



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.58.234.568>

¿Por qué el poseedor pierde la buena fe en la contestación de la demanda y no en la notificación en el caso de las prestaciones mutuas? El problema en Colombia

Why Does the Possessor Lose Good Faith During the Statement of Defense and not After Notification? The Problem in Colombia

RUPERTO PINOCHET OLAVE

Director del Departamento de Derecho Privado y Ciencias del Derecho y Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Doctor en Derecho Civil por la Universidad de Barcelona. Casilla 747, Talca. rpinoche@utalca.cl

Resumen

En la regulación de la acción reivindicatoria, el derecho civil colombiano, argentino y chileno utilizan distintos momentos procesales para la determinación de la pérdida de la buena fe y del derecho a percibir los frutos de la cosa reivindicada. Así, mientras el derecho civil argentino utiliza la notificación legal de la demanda, el Código Civil colombiano y el chileno optan por la contestación de la demanda. No obstante, la doctrina y jurisprudencia colombiana, contrario al tenor literal de los artículos 964 y 966 del Código civil, interpretan que la buena fe se pierde con la notificación legal de la demanda. Este trabajo —efectuando líneas comparativas entre las legislaciones de los países singularizados— pretende esbozar cuáles son las razones que se tienen a la vista para optar por uno u otro momento procesal y, con ello, intentar dilucidar por qué la academia chilena y colombiana, partiendo de igual norma, terminan arribando a interpretaciones distintas y contrapuestas entre sí.

PALABRAS CLAVE

Derecho civil, acción reivindicatoria, buena fe, Código Civil, derecho romano.

Abstract

In the regulation of the vindicating action, the Colombian, Argentine, and Chilean civil law use different procedural moments to determine when the loss of good faith and the duty to restore the fruits of the claimed assets occur. The Argentine Civil Law uses the legal notification of the demand, while the Colombian and Chilean Civil Code use the statement of defense. However, in Colombia, doctrine and jurisprudence, opposed to the text of articles 964 and 966 of the Civil Code, interpret that good faith is lost with the legal notification of the demand. The present work —making comparative lines between the legislations of the referred countries— tries to outline what are the reasons behind choosing one or another procedural moment and, with this, elucidate why, if the Chilean and Colombian academy both start from an equal norm, they end up arriving at different interpretations, opposed to each other.

KEYWORDS

Civil Law, Vindicating Action, Good Faith, Civil Code, Roman Law.

1. INTRODUCCIÓN

El Código civil entrega reglas sobre las prestaciones mutuas que se deben, recíprocamente, el reivindicante y el poseedor vencido a propósito de la acción reivindicatoria. Con todo, dichos preceptos legales no resultan únicamente aplicables a la reivindicación, sino también a otros supuestos fáctico-jurídicos en que la ley extiende su radio de acción, como lo es el caso de la nulidad pronunciada por sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, previsto en el artículo 1746 (687)¹, o en aquellas situaciones en que no existan reglas especiales y tales criterios sean funcionales para la resolución de un caso y que, por tal circunstancia, corresponda aplicar el derecho común, atendido el carácter general y supletorio de tales directrices.

Como bien se sabe, el Código Civil trata la acción reivindicatoria en el título XII del libro II, artículos 946 y siguientes (893 y siguientes), lo que viene a constituir una completa novedad, al menos para una parte importante de los ordenamientos jurídicos, pues –por regla general– estos no tratan la acción reivindicatoria dentro del derecho sustantivo, sino dentro del derecho procesal².

Más adelante, en el capítulo IV del mismo título XII, el Código civil trata de las prestaciones mutuas de naturaleza restitutoria o indemnizatoria³ que se deben reivindicante y poseedor vencido entre sí, respecto de frutos, mejoras y expensas de conservación una vez concluido el juicio reivindicatorio. Así, dicho párrafo recoge diferenciadamente las prestaciones que adeuda el poseedor vencido al reivindicante, así como las prestaciones que debe el reivindicante al poseedor vencido.

Entrando al articulado del Código civil, puede observarse que en lo relativo a las prestaciones que adeuda el poseedor vencido al reivindicante, el legislador habla de restitución de la cosa y de sus frutos –artículos 961 y 964 (904, 905 y 907)–; de la responsabilidad en los deterioros sufridos por la cosa; y de los gastos de custodia y conservación de la cosa durante el juicio reivindicatorio –artículo 961– (906).

Así, el artículo 963 (906) del Código civil dispone que el poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por hecho o culpa suya haya sufrido la cosa, en tanto que el poseedor de buena fe no será responsable de ellos sino en cuanto se hubiere aprovechado de los mismos, tal como ocurriría en el caso en que el poseedor destruya un bosque o arbolado para vender la madera o la leña, o emplearla en beneficio suyo⁴. Por su parte, el artículo 966 (909) prescribe que el poseedor

¹ Para la cita de los artículos se señalará en primer término el correspondiente al Código Civil de Colombia, para luego señalar entre paréntesis, los artículos correspondientes al Código Civil de Chile.

² En España, la acción reivindicatoria es creación jurisprudencial, lo que evidencia las virtudes del Código Civil chileno.

³ Sobre el particular, véase Pinochet Olave y Concha Machuca (2015).

⁴ Por su parte, las prestaciones que adeuda el reivindicante al poseedor vencido son la indemnización de los gas-

de buena fe vencido tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda, en tanto que su inciso 4º explica que en lo concerniente a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que por el artículo siguiente se conceden al poseedor de mala fe⁵.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Lo que nos interesa para efectos de este trabajo son los criterios que utiliza el legislador para determinar hasta cuando permanece de buena fe el poseedor vencido y, más precisamente, las reglas contenidas en los artículos 964 (907) y 966 (909) del Código civil. El inciso tercero de la primera disposición prescribe que “El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda: en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores”, mientras que el segundo precepto legal señala que “El poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda”.

El problema por dilucidar es ¿por qué el poseedor pierde la buena fe—sea para el derecho a percibir los frutos, sea para que se le abonen las expensas útiles— desde la contestación de la demanda y no desde la notificación legal de la misma, como es la regla general respecto de las resoluciones judiciales?

Sobre la materia hemos de destacar la circunstancia de que los artículos 964 y 966 (907 y 909) son las únicas ocasiones en que el Código civil colombiano y chileno se refieren, prefiriendo este momento procesal—el de la contestación de la demanda— por sobre el de la notificación legal de la

tos ordinarios por la producción de los frutos y la indemnización por las mejoras introducidas en la cosa, El Código civil chileno, por su parte, en términos idénticos prescribe su artículo 907. “El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.

El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos *antes de la contestación de la demanda*; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.

En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

⁵ El artículo 909 del Código Civil chileno, señala, siendo idéntico al artículo 966 colombiano, en sus cuatro primeros incisos: “El poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda.// Solo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa.// El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo.// En cuanto a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que por el inciso último de este artículo se conceden al poseedor de mala fe”.

misma. Así, tales disposiciones contrarían la regla general recogida en otros variados artículos que postulan la notificación legal de la demanda y otras resoluciones judiciales como la época en que surgen o se extinguen determinados derechos. Así ocurre, por ejemplo, en la notificación al público de los decretos de interdicción provisoria y definitiva mediante avisos, artículos 536 inc. 2° y 544 (447 inc. 2 y 455); en la querrela por obra ruinosa, artículo 991 (934 inc. 2°); en la notificación de deudas hereditarias, artículo 1434 (1377); en los casos en que puede operar la compensación en la cesión de créditos, artículo 1718 inc. 2° (1659); para enervar la acción de pacto comisorio calificado, artículo 1937 (1879); en la cesión de títulos de créditos, artículos 1961 y 1963 (1903 y 1905); en la cesión de derechos litigiosos, artículos 1969 y 1972 (1911 y 1914); en la notificación de la renuncia de un socio, artículo 2135 inc. 2° (2109 inc. 2°). Finalmente, se consagra igual regla en el caso de la interrupción civil de la prescripción, la que no podrá ser alegada sin haberse efectuado la notificación legal de la misma, artículo 2524 inc. 3° (2503 inc. 3°).

Lo cierto es que ya en el derecho romano había sido planteado el problema, llegándose en esa época a soluciones acordes con su sistema procesal, teniendo la *litiscontestatio* efectos muy diversos a los que se le asignan actualmente a la traba de la *litis*.⁶

3. CRITERIOS ACTUALES APLICABLES

En Colombia, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria ha interpretado que se pierde la buena fe desde la “notificación de la demanda”. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 5 de agosto de 2014, SC10326-2014, destaca “que esta posición de la jurisprudencia **ha sido constante desde hace varios lustros**”, al precisarse en su momento que “[c]uando los arts. 964 y 966 del C.C. hablan de contestación de la demanda, **no se refieren al hecho material de la respuesta del demandado al libelo con que se inicia el juicio, sino al fenómeno de la *litiscontestatio*, o sea a la formación del vínculo jurídico-procesal que nace con la notificación de la demanda** (Cas. Civ. 3 de junio de 1954, LXXVII, p. 772)”⁸⁻⁹.

En doctrina, por la tesis mayoritaria se manifiestan Velásquez (2014) y Ternera (2011). El primero de dicho autores, al tratar sobre la restitución de frutos, no da razón de por qué se entiende que

⁸ Continúa la referida sentencia: “Es patente, entonces, que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 1746 del Código Civil y que, como consecuencia de tal yerro, no hizo actuar el artículo 964 *ibídem*, pues de no haber cometido tales desatinos, habría colegido que el aquí demandado, al ser poseedor de buena fe, como esa misma Corporación lo calificó en su propio fallo, apreciación fáctica que al no estar comprendida en la acusación no puede ser revisada por la Corte, estaba obligado a restituir únicamente los frutos percibidos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, porque sólo a partir de este momento quedaba sometido al régimen que para los poseedores de mala fe prevé el segundo de tales preceptos”.

⁹ Por el contrario, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STC15678-2018, de 29 de noviembre de 2018, opta por la contestación de la demanda, aunque sin dar mayores razones por las que se prefirió tal momento procesal.

la buena fe se pierde desde la “notificación” de la demanda, aun cuando el propio artículo 964 del Código civil se refiere a la “contestación”, señalando que “el legislador obliga al poseedor de buena fe derrotado en acción reivindicatoria a restituir los frutos percibidos a partir de la contestación de la demanda (C.C., art. 964, inc. 3º) y a decir verdad debe ser a partir de su notificación, pues es este el momento en que se inicia la relación jurídico procesal” (Velásquez, 2014, p. 510).

En una línea similar, al analizar el abono de las mejoras, haciendo alusión al artículo 966 inc. 1º del Código Civil, Velásquez explica que, aunque la norma referida emplea el término “antes de contestarse la demanda”, el verdadero contenido de la norma se refiere a la notificación más que a su contestación. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado así:

La Sala considera que cuando los artículos 964 y 966 hablan de <contestación de la demanda> no se refieren al hecho de la contestación material de la respuesta del demandado al libelo con que se inicia el juicio, sino al fenómeno de la *litiscontestatio*, o sea, a la formación del vínculo jurídico procesal que nace con la notificación de la demanda (...) La presentación de la demanda por el actor, su admisión por el juez y su notificación al reo, engendran la relación jurídico procesal. La *litiscontestatio* no nace, pues, con la respuesta de la demanda sino con la notificación de esta al demandado (C. S. de J., Cas. Civ., sentencia 3 de junio de 1954). (Velásquez, 2014, p. 514)

El autor citado, como vemos, hace suyas las razones expresadas por la Corte Suprema, las que, por lo demás, son de suyo indeterminadas, ya que considera como sinónimos el “fenómeno de la *litiscontestatio*” con el inicio de la relación jurídica procesal, asignando a la *litiscontestatio* una naturaleza jurídica-procesal que nunca tuvo en Roma.

Por su parte, Ternera (2011) afirma que es necesario

precisar que para esta materia de las restituciones mutuas, el ordenamiento considera que una vez notificado el auto admisorio de la demanda, el poseedor que era reconocido como poseedor de buena fe se tome como poseedor de mala fe. En efecto, el tratamiento al poseedor de buena fe vencido en el juicio, cambia fundamentalmente a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda (...). (p. 528)

Con todo, en el derecho civil colombiano encontramos un autor que sigue la solución propuesta por el tenor literal de la norma. En tal sentido, Medina (2015) señala, “el inciso tercero del artículo 964 del Código civil aclara que

“no es obligado a la restitución de los frutos **percibidos** antes de la **contestación de la demanda**” (destaco), lo que implica que, como se mencionó, se ganó los frutos anteriores a la demanda; pero

una vez se hace parte en el proceso entra a mirarse como si fuera poseedor de mala fe y se le aplican las reglas previstas en ese artículo para éstos. (p. 750)¹⁰

Y luego explica que “la legítima apropiación de los frutos por el poseedor de buena fe va hasta el momento en que se **contesta**¹¹ la demanda y no como sucede con la interrupción de la prescripción, desde la notificación de la demanda”. Sin perjuicio de ello, el autor advierte que “por muchos se toma como un error del legislador” (p. 751)¹².

El derecho civil argentino, por su parte, se ocupa del tema estableciendo que el poseedor vencido pierde la buena fe con la notificación de la demanda y no con la contestación de la misma. Al respecto, Mustó (2000) explica que “el poseedor de buena fe que ha sido condenado a restituir la cosa, debe los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda” (p. 251).

Papaño et al. (1998), fundados en el artículo 2433 del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield¹³, llegan a la misma conclusión. En tal sentido, los autores expresan que

(...) el poseedor de mala fe que es condenado por sentencia a restituir la cosa, debe los frutos percibidos desde el día en que se le notificó la demanda y los que por su negligencia hubiese dejado de percibir, pues desde el día en que se le hizo saber la demanda debe ser reputado poseedor de mala fe. Decimos reputado porque su situación tampoco es equiparable a la del poseedor de mala fe, pero tampoco es posible equipararlo al de buena fe en tanto ha tomado conocimiento del juicio y, por tanto, debió por lo menos tener dudas sobre la legitimidad de la posesión. (p. 159)

El actual Código Civil argentino de 2015 no se pronuncia ni por una solución ni por la otra, pues si bien en el título de la reivindicación el artículo 2261¹⁴ anuncia que si se admite la demanda el juez debe ordenar la restitución del objeto y que en el cumplimiento de la sentencia se aplicarán las normas del capítulo 3 del título II del libro IV, la única norma aplicable en dicho capítulo 3 es la del

¹⁰ Las cursivas y negrillas corresponden al texto originario del autor.

¹¹ Lo destacado corresponde al texto originario del autor.

¹² Sobre este punto, en una nota al pie de página, el autor agrega que “si es un error es bien antiguo, como quiera que el emperador Constantino fue el que estableció que el poseedor era consciente de lo dudoso de su condición, a partir de *interpósita contestatione*, o sea, trabada la litis”.

¹³ **Artículo 2.433:** “El poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda, y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir; pero no de los que el demandante hubiera podido percibir. El no responde de la pérdida y deterioro de la cosa causados por caso fortuito” (Código Civil argentino de Vélez Sarsfield).

¹⁴ **Artículo 2261.** “Sentencia. Si se admite la demanda, el juez debe ordenar la restitución del objeto, parte material de él o sus restos. En cuanto a las reglas de cumplimiento de la sentencia, se aplican las normas del Capítulo 3 del Título II de este Libro.// Si se trata de una cosa mueble registrable y media inscripción a favor del vencido, debe ordenarse la rectificación del asiento registral”.

artículo 1935¹⁵, en la que se enuncian las reglas generales que estatuyen que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos, en tanto que el de mala fe debe restituir los percibidos y los que por su culpa dejaron de percibirse, sin referirse para nada al momento procesal que marque un hito objetivo desde el que se considere que el poseedor pierde la buena fe.

Por otro lado, en el caso chileno, se ha llegado –sin excepción conocida– a la solución contraria a la que se ha seguido en Colombia, pese a que, como hemos señalado, los artículos 964 y 966 son idénticos a los artículos 907¹⁶ y 909¹⁷ del Código civil chileno. En tal sentido, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia chilena sigue la tesis de la contestación de la demanda, siguiendo el tenor literal de la norma, mas sin dar mayores explicaciones sobre el punto.

Como prueba de lo anterior, en Chile no hemos encontrado ninguna sentencia que acoja la tesis de la notificación de la demanda. Todas se inclinan por la de la contestación. A efectos ilustrativos, citamos dos sentencias relativamente recientes pronunciadas por la Excma. Corte Suprema de Chile:

Sentencia Rol N° 7685-2015, de fecha 16 de diciembre de 2015, que en su considerando 7° expresa: “Que, en el mismo sentido, los artículos 909 y siguientes del Código Civil, al regular las prestaciones mutuas en la reivindicación, otorgan al poseedor de buena fe el derecho para que se le abonen las mejoras útiles, **hechas antes de contestar la demanda**”.¹⁸

Sentencia Rol N° 6821-2015, de fecha 23 de diciembre de 2015, que también en su considerando 7° señala: “Que, en consecuencia, al no permitirse que el reivindicador compense al pago de las

¹⁵ **Artículo 1935. Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe.** “La buena fe del poseedor debe existir en cada hecho de percepción de frutos; y la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga sólo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor, sea la sucesión universal o particular. // El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos. El de mala fe debe restituir los percibidos y los que por su culpa deja de percibir. Sea de buena o mala fe, debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa. // Los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa”.

¹⁶ **Artículo 907.** “El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. // Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder. // El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda: en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores. // En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

¹⁷ **Artículo 909 (inc. 1°).** “El poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda”.

¹⁸ El destacado es nuestro.

mejoras útiles que han sido determinadas, las rentas de arrendamiento percibidas por el demandado **desde la contestación de la demanda (...)**¹⁹.

Por último, siguiendo la misma línea jurisprudencial, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°2117-2015, de 21 de julio de 2016, prescribe: “En cualquier caso, la buena o mala fe del poseedor vencido se refiere al tiempo en que se efectuaron las expensas y mejoras, como reza el artículo 913 del mentado Código, **debiendo reputarse aquél de mala fe evacuada que haya sido la contestación de la demanda**, como se desprende del artículo 909 del Código Civil”.²⁰

En lo tocante a la doctrina chilena, Peñailillo (2007) –sin referirse al problema– se limita a realizar una referencia genérica a las reglas que otorga el Código Civil chileno sobre la materia. Alessandri et al. (2010), por su parte, explican brevemente que “El poseedor de buena fe inicial permanece en ella hasta la contestación de la demanda, pues desde que conoce los títulos invocados en ésta, aunque pueda seguir confiando en los propios, ya no puede tener la convicción absoluta de su derecho que supone la buena fe” (p. 295), conclusión con la que concordamos.

Rozas (2007) repite las mismas reglas sin cuestionarse el momento desde que se pierde la buena fe, solo agrega que –si el poseedor de buena fe no contesta la demanda– debería obligársele a restituir los frutos percibidos desde que se le acusa rebeldía de ese trámite. En caso de seguirse aquella regla, nosotros agregamos que el cómputo del tiempo debería iniciarse desde el día en que la resolución judicial que declara la rebeldía quede firme.

Claro Solar (1979), el autor chileno más antiguo sobre la materia, explica acertadamente, a nuestro juicio, que según los principios del derecho romano y de las Partidas, el poseedor de buena fe tiene derecho a los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, afirmando que este

No está por consiguiente, obligado a restituir los frutos que ha percibido antes de la contestación de la demanda y mientras ha permanecido en su buena fe. Pero esta situación cambia después de la contestación de la demanda, *porque habiendo resistido a ella, después de imponerse de los títulos invocados por el reivindicador y de las razones que éste tiene para reivindicar la cosa*, no puede ya el poseedor demandado conservar la misma persuasión (sic) que tenía de haber adquirido por medios legítimos, exentos de todo vicio, y si la demanda es aceptada, no puede seguir siendo considerado como poseedor de buena fe para la percepción de los frutos producidos o que se devenguen durante

¹⁹ El destacado es nuestro. Continúa el referido considerando 7° “... efectivamente los jueces del fondo han infringido el artículo 907 inciso 3° del Código Civil en relación con el inciso 1° del mismo precepto legal, en cuanto han negado la liquidación de una prestación que el poseedor vencido debe efectuar en favor del reivindicador, razonamientos que justifican acoger el presente recurso de casación en el fondo”.

²⁰ El destacado es nuestro.

la secuela del juicio, pues la sentencia viene a reconocer el derecho del reivindicador y la falta de fundamento del poseedor al resistir la demanda. (p. 432)²¹

Volviendo a la doctrina nacional, y a la tesis mayoritaria de la notificación legal de la demanda, analicemos las razones que otorga Ternera (2011) para interpretar *a contra legem* que el poseedor no pierde la buena fe desde la contestación de la demanda, sino desde su notificación. El autor afirma que tal criterio interpretativo “se explica porque si el poseedor se ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invocadas por el reivindicador ya no podrá alegar que subsiste su honrada creencia de hallarse poseyendo como dueño” (p. 528). Este último argumento –tal como explicaremos a continuación– sirve, precisamente, para sostener la postura contraria, es decir, para afirmar que el poseedor pierde la buena fe al momento de la contestación de la demanda y no así con su sola notificación.

Sentado lo anterior, pasemos a analizar –una a una– las razones esgrimidas para fundar la preferencia de la notificación por sobre la contestación. En primer lugar, estimamos que asociar la *litiscontestatio* romana al inicio de la relación jurídica procesal moderna es erróneo. La *litiscontestatio* en Roma requería un acuerdo entre el actor y el demandado, sin el cual no podía existir juicio, cuestión que no sucede con la presentación de la demanda, su proveído y notificación en el proceso moderno, el que supone actuaciones unilaterales de parte y del tribunal, pero nunca un acuerdo²². Por lo demás, en el proceso romano los jueces eran particulares, no así el pretor, por lo que no se evidenciaba la función jurisdiccional del Estado, tan característica del proceso actual. A mayor abundamiento, hemos de señalar que las normas de procedimiento, en derecho romano, se ubicaban en el derecho privado.

²¹ Las cursivas son nuestras.

²² Rosenfeld explica el procedimiento usado en Roma, señalando que el proceso se dividía en dos etapas; “de la primera de las cuales se dice que tiene lugar *in iure*, lo que significa que se desarrolla ante un magistrado, que obra en nombre del Estado y cuya función se reduce a autorizar y dirigir el proceso, indicando la norma aplicable al caso, y la segunda *apud iudicem*, o *in iudicio*, que se desarrolla ante un árbitro –*iudex* o *arbiter*–, o un jurado compuesto por varios de ellos, quienes invisten el carácter de órganos del Gobierno, sino son simples particulares, a quienes se encomienda la misión de recibir la prueba de las alegaciones de las partes y de expresar su opinión sobre el asunto en una *sententia*. //En el Derecho Romano, las normas sobre procedimiento, estaban incluidas dentro de la rama de “Derecho privado”, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones positivas, que regulan al Derecho Procesal, dentro del sector del “Derecho Público”. Y todo se debió a la particular concepción que tuvieron los romanos sobre la relación del derecho subjetivo y la acción, en razón de considerar a esta última como el elemento dinámico de la defensa judicial. Por eso no decían los romanos: “tengo un derecho”, sino simplemente “tengo una acción”. Y así se ha dicho, sobre todo con referencia al período de la época clásica, que “el derecho romano, es más que un sistema de derechos subjetivos, un sistema de acciones” (Rosenfeld, 2008, p. 243)

En segundo término, entendemos que el inicio de la relación jurídica procesal no tiene porqué considerarse, en sí misma, el momento idóneo para que el demandado pierda la buena fe en un juicio reivindicatorio. En tal sentido, la notificación de una demanda reivindicatoria no significa que el demandado entienda la acción que se dirige en su contra, pues la propia práctica forense demuestra la absoluta confusión que un profano tiene sobre los términos jurídicos más elementales en juicios reivindicatorios, como los son los de dominio, posesión y mera tenencia. El demandado –salvo que sea abogado especialista– deberá recurrir a un abogado, que a su vez deberá estudiar la demanda, los documentos fundantes de la misma, así como los títulos del demandado para llegar a una conclusión sobre la posibilidad de éxito de la eventual defensa, explicándole el estudio a su cliente para que este –entendiendo sus posibilidades– pueda decidir entre oponerse a la pretensión del actor o allanarse a ella.

A mayor abundamiento, resulta necesario destacar que el juicio reivindicatorio es el juicio de lato conocimiento por excelencia²³, juicio complejo y largo, en el que la prueba deberá recaer sobre la posesión y el dominio, dos de los conceptos más difíciles de acreditar ante el juez y aquellos que han dado grandes problemas de interpretación tanto para doctrina como para jurisprudencia²⁴ (Peñailillo, 2007, p. 229).

Según hemos explicado, no es posible considerar que al momento de la notificación de la demanda el demandado haya conocido y, menos aún, comprendido las razones invocadas por el actor, de manera que cuando Ternera afirma que la preferencia de la “notificación legal de la demanda” por sobre la “contestación” se explica en la circunstancia de que el demandado no puede alegar la subsistencia de su buena fe luego de **haberse resistido** a la pretensión del reivindicador al entrar en conocimiento de los títulos y razones por él invocadas, en realidad está favoreciendo la tesis contraria, pues solo podrá entenderse que el demandado **“se ha resistido”** a la demanda cuando la contesta oponiéndose.

Se debe advertir, además, que la primera notificación de un juicio es personal o sustitutiva a la personal, por lo que en la gran mayoría de los casos no se hará a un letrado, con las dificultades que ello conlleva en un juicio de lato conocimiento, según hemos expresado.

²³ “Desde otro punto de vista, por la naturaleza del asunto debatido se trata de un litigio de detenido conocimiento, sometido al denominado juicio ordinario, que en la práctica inhibe en cierta medida su utilización” (Peñailillo, 2007, p. 239). “El juicio reivindicatorio es delato conocimiento y se tramita con arreglo al procedimiento ordinario, que es el que se aplica a los juicios que, como el reivindicatorio, no están sometidos a una regla especial diversa (C. de Procedimiento Civil, art. 3º)” (Alessandri et al., 2010, p. 260).

²⁴ Sobre el particular se pronuncia Amunátegui Perelló (2009, 2013). Domínguez Hidalgo y Domínguez Benavente (1991); Lathrop Gómez (2011), Míguez Núñez. (2004), entre otros autores.

Adicionalmente, es necesario mencionar que el Código Civil define expresamente lo que debe entenderse por buena fe en materia posesoria —que es el concepto que nos interesa en esta sede— en su artículo 768, al disponer que la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Esa creencia —buena conciencia— es lo que la doctrina ha denominado buena fe subjetiva²⁵, y se pierde incluso con la duda. Así, el “error excusable” o la ausencia de duda podrá existir antes de la contestación de la demanda, podrá subsistir incluso con la notificación de la misma, pero no en el instante que el demandado ha decidido, conociendo y entendiendo los títulos invocados por el actor, así como los suyos propios, oponerse a la pretensión del demandante.

Por todas las razones invocadas, consideramos errónea la interpretación mayoritaria que se ha hecho para los artículos 964 y 966 del Código Civil colombiano, salvo la minoritaria postura de Medina (2015) y, por el contrario, correcta aquella interpretación según la cual se hace perder la buena fe al poseedor vencido, como hito objetivo, desde la contestación de la demanda y no desde la notificación legal de la misma. Y es que, como señalamos, no existen razones plausibles para pasar a interpretar *a contra legem* lo dispuesto a texto expreso en los artículos analizados. Estimamos que, sobre este punto, no debe olvidarse lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil, en cuanto establece que cuando el sentido de la ley es claro no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, siendo este, precisamente, el caso.

5. CONCLUSIONES

1. El problema de la determinación del momento desde el cual pertenecen los frutos para el reivindicante vencedor se remonta a la regulación de la acción reivindicatoria al derecho romano desde el período arcaico.
2. El criterio utilizado en Roma para la determinación del momento en que el reivindicante vencedor hace suyos los frutos de la cosa reivindicada —*litiscontestatio*—, no puede asimilarse ni a la actual notificación de la demanda, ni menos al de la contestación de la misma, pues la *litiscontestatio* solo suponía el acuerdo para comenzar el juicio ante un juez privado designado, en el que únicamente el demandante se encontraba obligado a probar los fundamentos de su pretensión. Antes de la *litiscontestatio* el pretor solo había oído a las partes, no se habían presentado documentos ni probado nada. Por lo que reiteramos, el requerimiento para comparecer ante el pretor no puede asimilarse a la presentación de la demanda (lo que se hará posteriormente,

²⁵ Más que dos clases de buena fe, Peñailillo —entre otros— explica que la buena fe es una, la subjetiva. Con todo, la buena fe objetiva es la forma de determinación de la mala fe o buena fe por medio de patrones de conducta abstractos (Peñailillo, 2007, p. 354). A semejantes conclusiones llega Guzmán Brito (2013b).

después que se produzca la *litiscontestatio*), ni menos –como podrá comprenderse– a la notificación legal de la misma.

3. La práctica habitual de intentar asimilar el momento procesal del emplazamiento a la *litiscontestatio* por parte de la doctrina moderna no tiene asidero en la historia del derecho, pues el emplazamiento no requiere la colaboración del demandado, en tanto la *litiscontestatio* a lo que más podría asimilarse hoy sería a la suscripción de una cláusula compromisoria arbitral, la que requiere acuerdo entre las partes, pues las normas de procedimiento en derecho romano se ubicaban en el derecho privado, entre otras muchas diferencias que pueden destacarse.
4. En el derecho contemporáneo no es usual que el derecho civil regule lo concerniente a la acción reivindicatoria, en derecho europeo es tarea propia del derecho procesal, sin embargo, en el ámbito sudamericano, probablemente por influencia del Código de Bello, al menos el derecho civil colombiano, chileno y argentino se ocupan del tema utilizando momentos procesales distintos para la determinación del momento de pérdida de la buena fe y, consecuentemente, del derecho a percibir los frutos de la cosa reivindicada. El Código Civil de Bello usa la contestación de la demanda, en tanto que el derecho Civil argentino utiliza la notificación legal de la demanda, sin embargo, en el derecho nacional, la doctrina y jurisprudencia muy mayoritaria llegan a la conclusión contraria al texto expreso del Código de Bello, esto es, que la buena fe se pierde con la notificación legal de la demanda.
5. Algunos autores, para justificar momentos procesales distintos, el de la contestación y el de la notificación, utilizan argumentos similares, como lo hace en el caso chileno Claro Solar (1979) para justificar el criterio de la contestación de la demanda, explicando que después de contestada la situación cambia: “*porque habiendo resistido a ella, después de imponerse de los títulos invocados por el reivindicador y de las razones que éste tiene para reivindicar la cosa, no puede ya el poseedor demandado conservar la misma persuasión (sic) que tenía de haber adquirido por medios legítimos*” (p. 432)²⁶, en tanto que en Colombia, Ternera (2011) señala que el hecho de perder la buena fe después de notificada la demanda “se explica porque si el poseedor ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invocadas por el reivindicador” (p. 528). Como se ve, el argumento central “conocida la demanda y los títulos invocados por el reivindicador” es esgrimida para fundar ambos criterios.
6. Entonces, es válido preguntarse si se logra mejor conocer la demanda y los títulos invocados por el reivindicador en el momento de la notificación o en el de la contestación de la misma, habiéndose concluido que conocer y entender la demanda y los títulos invocados en ella, así como la revisión de los títulos posesorios o de dominio del demandado, es una tarea compleja,

²⁶ Las cursivas son nuestras.

que solo puede ser efectuada por un abogado especialista, para decidir si el demandado fundamentalmente debe oponerse a la demanda o allanarse a ella.

7. Por todas las razones anteriormente expresadas, somos del parecer de que la solución adoptada por Bello es mejor que aquella que fija la pérdida de la buena fe del poseedor en la notificación de la demanda. Los artículos 964 y 966 del Código Civil colombiano deben ser interpretados gramaticalmente, ajustándose a lo establecido por el legislador a texto expreso.

REFERENCIAS

- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M. y Vodanovic Haklicka, A. (2010). *Tratado de los derechos reales*. Editorial Jurídica de Chile.
- Amunátegui Perelló, C. (2009). No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil. *Revista Chilena de Derecho*, 36, 467-503.
- Amunátegui Perelló, C. (2013). Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 40, 53-73.
- Claro Solar, L. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado: De los bienes*. Editorial Jurídica de Chile.
- Delgado Castro, J. (2014). La inversión de los efectos del silencio en la reforma procesal civil: "Quien calla sí otorga". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42, 497-522.
- Domínguez Hidalgo, C. y Domínguez Benavente, R. (1991). Lo que la jurisprudencia se llevó. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 189, 95-110.
- Fernández Toledo, R. (2017). La admisión tácita de los hechos por no contestación de la demanda en el proceso laboral. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28, 91-136.
- Guerra, V. (2011). Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 21, 59-86.
- Guzmán Brito, A. (2013a). *Derecho Privado Romano*. Legalpublishing.
- Guzmán Brito, A. (2013b). La buena fe en el Código Civil de Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 29, 11-23.
- Lathrop Gómez, F. (2011). Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el derecho chileno. *Ius et Praxis*, 17, 3-24.
- Medina Pabón, J. E. (2015). *Derecho civil. Bienes. Derechos reales*. Editorial Universidad del Rosario.
- Míguez Núñez, R. (2004). La acción negatoria. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 12, 129-135.
- Mustó, N. (2000). *Derechos reales*. Astrea.
- Papaño, R., Kiper, C., Dillon, G. y Causse, J. (1998). *Derechos reales*. Ediciones De Palma.

Peñailillo Arévalo, D. (2007). *Los bienes*. Editorial Jurídica de Chile.

Pinochet Olave, R. y Concha Machuca, R. (2015). Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: Carácter indemnizatorio o restitutorio en el Derecho Civil chileno. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 28, 129-152.

Rosenfeld, C. (2008). *La evolución del Derecho procesal en el Derecho Romano*. www.edictum.com.ar

Rozas Vial, F. (2007). *Los bienes*. Legalpublishing.

Tenera Barrios, F. (2011). *Bienes*. Ediciones Universidad del Rosario.

Velásquez Jaramillo, L. (2014). *Bienes*. Ediciones Temis.