiempos presentes.

Los temas tratados son los más controversiales y contingentes de la realidad práctica, desarrollando aquellos en que existe jurisprudencia analizable. Para esto examinamos treinta y cinco sentencias, de las cuales, veintitrés provienen de la Excelentísima Corte Suprema, seis de las Cortes de Apelaciones del país y cinco de los Juzgados de Letras.

Como resultado hemos podido establecer que las tesis expuestas han tenido gran acogida en los tribunales del país, siendo una de las principales fuentes jurídicas y doctrinarias en las que se basan para fundamentar sus fallos. En estos es común leer extractos completos de sus planteamientos, así como referencias puntuales a sus ideas, sin perjuicio de algunas excepciones relativas a determinados puntos exhibidos en esta tesis, tales como acciones posesorias, en virtud de la cual la jurisprudencia se ha inclinado por la no procedencia de estas entre comuneros en ningún caso, contraria a la opinión del profesor Silva que sostiene que sólo las acciones posesorias propiamente tal, proceden. Estas son, la acción de amparo y la de restitución.

De esta forma, podríamos decir que lo dicho por el profesor Enrique Silva en el año 1970, y en su segunda edición el año 1985, aún cuando sean temas de gran abstracción y

dificultad en su análisis, tienen hoy plena vigencia e importancia para resolver los problemas de la vida jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

SILVA SEGURA, Enrique. Acciones, actos y contratos sobre cuota. El problema jurídico y práctico de las acciones y derecho. 2ed. Editorial Jurídica, 1985.

PENAILILLO AREVALO, Daniel. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. 4ed. Editorial Jurídica, 2006.

