



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA OBRA EN EL PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA DE OBRA NUEVA

Memorista: Ana Belén Ojeda Gómez
Profesor Guía: Cristián Maturana Miquel

Santiago, Chile

Julio 2024

ÍNDICE

<i>RESUMEN</i>	3
<i>INTRODUCCIÓN</i>	4
<i>I. LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA</i>	6
1. CONCEPTO.....	6
2. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO.....	7
2.1. Derecho Romano.....	7
2.2. Las Partidas.....	10
2.3. Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881.....	10
2.4. Codificación en el sistema chileno.....	12
3. EL PROCEDIMIENTO DE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA.....	16
<i>II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA OBRA.</i> <i>19</i>	
1. LA TUTELA CAUTELAR.....	22
2. LA TUTELA ANTICIPADA.....	26
3. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA OBRA DENUNCIADA.....	30
4. CONCLUSIÓN.....	33
<i>III. PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS A LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA OBRA</i> <i>NUEVA</i>	36
1. LA CONCESIÓN AUTOMÁTICA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL SERÍA IMPERATIVA PARA EL JUEZ.....	36
2. LA INFRACCIÓN DE LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO.....	45
3. LA DILACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.....	51
4. ABUSO DEL PROCEDIMIENTO.....	53
<i>IV. POSIBLES SOLUCIONES A LAS PROBLEMÁTICAS PLANTEADAS</i>	59
1. EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMATIVA.....	59
2. DESDE LA REFORMA AL PROCEDIMIENTO.....	63
2.1. Reformas efectuadas en leyes especiales.....	64
2.2. El proyecto de Nuevo Código Procesal Civil.....	68
<i>CONCLUSIONES</i>	72
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	76

RESUMEN

Esta memoria tiene por objetivo realizar un estudio crítico de la denuncia de obra nueva, en especial de la medida de suspensión provisional decretada al inicio de este procedimiento especial, puesto que aquella se posiciona como piedra angular del procedimiento, en tanto, el resto del juicio girará en torno a alzar dicha suspensión o a consolidarla como definitiva.

Para tratar el marco normativo de la figura, adoptaremos un enfoque histórico, analizando detenidamente su origen y desarrollo, con especial énfasis en las circunstancias que determinaron que se llegara finalmente a la regulación consagrada en nuestro Código de Procedimiento Civil. En segundo lugar, se pretende establecer cuál es la naturaleza jurídica de la medida de suspensión provisional, labor que será ejecutada a través de una metodología sistemática, trazando primeramente cuadros categoriales dentro de la tutela provisional, como son los procedimientos sumarios o de urgencia, la tutela anticipada y la tutela cautelar, analizando tales institutos y sus manifestaciones. Luego, se formulará una calificación concreta de la figura en estudio.

Estudiaremos también las principales críticas y problemáticas asociadas a este juicio. Al respecto, discutiremos la asentada noción de que la suspensión provisional se debe de otorgar automáticamente por el juez; la posible vulneración de la garantía de un racional y justo procedimiento; la dilación excesiva del juicio y el ejercicio abusivo de la acción. Finalmente, nos enfocaremos en las posibles soluciones a las problemáticas planteadas, esperando establecer la forma en que tanto nuestra judicatura como el legislador podrían resolver estos problemas o al menos menguar algunos de los efectos negativos de la actual normativa. En el supuesto de la reforma legislativa, se revisarán especialmente algunas innovaciones consagradas en leyes especiales y el proyecto del Nuevo Código Procesal Civil.

INTRODUCCIÓN

La regulación que nuestro Código de Procedimiento Civil establece para el procedimiento de denuncia de obra nueva y especialmente la medida de suspensión provisional de la obra denunciada resulta sumamente interesante, en tanto, parece ser una gran excepción a varios de los principios que informan nuestro sistema procesal civil y también porque su tratamiento difiere bastante al de otras instituciones que presentan características similares.

Se debe considerar que a través de su historia y en una variedad de ordenamientos, la denuncia de obra nueva ha sido objeto de numerosas críticas y discusiones, al extremo de ser calificada como un referente del abuso procesal y declararse que constituye “uno de los medios jurídicos más aptos para causar el máximo perjuicio con el mínimo coste procesal”¹.

En el derecho nacional, las críticas han apuntado principalmente a que el otorgamiento de la suspensión provisional resulta prácticamente automático, bastando para ello con la sola presentación de la demanda, sin que el juez atienda al mérito o fundamentación de esta, retrasando este análisis hasta el momento de dictar su fallo. Mientras que, durante el curso del juicio, la paralización de las obras se vuelve una situación prácticamente inmutable, permitiendo el alzamiento de la medida exclusivamente con posterioridad a la dictación de una sentencia condenatoria en primera instancia y bajo condiciones muy calificadas. Lo anterior conlleva a que en la práctica se permita que demandas infundadas e inclusive aquellas que no cumplen con los requisitos de procedencia de la acción, logren una suspensión de las obras por todo el tiempo que se extienda el litigio. Sobre este último punto, se debe resaltar que, en la práctica, este juicio sumario especial se puede extender mucho más allá de lo previsto por el legislador, durando meses o incluso años.

Comenzaremos el trabajo con una conceptualización de la denuncia de obra nueva, para luego estudiar con detención el origen y desarrollo histórico de la institución, ejercicio que resulta sumamente importante para exponer y comprender la figura de manera acabada, teniendo en cuenta que se ha constatado que la peculiaridad de su normativa “se debe a razones de carácter histórico más que a decisiones dogmáticas del legislador”². Posteriormente revisaremos en específico este procedimiento especial reglado en el Libro III de nuestro Código de Procedimiento Civil.

El segundo capítulo tratará la naturaleza jurídica de la suspensión. Metodológicamente, tomaremos un enfoque sistemático y partiremos estudiando conceptos más amplios, como son los procesos de urgencia o sumarios, la tutela cautelar y la tutela anticipada. Revisaremos las características de cada una y también algunas de sus manifestaciones en nuestro ordenamiento,

¹ PÉREZ-TEMPLADO JORDÁN, J. 1993. Interdicto de Obra Nueva. En: Los Procesos Interdictales, Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo VI. Madrid, Consejo General del Poder Judicial. 247p. Citado por FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. 1998. La denuncia de obra nueva en el derecho civil navarro. Revista Jurídica de Navarra (25) 18p.

² HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 2012. Suspensión interdictal de obras nuevas. Desde la “operis novi nuntiatio” hasta el Proyecto de Código Procesal Civil. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (38): 343-392. 344p.

poniendo especial atención en los requisitos que se han establecido para la procedencia de estas medidas. A continuación, analizaremos si existe una coincidencia entre estas figuras y la suspensión provisional, atendiendo a su finalidad, efectos, requisitos y características, siendo estos elementos los que progresivamente hacen más patente la particularidad de la figura en estudio.

En el capítulo tercero se abordarán algunas discusiones y problemáticas asociadas a este instrumento, como son la arraigada idea de que el artículo 565 del Código de Procedimiento Civil establece que la suspensión provisional se ha de otorgar automáticamente, siendo un imperativo para el juez que conoce de la causa; que la normativa vulneraría la garantía de un racional y justo procedimiento; la dilación excesiva del juicio y el ejercicio abusivo de la acción. Al tratar estos temas tomará especial importancia la jurisprudencia de nuestros tribunales, ya que al examinar directamente estos litigios se puede ilustrar claramente sobre aspectos como las eventuales inconsistencias procesales de la regulación; los inconvenientes que surgen en la tramitación del interdicto; las consecuencias jurídicas y materiales que este procedimiento puede acarrear para los involucrados; y las posibles inconsecuencias e injusticias que derivarían de la normativa vigente o simplemente de la forma en que se la entiende tradicionalmente. Por otra parte, el desarrollo de una incipiente jurisprudencia minoritaria en la última década nos permite esbozar visiblemente las consecuencias que derivan de una u otra interpretación del texto legal.

En el cuarto capítulo presentaremos posibles soluciones a los problemas expuestos. Atenderemos primeramente a la labor de los tribunales, en cuanto creemos que varios inconvenientes nacen de la interpretación y subsecuente aplicación que tradicionalmente se ha dado a la normativa, y pueden, por lo tanto, mejorar o resolverse mediante el mismo ejercicio de la jurisdicción. Otras dificultades son más profundas y estructurales, y deberán, por lo mismo, ser corregidas por el legislador. Para tratar el supuesto de la reforma legislativa a la denuncia de obra nueva, estudiaremos algunas reformas consagradas en la Ley General de Servicios Eléctricos y el Código de Minería, y examinaremos cómo el proyecto del Nuevo Código Procesal Civil aborda este procedimiento.

En la conclusión, señalaremos los pasos que deberían seguirse para abordar esta materia observando las garantías de un racional y justo procedimiento y, en especial, para tratar la suspensión provisional de la obra nueva acorde a su naturaleza jurídica, siendo consistente con la regulación general de las medidas cautelares.

CAPITULO I. LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA.

1. CONCEPTO.

Tan solo con situarnos en lo que se ha escrito sobre esta figura en la doctrina nacional podemos encontrar un vasto catálogo de definiciones. Es así, como a título meramente ejemplar, Peñailillo nos señala que se trataría de “una acción destinada a obtener la suspensión de una obra en construcción o de construcción inminente”³, mientras que Casarino afirma que “la denuncia de obra nueva es el interdicto o juicio posesorio sumario que se intenta para impedir la ejecución de una obra de semejante naturaleza”⁴.

Otros autores incorporan elementos adicionales en su definición. De esta forma, Fernando Alessandri, precisa que se trata de “la acción posesoria que tiene por objeto suspender toda construcción que se pretenda hacer en el terreno del cual se está en posesión”⁵, y Claro Solar por su parte, la define como la “acción posesoria que tiene por objetivo hacer ordenar la suspensión de los trabajos o impedir la ejecución de una obra nueva cuya realización produce una turbación actual a la posesión del demandante, o que sin producirla actualmente tendrá ese resultado una vez ejecutada”⁶, y añade que esta obra puede estar encaminada a contrariar la posesión del denunciante o la libertad de su predio⁷.

Por otro lado, Alessandri, Somarriva y Vodanovic mencionan que corresponde a la “acción judicial que, a fin de prevenir un daño, se dirige a lograr la suspensión de los trabajos de una obra nueva, comenzados o a punto de comenzarse, hasta que en el juicio correspondiente se resuelva sobre el derecho a continuar o no la obra”⁸.

Así, podemos diseccionar estas definiciones y determinar que son características esenciales de la denuncia de obra nueva las siguientes:

- a) Es una acción posesoria.
- b) Su objeto es obtener la suspensión de una obra en construcción o por construir.
- c) La obra denunciada vulnera la posesión del demandante o la afectará posteriormente.

³ PEÑAILILLO, D. 2022. Los bienes. La propiedad y otros derechos reales. 5ª ed. Estudiantes. Santiago, Thomson Reuters. 338p.

⁴ CASARINO VITERBO, M. 2005. Manual de Derecho Procesal: Derecho Procesal Civil. Tomo VI. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 21p.

⁵ ALESSANDRI, F. 1935. Explicaciones de Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal. Tomo II. Santiago, Nascimento. 171p.

⁶ CLARO SOLAR, L. 2015. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen IV. De los bienes. Tomo Noveno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 487p.

⁷ *Ibíd.*

⁸ ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. 1993. Tratado de los derechos reales. Volumen II. 5ª ed. Santiago, Editorial jurídica de Chile. 374p.

2. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO.

2.1. Derecho Romano.

El origen de la denuncia de obra nueva (en adelante, e indistintamente “DON”), se encuentra en el Derecho Romano, específicamente, en la denominada “*Operis novi nuntiatio*”.

Si bien a lo largo de este trabajo, utilizaremos los términos “acción posesoria”, “interdicto posesorio” y “denuncia de obra nueva” de manera equivalente para referirnos a nuestro objeto de estudio, al situarnos en el Derecho Romano, resulta necesario entender estas instituciones de manera individual y desligadas, en tanto, la *operis novi nuntiatio* no constituía un interdicto⁹.

Los interdictos consistían en “órdenes emitidas por el pretor, en virtud de su *imperium*, para solucionar una situación jurídica particular que no era producto de una infracción a la ley, sino que podía —si continuaba— llegar a serlo, por lo que el pretor se anticipaba en evitarlo”¹⁰. Se les consideraba medidas extraordinarias del magistrado¹¹, y a través de ellas, prohibía o mandaba hacer alguna cosa, en este último caso, solían estar destinados a obtener una restitución o exhibición¹².

Estas órdenes eran emitidas sin entrar en conocimiento del fondo del conflicto y nunca dieron como resultado que se adjudicara un derecho¹³. Por lo tanto, no resolvían la naturaleza del litigio, que quedaba “pendiente para ser dilucidado en un proceso normal, basado en la propia decisión del magistrado”¹⁴. De esta forma, propendían a “mantener la paz y la seguridad en las relaciones privadas, en especial, para hacer respetar las situaciones de apariencia jurídica, a fin de que las reclamaciones contra la misma se hagan procesalmente, no de propia mano, y no se perturbe la paz pública”¹⁵.

En su origen pretorio, los interdictos tuvieron una aplicación mayormente desformalizada, sin embargo, a medida que su uso se volvió más recurrente y necesario, aquello dio paso a la creación de figuras completas, con requisitos y procedimientos propios, como sucedió con los interdictos posesorios, los que tenían por objeto adquirir, conservar o recuperar la posesión¹⁶.

⁹ HIDALGO MUÑOZ, C. 2022. Las acciones posesorias [en línea]. Santiago, Thomson Reuters. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2022/43105244/v1/document/F0C0CC6A-20BA-7AB0-C793-A4BF9B677311/anchor/F0C0CC6A-20BA-7AB0-C793-A4BF9B677311> [consulta: 23 de octubre de 2023]

¹⁰ ANAVITARTE, J.E. 2012. Los interdictos en el Derecho Romano [en línea]. En: Academia Lab. Disponible en: <https://academia-lab.com/2012/05/23/los-interdictos-en-el-derecho-romano/#Colofón> [consulta: 23 de octubre de 2023]

¹¹ CAZAYOUS, M.E. 2021. La prueba en el procedimiento de la *operis novi nuntiatio* y en el interdicto *demolitorium* y su recepción en la Legislación Argentina. En: Fundamentos romanísticos del Derecho Contemporáneo. Tomo 11. Madrid, Boletín Oficial del Estado. 2373p.

¹² *Ibid.*

¹³ *Op. cit.* ANAVITARTE, J.E.

¹⁴ GUTIÉRREZ – ALVIZ ARMARIO, F. 1982. Diccionario de Derecho Romano. 3ª ed. Madrid, Instituto Editorial Reus. 306p.

¹⁵ D’ORS. A. 1986. Derecho Privado Romano. Pamplona. 130p. citado por ALBUQUERQUE, J.M. 1995-1996. A propósito de las providencias administrativas urgentes: Los interdictos en el Derecho Romano. Derecho y opinión: Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico Sociales de la Universidad de Córdoba. (3-4) 189p.

¹⁶ *Op. cit.* CLARO SOLAR, L. 425p.

Por otra parte, la *operis novi nuntiatio* era “una oposición que realiza una persona por medio de palabras y en la que no es precisa la presencia del pretor, para que otra no continúe la realización de una determinada obra que aquélla considera lesiva para su derecho”¹⁷. Aquél que se consideraba perjudicado por una obra nueva, podía denunciar la obra personalmente o representado, constituyéndose en el lugar donde se realiza la obra y manifestando su oposición a quien se encuentre ejecutando los trabajos, sin necesidad de acudir al magistrado¹⁸. El requisito de “hacer la *nuntiatio* en el mismo lugar de la obra es algo inherente a la naturaleza propia de la figura”¹⁹. Ahora, si bien la descripción realizada da cuenta de una gestión esencialmente privada y extrajudicial, el denunciante también podía optar por realizar la denuncia directamente ante el magistrado²⁰.

El efecto producido inmediatamente después de la oposición verbal es la paralización de la obra, de esta forma, la *operis novi nuntiatio* “no necesitaba de un respaldo jurídico para ser eficaz”²¹. Si bien este acto impedía la continuación de los trabajos, dejando al denunciado expuesto al interdicto demolitorio en caso de proseguir la obra sin autorización²², quedaba a salvo una posterior resolución judicial.

Una vez formulada la denuncia, las partes pasaban a someterse a la jurisdicción del pretor, y es sobre esta etapa que se presentan las mayores interrogantes para los juristas modernos, ya que, tal como es mencionado por Arias Bonet, “aunque la finalidad a que tiende, la *operis novi nuntiatio* resulta clara, las peculiaridades de su tramitación procesal en el marco del Derecho romano clásico no se presentan tan diáfanas”²³

Una de las primeras actuaciones realizadas por el magistrado consistía en la toma de un juramento al denunciante, denominado “*iusiurandum calumniae*”²⁴ el que era prestado con el propósito de reprimir la calumnia procesal y que operaba como una garantía de corrección procesal²⁵. Se consideraba que esta declaración tenía por efecto “la verdad, la configuración y estabilización de la confianza mutua y de la fe pública, además la garantía de la utilidad y honestidad privada y pública”²⁶. En este caso concreto, implica que el actor jure que no está denunciando con el único fin de perjudicar al denunciado.

Ante el efecto de la suspensión inmediata, el denunciado solamente podría continuar con la obra si prestaba una caución (*cautio ex operis novi nuntiatione*) o acudía al pretor solicitando la

¹⁷ PARICIO SERRANO, J. 1981. En torno al concepto clásico de "Opus Novum". Anuario de historia del Derecho Español. (51) 595 p.

¹⁸ Op. cit. CAZAYOUS, Marta Etel. 2374p.

¹⁹ Op. Cit. PARICIO SERRANO, J. 603p.

²⁰ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 355p.

²¹ Ibid. 354p.

²² FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. 1998. La denuncia de obra nueva en el Derecho Civil Navarro. En: *jurídica de Navarra* (25) 12p.

²³ ARIAS BONET, J.A. 1972. Sobre la denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico. Anuario de historia del Derecho Español. (42): 291-306. 291p.

²⁴ Op.cit. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. 12p.

²⁵ OVALLE FAUNDEZ, A. 1990-1991. Iusiurandum calumniae o garantía de corrección procesal en el juicio civil en el derecho romano. Revista Chilena de historia del Derecho (16): 21-25.

²⁶ Ibid. 24p.

*remissio nuntiationis*²⁷. La caución podía rendirse de manera judicial o extrajudicial, y garantizaba la obligación de restaurar las cosas a su estado primitivo si se prueba que no existía derecho para realizar la obra. Si el denunciante se niega a aceptar la caución, la obra también puede proseguir como si la garantía se hubiese prestado²⁸. En caso que el denunciante impidiera la ejecución de las obras después de otorgada la caución, el denunciado podía solicitar un interdicto, denominado “*interdictum ne vis fiat aedificandi*”²⁹.

En el caso de la *remissio*, resultaba necesaria la “intervención del magistrado y la previa iniciativa del nunciado en forma de solicitud para lograr esa intervención”³⁰, de esta forma, el denunciado acudía al pretor “solicitándole el alzamiento anticipado de la suspensión en caso de acreditarse que el denunciante carecía de *ius prohibendi*”³¹. Lamentablemente, las particularidades de su funcionamiento procesal no están claras, a causa de la falta de fuentes que se refieran en mayor detalle a esta materia.

En esta primera etapa, la regulación establecida amparaba los intereses de ambas partes y no se generó una instrumentalización abusiva de la denuncia, ni tampoco de la *cautio* o *remissio*, esta situación cambió considerablemente en el derecho postclásico, donde la nueva mecánica procesal que tomó la figura permitió la proliferación de conductas abusivas y dilatorias, muchas veces en litigios que carecían absolutamente de fundamento³², o inspiradas con el único fin de perjudicar al denunciado³³.

En este nuevo periodo no parece haber existido un examen de mérito o cualquier forma de *denegatio* que determinara el efecto de la paralización de la obra y tampoco existen rastros de una *remissio* o *cautio* que permitiesen alzarla de forma anticipada. Finalmente, en tanto “existía una estrecha relación entre la paralización de las obras y el juicio declarativo posterior, (...) los trabajos permanecían suspendidos hasta que la sentencia estuviese ejecutoriada, lo que incluía la apelación”³⁴.

Cabe mencionar que se hicieron esfuerzos para mitigar esta situación, especialmente a través de reformas, como la promulgada por el emperador Zenón, quien estableció que en el supuesto de una denuncia infundada el denunciante deberá pagar todos los perjuicios que hubiere causado al denunciado, así como el precio de los materiales destruidos o deteriorados durante el curso del juicio y posteriormente Justiniano, que consagró un plazo máximo de tres meses para resolver la controversia, superado el cual el denunciado podía continuar con las obras otorgando una caución ante el magistrado. Sin embargo, no se llevaron a cabo modificaciones que contrarrestaran los efectos

²⁷ Op.cit. PARICIO SERRANO, J. 595p.

²⁸ Op.cit. ARIAS BONET, J.A. 291p.

²⁹ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 355p.

³⁰ Op.cit. ARIAS BONET, J.A. 298p.

³¹ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 355p.

³² *Ibid* 355-356p.

³³ Op. cit. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. 16p.

³⁴ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 357p.

de la falta de exigencia de un examen coetáneo a la paralización y es este producto del derecho romano post-clásico el que influiría de manera más decisiva en los sistemas jurídicos posteriores³⁵.

2.2. Las Partidas.

La figura se encuentra recogida en el título XXXII de la Tercera Partida y conserva en su mayoría la regulación establecida en el Corpus Iuris Civiles de Justiniano.

Como menciones relevantes podemos destacar que su Ley I consagra la intervención facultativa del magistrado; respecto a la suspensión de la labor nueva, la Ley VIII establece que “tan gran fuerza tiene esta prohibición, ya se haga con derecho o no” que todo lo que en adelante se haga, se mandará a derribar a costa del denunciado; mientras que en la Ley IX menciona la obligación de prestar juramento declarando que no se denuncia maliciosamente, so pena de permitir que se continúe con la obra; la paralización de la obra está limitada a los tres meses, dentro de los que debía resolverse al conflicto; la facultad de rendir caución para continuar la obra pasados los tres meses y la posibilidad de que esta se prestara antes si el denunciante estaba de acuerdo. Si bien no se regula la existencia de un examen de admisibilidad para otorgar la suspensión, en las leyes VII y XVIII se establecieron algunas obras que no podían ser denunciadas.

La labor de los glosadores fue determinante en la aplicación que recibió esta normativa. Algunas de las innovaciones impulsadas por estos interpretes incluyeron: denegar la suspensión cuando quien la solicita carece notoriamente de derecho; realizar una inspección personal para verificar los supuestos fácticos de la denuncia; en el caso que la suspensión causara un perjuicio muy grande al denunciado mientras que el del denunciante fuera reducido, podía continuarse la obra, previa caución de demoler lo construido si se probara el mérito de la denuncia y finalmente, la progresiva pérdida del carácter extrajudicial, abandonándose formas de denuncia privada³⁶.

De esta forma, se acerca a equilibrar la situación de los litigantes, enmendando la posición tan desventajada que tenía el denunciado originalmente.

2.3. Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881.

En primer lugar, resulta importante destacar que “ya que hacia el siglo XIX la generalidad de los intérpretes se había apartado de la exposición de materias de los Digesta o las Partidas, tratando la denuncia de obra nueva a propósito de los interdictos, por considerar que constituiría un interdicto prohibitorio en cuanto prohíbe continuar con las obras”³⁷. En consecuencia, esta materia era tratada

³⁵ *Ibíd* 358-359p.

³⁶ *Ibíd*. 362p.

³⁷ *Ibíd*. 361p

después de los interdictos posesorios para adquirir, retener y recuperar la posesión, a pesar de tener una tramitación completamente distinta a la de estos juicios.

La Ley de enjuiciamiento Civil de 1855 ((en adelante, e indistintamente LEC. 1855) constituye un cambio fundamental en la estructura del procedimiento. En tanto, se entendió que todos los interdictos constituían juicios sumarios, y en conformidad con lo antes mencionado, considerando la denuncia de obra nueva como un interdicto, se le dio esa tramitación³⁸.

El juicio sumario se substanciaba brevemente, sin las solemnidades de un procedimiento ordinario, en ciertos casos inclusive sin la citación de la parte contraria, con una justificación semi plena de los hechos y una sentencia que se cumplía de forma inmediata, concediendo la apelación en el solo efecto devolutivo, mientras que el juicio plenario recibía su denominación por substanciarse “por el método y términos del juicio ordinario con pleno conocimiento de causa y con la prueba completa de la posesión y de sus calidades”³⁹.

En esta nueva regulación, se dejan de lado varias disposiciones establecidas en Las Partidas, junto con la interpretación y aplicación que fue desarrollada gracias a la labor de los glosadores. En específico, se omite cualquier mención a un examen previo de mérito o admisibilidad para dar lugar a la suspensión. Así, el artículo 738 de la LEC 1855 establece que “presentada que sea demanda para la suspensión de cualquiera obra nueva, la decretará el Juez provisionalmente”, redacción que llevó a los intérpretes a considerar que era imperativo ordenar dicha paralización sin atender a factores adicionales a la solicitud. De esta forma, el juicio pasa a tomar tener por objeto el alzamiento o ratificación la suspensión.

También se omite el plazo máximo de tres meses de duración de la suspensión y la consagración de alguna figura que garantice la seriedad de la denuncia. Finalmente, el otorgamiento de una fianza para continuar la ejecución de los trabajos sufre una fuerte limitación, en tanto, solo se permite cuando la sentencia se encuentra ejecutoriada y bajo condiciones muy calificadas.

Por otro lado, como incorporaciones relevantes de este cuerpo legal podemos mencionar en primer lugar, que la resolución que ordena la suspensión incluiría también la citación de las partes a un juicio verbal⁴⁰, y que, si el juez lo estimare necesario, podrá realizar una inspección personal en el lugar de la obra y también nombrar perito para que le acompañe⁴¹.

Otra mención importante se encuentra en el artículo 741, que consagra que “entre el juicio y la diligencia de inspección no podrán mediar más que tres días” y que el juez dictará sentencia dentro de los tres días siguientes a la celebración del juicio o de la inspección si esta hubiese tenido lugar.

Sobre el régimen de recursos, el artículo 742 establece que si la paralización no se ratifica la apelación procede en ambos efectos, manteniendo así la medida durante la tramitación en segunda

³⁸ *Ibíd.* 371p.

³⁹ *Op. cit.* CLARO SOLAR, L.433p.

⁴⁰ LEC 1855 artículo 738.

⁴¹ *Ibíd.* Artículo 739.

instancia, mientras que según el artículo 744, si la suspensión es ratificada, es apelable en el solo efecto devolutivo.

El artículo 745 contempla el otorgamiento de una fianza para autorizar la continuación de una obra suspendida, sin embargo, eso se limita exclusivamente al supuesto de una sentencia ya ejecutoriada. El juez accederá a la solicitud si de la suspensión se siguieren grandes perjuicios y si considera que la caución ofrecida es suficiente para responder de posibles perjuicios y costos de demolición que se pudiesen ordenar por sentencia. La providencia que resuelva dicha solicitud será apelable en ambos efectos⁴².

Adicionalmente, el artículo 747 establece que no se concederá autorización para continuar una obra suspendida sin que al tiempo de hacer la solicitud se deduzca también una demanda para que se declare el derecho a continuar dicha obra, la que seguiría en adelante la tramitación de un juicio ordinario. De esta manera, “lo que antes se resolvía en el marco de un juicio, ahora se dividía en dos, uno sumario y otro plenario, versando el primero sobre la necesidad de mantener la paralización y el segundo sobre el derecho de fondo”⁴³.

La regulación comentada se mantuvo de forma muy similar en el tratamiento realizado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en sus artículos 1663 a 1675. Y a pesar de los breves plazos de tramitación establecidos por estas leyes, en la práctica estos juicios se extendían mucho más allá de lo prescrito, especialmente por la realización de las diligencias probatorias como la inspección personal del tribunal o el informe de peritos⁴⁴. Si consideramos además que el alzamiento de la suspensión se concedía solo bajo condiciones muy calificadas, se hace más clara la posición desventajada en que se dejaba al denunciado, quien se enfrentaba a una suspensión que no tenía límite de duración y que podía ser decretada sin mayor análisis del mérito de la denuncia.

2.4. Codificación en el sistema chileno.

Los ordenamientos antes estudiados fueron inmensamente determinantes para moldear el tratamiento de la denuncia de obra nueva en el sistema nacional, influenciando numerosos aspectos, tales como su denominación, categorización e inclusive los trámites previstos en el procedimiento.

En el caso de la legislación española, no solo hay que considerarla una fuente inspiradora, sino que constituyó derecho vigente en nuestro territorio, tanto en la época de la monarquía donde formaba parte del denominado “derecho indiano”, como parte del derecho nacional en los albores del país como un estado independiente, salvo en lo que se opusiera a las nuevas leyes dictadas por la república.

⁴² *Ibíd.* Artículo 746.

⁴³ *Op. Cit.* HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 372p.

⁴⁴ *Ibíd.* 382p.

Teniendo ya claridad sobre la evolución de la figura en estas fuentes, pasaremos a revisar el génesis de la regulación en el derecho patrio.

i. Código Civil.

En el caso de la codificación civil, las leyes romanas y las Partidas sirvieron como precedentes para la redacción de la figura tanto en el Proyecto del Código Civil de 1853 como en el texto definitivo de 1855⁴⁵. Si bien el *Code Civil* francés de 1804 es sin duda influyente en la obra de Bello, esta influencia se manifiesta principalmente en materias de contratos y obligaciones, y no tiene una incidencia tan considerable en el libro segundo del Código Civil o en la institución en estudio⁴⁶. En general, Bello no siguió el *Code* como fuente principal, siendo más fiel al derecho romano y a la legislación castellana⁴⁷, expresando que especialmente las Siete Partidas encierran lo mejor de la jurisprudencia romana, justificando de esta forma el alcance restringido que la codificación tendría en cuando a innovaciones⁴⁸.

Se advierte que Bello optó por separarse de la tradición de juristas hispanos de llamar “interdictos” a estas acciones, denominándolas en cambio “acciones posesorias”⁴⁹, consagrando que estas acciones tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos. Adicionalmente, trata algunas acciones posesorias especiales, entre las que se encuentra la denuncia de obra nueva, y que parecen diferir del propósito antes establecido. Al respecto, Claro Solar ha mencionado que muchas de estas acciones “miran más que a la posesión, al ejercicio del derecho de propiedad y establecen restricciones o limitaciones a este ejercicio, a fin de evitar los daños o conflictos que la libertad de goce de los propietarios pudiera ocasionar”⁵⁰.

Asimismo, el codificador utiliza la locución “denuncia”, siguiendo el nombre de la figura en el derecho romano e incluye en sus primeros manuscritos anotaciones que se remiten a la regulación de la *operis novi nuntiatio* en el Digesto⁵¹. Por otra parte, en lo que respecta a su categorización como una acción posesoria especial, este tratamiento es una consecuencia de la “evolución experimentada por la denuncia de obra nueva en el derecho intermedio, y particularmente en Francia, donde se produjo una progresiva aproximación entre la denuncia de obra nueva y las acciones posesorias”⁵².

⁴⁵ Op. cit. CLARO SOLAR, L. 493p.

⁴⁶ SOSA RIED, M. 2004. La influencia del código civil francés en el código civil chileno en materia de bienes y propiedad. En: Cuadernos de extensión jurídica N°9. El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Santiago, Universidad de los Andes. pp. 69-79.

⁴⁷ Cuadernos de extensión jurídica N°9. El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. 2004. Por Alejandro Guzmán Brito “et al”. Santiago, Universidad de los Andes. 13p.

⁴⁸ GUZMÁN BRITO, A. 1982. Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile. 415 p.

⁴⁹ BARRIENTOS, J. 2016. El Código Civil: su jurisprudencia e historia: edición crítica, concordada, comentada y anotada. Santiago, Thomson Reuters. 1066p.

⁵⁰ Op. cit. CLARO SOLAR, L. 486p.

⁵¹ Op. cit. BARRIENTOS, J. 1081p.

⁵² Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 361p

Cabe destacar que en estos primeros borradores y proyectos se incluían normas procesales, en algunos casos en anotaciones y en otros directamente en la redacción, indicando que estas acciones debían juzgarse sumariamente e inclusive fijando los efectos de la apelación de la sentencia. Sin embargo, esto sería eliminado durante el curso de los trabajos de la comisión revisora, de manera que ya no aparecía en el proyecto inédito. Aquello, “probablemente porque se consideró que su sede propia era la del Código de enjuiciamiento, tal como observó también la Ilma. Corte de Apelaciones al referirse a aquel artículo: ‘Este artículo parece que corresponde al Código de Procedimientos’”⁵³

El texto definitivo del Código Civil trata la denuncia de obra nueva en el título XIV del libro segundo, denominado “de algunas acciones posesorias especiales”.

El inciso primero del artículo 930 fija la regla general sobre qué obras nuevas pueden ser denunciadas, estableciendo que “el poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión”. La regla es restringida en los incisos segundo y tercero del artículo, que declara como no denunciables las “obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc.”, y los “trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, acequias, cañerías, etc.”. Por otro lado, la aplicación de la denuncia es ampliada en el artículo 931, el que se refiere a obras que son denunciables, a pesar de no estarse construyendo en el suelo en posesión del denunciante.

Adicionalmente, limitando otra vez esta regla, el artículo 947 consigna que “las acciones concedidas en este título no tendrán lugar contra el ejercicio de servidumbre legítimamente constituida”.

ii. Código de Procedimiento Civil.

En oposición a la concepción general, el jurista e historiador Bernardino Bravo Lira propone que el proceso de codificación comenzó en nuestro país antes del Código Civil de 1855, y que habría generado sus primeros frutos en 1837, teniendo por objeto materias de derecho procesal e impulsado por el trabajo de Mariano Egaña, en tanto, a él se debe el primer proyecto de Código de Procedimiento Civil, realizado el año 1835⁵⁴. Esta obra que si bien no llegó a ser sancionada como un todo, fue promulgada parcialmente como leyes en 1837, las que son conocidas como “Leyes Marianas”, en honor a su autor.

La tercera parte de este proyecto trataría de los procedimientos especiales y específicamente el título IX correspondía a los “juicios sumarios de posesión”, dividido a su vez en dos secciones, una dedicada a los interdictos posesorios y otra a la denuncia de obra nueva. A juicio del mismo Egaña una de las principales ventajas del proyecto era que establece “reglas seguras para no dar

⁵³ Op. cit. BARRIENTOS, J. 1065p.

⁵⁴ BRAVO LIRA, B. 1983. Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal. Revista chilena de historia del derecho, (9):191-210.

cabida a entorpecimientos y demoras; refrena y castiga la malicia de los litigantes; e indemniza al litigante honrado a costa de su injusto contendor”⁵⁵. Sin embargo, no habiéndose publicado la segunda y tercera parte de la obra, no es posible conocer la redacción propuesta para la denuncia de obra nueva y si las ventajas promocionadas se manifestaban en ese texto.

Hasta la dictación del Código de Procedimiento Civil de 1902, la legislación procesal aplicable en la materia era el título XXXII de la Tercera Partida. Sin embargo, en su aplicación se prescindió del trabajo realizado por los interpretes españoles, siguiendo el solo texto de las Partidas, que resultaba más propio de un sistema privado de denuncia, donde no se requería que el denunciante fundamentara mayormente su denuncia y no existía un control de admisibilidad⁵⁶.

También se puede observar que en dicho periodo existió una gran dispersión de opiniones doctrinarias sobre la tramitación de la denuncia, lo que se manifiesta también en la jurisprudencia de la época, donde es posible encontrar una considerable variedad de tramitaciones. Así, por ejemplo, se mencionaba que el juicio se iniciaba por una demanda en la cual se solicitaba la suspensión, que era decretada por el juez y notificada al denunciado, quien podía oponerse a la paralización con una contestación, dando paso al inicio de un juicio ordinario donde se determinaría el derecho de las partes. También se contemplaba que el denunciado podía apelar la resolución que ordenaba la suspensión, pero en el solo efecto devolutivo. Esta situación deja en claro un estrecho vínculo entre la denuncia y el juicio declarativo posterior, de forma que la suspensión decretada se extendería hasta la dictación de la sentencia en el procedimiento ordinario⁵⁷.

Una materia que fue objeto de discusión doctrinaria en este periodo fue la aplicación del tope de tres meses para la duración de la suspensión y la posibilidad de que una vez cumplido dicho plazo, se permita otorgar una caución para continuar con los trabajos. Sin embargo, muchas sentencias de la época aceptaron estas medidas, algunas inclusive permitiendo que se caucionara antes de los tres meses. En cuanto al trabajo jurisprudencial, también se puede destacar que a pesar de no encontrarse consagrado un examen de admisibilidad de la denuncia, muchas sentencias negaron la suspensión por no existir mérito suficiente en base a los antecedentes presentados y otras la negaron porque no se configuraba que la obra tuviese el carácter de denunciante, según lo establecido por la regulación del Código Civil⁵⁸.

El procedimiento que se consagró finalmente es extremadamente similar al de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, apartándose completamente del esquema vigente en Chile hasta ese momento. Algunas de las diferencias con la regulación española corresponden a la supresión de la inspección personal del tribunal, inclusión de la prueba testimonial, obligación de condenar en costas en la sentencia, posibilidad de ordenar la demolición de la obra en el fallo y algunas medidas que

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Op.cit.* HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 368p.

⁵⁷ *Ibíd.* 364-366p.

⁵⁸ *Ibíd.* 367-370p.

buscaban que el juicio sea más expedito, como establecer que el dictamen del perito será expedido dentro del breve plazo señalado por el tribunal y especificar que la audiencia deberá tener lugar al quinto día hábil después de la notificación al demandado.

Si bien la redacción plasmada en nuestro código sigue muy de cerca la de la LEC 1855, a veces incluso textualmente, una divergencia sumamente relevante es que la ley española hace procedente la suspensión respecto de “cualquiera obra nueva”, mientras que el Código de Procedimiento Civil lo restringe a “una obra nueva denunciante”, guiándose por lo establecido en el Código Civil. Decisión que es consciente y responde al propósito de limitar la aplicación de esta acción y evitar su instrumentalización abusiva⁵⁹.

El texto definitivo del título IV del libro tercero, denominado “de los interdictos”, parte haciendo equivalentes las expresiones “interdictos” y “juicios posesorios sumarios”. Un primer párrafo trata las definiciones y reglas generales aplicables a estos juicios; el segundo se refiere a las querellas posesorias en particular, regulando las querellas de amparo, restitución y reconocimiento; el tercero, se refiere al procedimiento de la denuncia de obra nueva y también trata la denuncia de obra ruinosa y los interdictos especiales.

3. EL PROCEDIMIENTO DE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA.

Este procedimiento se encuentra reglado de manera específica en los artículos 565 y siguientes del Libro III “Procedimientos Especiales” del Código de Procedimiento Civil.

A diferencia de lo ocurrido con las querellas posesorias, donde el legislador establece requisitos formales específicos para la presentación de las demandas, nada se ha mencionado sobre la acción en estudio, en razón de aquello se ha señalado que “en la redacción de una denuncia de obra nueva, no habrá más remedio que ajustarse a las prescripciones generales, o sea, a los requisitos contenidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en virtud de los preceptuado en el artículo 3º de este Código”⁶⁰.

Interpuesta la denuncia y cumpliendo esta con los requisitos legales, el juez debe dictar una resolución de carácter complejo, cuyos requisitos se contemplan en el artículo 565 del código en comento. Esta debe contener las siguientes indicaciones: i) ordenar la suspensión provisional de la obra, ii) ordenar tomar razón del estado y circunstancias de la obra, iii) se dicta bajo apercibimiento del denunciado de demoler o destruir lo que continúe construyendo, iv) Se cita a las partes a audiencia al quinto día hábil de practicada la notificación de la denuncia, en la cual deberán presentar documentos y demás medios de prueba en que funden sus pretensiones.

Una de las particularidades de este procedimiento es que la suspensión provisional de la obra no requiere la notificación del denunciado; basta notificar a quien dirija o esté ejecutando la obra

⁵⁹ Ibíd. 379p.

⁶⁰ Op. cit. CASARINO VITERBO, M. 21p.

(art. 566 del CPC). La notificación a quien dirige o ejecuta la obra, puede realizarse personalmente o por cédula, mientras que en el caso del denunciado, se le debe notificar personalmente, a fin de emplazarlo al juicio. Es la primera notificación mencionada la que tiene por objeto dar cumplimiento a la orden de la suspensión de la obra, sin importar el estado de la segunda notificación⁶¹.

El denunciado –atendido el apercibimiento antes indicado–, previa autorización del juez puede ejecutar actos de mera conservación (art. 567 del CPC), pudiendo únicamente realizar aquellos absolutamente indispensables para que no se destruya lo edificado.

Tratándose de una audiencia de contestación y prueba, la oportunidad para suministrar los medios probatorios es en el comparendo mismo, sin embargo, el legislador ha hecho especial mención tres medios de prueba. En el caso de los documentos, deberán presentarse al final de la referida audiencia; la prueba de testigos se sujetará a las mismas normas fijadas en la querrela de amparo, correspondiendo que el denunciante acompañe la lista de testigos en su escrito de denuncia y que el denunciado lo haga antes las doce de la tarde del día anterior al que se ha fijado para la audiencia; finalmente, establece que si alguna de las partes lo pide, y en concepto del tribunal resultan necesarios conocimientos periciales, se oír el dictamen de un perito, el que será expedido dentro de un breve plazo señalado por el Juez (arts. 551, 554 y 568 del CPC).

El artículo 569 establece que “concluida la audiencia o presentado que sea el dictamen del perito, en su caso, el tribunal citará a las partes a oír sentencia, la que deberá dictar en el plazo de los tres días subsiguientes.” La sentencia puede acoger la denuncia, ratificando la suspensión provisional oportunamente decretada, transformando la suspensión provisional en definitiva o rechazarla, mandando alzar la suspensión provisional y así “haciendo desaparecer el obstáculo legal que impidió al denunciado continuar con la ejecución de su obra”⁶². En todo caso, la sentencia llevará condenación de costas (art. 569 inc. 5° CPC).

Igualmente, se permite que, a petición de parte, el tribunal ordene en la misma sentencia la demolición, cuando estime que el mantenimiento aún temporal de la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante y dé éste suficiente caución para responder por los resultados del juicio ordinario (art. 569 inc. 3° CPC).

El inciso 2° del art. 569 además establece la reserva de la acción ordinaria por el solo ministerio de la ley, si se rechaza la acción, para que el denunciante pueda hacer demoler la obra o, si se decreta la suspensión definitiva, para el denunciado para que se declare su derecho de continuar con la obra. Esto deja de manifiesto que la denuncia no tiene “otro fin que la paralización de los trabajos de la obra nueva iniciada, manifiestamente perjudicial al denunciante. En ella no se resuelve sobre el derecho que tenga o no el ejecutor de la obra, sino que sobre el hecho de la suspensión o no

⁶¹ *Ibíd.* 22p.

⁶² *Ibíd.*

suspensión de los trabajos, hasta que se resuelva sobre el derecho que tenga o no a su ejecución, en el juicio correspondiente”⁶³.

El artículo 570 dispone que si se ratifica la suspensión de la obra, el vencido puede continuarla siempre que cumpla con las siguientes condiciones de carácter copulativas: i) acreditar que de la suspensión de la obra se le siguen graves perjuicios (art. 570 inciso 1°); ii) dar caución suficiente para responder de la demolición de la obra y de la indemnización de los perjuicios que de continuarla puedan seguirse al contendor, en caso que a ello sea condenado por sentencia firme (art. 570, inciso 2°); y, iii) deducir, al mismo tiempo de pedir dicha autorización, demanda ordinaria para que se declare su derecho de continuar la obra (art. 570, inciso 3°). La acreditación de los perjuicios generados por la suspensión y la calificación de la caución serán materia de un incidente.

En cuanto a los recursos, existen reglas de aplicación general para los interdictos posesorios, regulando de manera especial la interposición del recurso de apelación, contemplando que las apelaciones en los juicios posesorios se concederán en el sólo efecto devolutivo salvo norma en contrario o que se trate del fallo que no dé lugar al interdicto; tramitándose según las reglas establecidas para los incidentes (art. 550 del CPC). Una regla específica de la denuncia de obra nueva, establece que la sentencia que ordene la demolición será apelable en ambos efectos (art. 569 inc. 4° del CPC).

De esta forma, si la sentencia rechaza la denuncia, el recurso se concederá en ambos efectos, y la orden de alzar la suspensión no podrá cumplirse estando pendiente la apelación, por consiguiente, la suspensión provisional de la obra, continuará en plena vigencia.

En el caso de la sentencia definitiva de segunda instancia, son procedentes los recursos de casación en la forma y en el fondo, que no suspenden la ejecución de la sentencia y donde no se permite solicitar fianza de resultas, por excluirlo el artículo 773 inciso 2° para las sentencias dictadas en juicios posesorios.

⁶³ Op. cit. CLARO SOLAR, L. 488p.

CAPITULO II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA OBRA.

Si analizamos la estructura tradicional del proceso civil, por regla general, la protección jurídica es solicitada a través el ejercicio de una acción ante un órgano jurisdiccional, el cual en caso de verificar la concurrencia de los presupuestos legales pertinentes la otorgará mediante el pronunciamiento de una sentencia que acoja la acción, volviéndose la protección jurídica efectiva una vez que se ha requerido y concedido el cumplimiento del fallo.

Por la forma en que están planteados los procedimientos judiciales, ya sea en un proceso declarativo o de ejecución puede transcurrir un tiempo considerable antes de que el juez dicte la sentencia que resuelva el conflicto puesto en su conocimiento, ya sea por las exigencias mismas de los juicios, la saturación del sistema judicial y la actividad o inactividad de las partes o de terceros vinculados al proceso. En razón de aquello, se ha llegado a concluir que “la dilación, retraso o demora en la resolución del litigios es un mal endémico del proceso civil”⁶⁴. Esta demora puede derivar en perjuicios para los usuarios del sistema judicial e inclusive hacer ilusoria la ejecución del fallo, y es por esto que se han desarrollado mecanismos que permiten a los órganos jurisdiccionales adelantar la tutela jurídica, de manera parcial o total, otorgando una protección rápida a los sujetos judiciales. Esta protección se realiza a través de la tutela jurisdiccional provisional, la que es definida como “aquella que tiene por objeto proteger y defender, en forma expedita y eficaz, los derechos de los justiciables, cuyos efectos se encuentran condicionados a la obtención de una tutela de carácter definitivo”⁶⁵.

Uno de estos mecanismos corresponde a los denominados “procesos de urgencia o sumarios”, que actúan principalmente sobre el componente temporal del proceso, reduciendo su duración. Bajo este supuesto, se logra responder a los intereses de los justiciables, “mediante una solución obtenida en forma rápida, pero con sacrificio de una posibilidad más amplia de discusión”⁶⁶, donde se establecen limitaciones que pueden afectar a las alegaciones de las partes, el objeto de prueba, los medios probatorios, las impugnaciones, etc. La restricción del conocimiento jurisdiccional es un rasgo fundamental de estos procesos y aquello repercute en el alcance del efecto de cosa juzgada de la sentencia, puesto que no se trata de una cognición plena, la cosa juzgada tampoco puede ser completa⁶⁷. En consecuencia, si bien este juicio puede finalizar con una sentencia definitiva, esta no adquiere inmutabilidad y siempre cabe una eventual revisión del conflicto en un nuevo procedimiento.

⁶⁴ MARÍN GONZÁLEZ, J. C. 2004. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno: (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado). Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 33p.

⁶⁵ POZO FERNÁNDEZ, F. 2014. La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 26p.

⁶⁶ CORTEZ MATCOVICH, G. 2020. La tutela cautelar en el proceso civil [en línea] Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2016/42070441/v1> [consulta: 30 de octubre de 2023]

⁶⁷ *Ibid.*

Que a una sentencia definitiva le asista únicamente el efecto de cosa juzgada formal corresponde a una situación de excepción, que se puede producir, por ejemplo, a causa de la singularidad del procedimiento usado, donde por motivos de justicia o de economía procesal se permite que se examine nuevamente un tema ya decidido, dando inicio a un nuevo juicio. Atribuir eficacia de cosa juzgada formal a las decisiones dadas en los juicios sumarísimos es una tónica procesal muy antigua y la explicación a esta propuesta obedece a razones técnicas, en tanto, este tipo de procesos carece de un contradictorio adecuado, que permita a las partes discutir con amplitud sobre el derecho controvertido, cerrando el debate de forma permanente y que esta sumariedad aumenta el riesgo de un posible error judicial en la decisión. Considerando que la cosa juzgada material es la certeza plena que se reconoce a una decisión, sería lógico que no se pueda conseguir en estos juicios, sino que en aquellos donde la actividad de discusión y prueba es plena, disminuyendo al máximo las posibles equivocaciones judiciales⁶⁸. Pese a lo señalado, cabe tener presente que el pronunciamiento recaído en un proceso sumario tiene la aptitud de convertirse en una decisión permanente, y que esto generalmente ocurre en la práctica⁶⁹, bastando para aquello con que el afectado no tenga interés en incoar un proceso ordinario ulterior⁷⁰. En razón de esto se entiende que el carácter provisorio del proceso sumario no está asociado a una relación instrumental o accesoria a un procedimiento ordinario donde se pronuncie una sentencia inmutable, ya que, “la providencia provisoria, en este caso, no se produce en espera de la providencia definitiva; sino más bien, en espera de la falta de la misma”⁷¹.

El tiempo también se posiciona como factor relevante en la creación de los denominados “juicios especiales”, que son “establecidos para resolver sobre pretensiones que tienen un objeto específico y determinado”⁷². A través de estos se busca evadir la aplicación del juicio tipo de lato conocimiento por considerar que “determinadas controversias jurídicas requieren una protección jurisdiccional más rápida y, por ello, más acorde a sus particularidades”⁷³. Desde la perspectiva de la tutela jurídica, debemos considerar que el derecho de propiedad se manifiesta por medio de la posesión y que por la sola circunstancia de constituir aquella un hecho realizado, se beneficia con una protección a lo menos provisional⁷⁴. En consecuencia, “para mantener esa situación, que es una fácil y eficaz garantía de la propiedad, se han reconocido al poseedor los interdictos o acciones posesorias, a fin de que le sea respetado la posesión, o se le restituya en ella, si hubiere sido despojado de la cosa objeto de la posesión; es éste, por lo mismo, uno de los grandes beneficios de

⁶⁸ ROMERO SEGUEL, A. 2002. La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 29-31p

⁶⁹ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 212p

⁷⁰ Op. cit. CORTEZ MATCOVICH, G. La tutela cautelar en el proceso civil.

⁷¹ CALAMANDREI, P. 2018. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Santiago, Ediciones Olejnik. 39p.

⁷² BESSER VALENZUELA, G; CORTEZ MATCOVICH, G. e HIDALGO MUÑOZ, C. 2020. Procedimientos civiles especiales [en línea] Disponible en <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2020/42876483/v1> [consulta: 30 de octubre de 2023]

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Op. cit. CLARO SOLAR, L. 424p.

la posesión”⁷⁵. Esta protección, procura al propietario de “remedios complementarios de utilidad práctica evidente, porque si la protección posesoria no existiera, el propietario para rechazar toda invasión, toda turbación posesoria, debería necesariamente basarse en su derecho de propiedad y suministrar la prueba de éste con las dificultades que le son inherentes”⁷⁶.

Los interdictos posesorios son juicios breves y concentrados, en tanto, su tramitación se reduce a la presentación de la demanda, a la celebración de un comparendo de contestación y de prueba y al pronunciamiento de la sentencia⁷⁷. Adicionalmente, tienen preferencia para su fallo, ya que, el juez debe emitir su decisión una vez concluido el comparendo o dentro de los tres días siguientes. En segundo lugar, podemos categorizarlos como “procedimientos declarativos de condena”, en tanto, en el caso de acogerse la demanda, “se impone al demandado la obligación de cesar y abstenerse de ejercer los actos perturbatorios, o en otros casos, le conmina al demandado reintegrar la posesión del bien del cual ha sido injustamente desalojado”⁷⁸. En estos juicios se prescinde de la determinación de que el poseedor se encuentre realmente investido del derecho de propiedad, por lo que el debate “queda limitado a determinar si el actor posee, si el demandado ha ejecutado actos de despojo o perturbación de dicha posesión y si la acción se ejerció oportunamente, con exclusión de toda discusión sobre el derecho a poseer, su existencia y titularidad”⁷⁹, y en consecuencia, al juez solamente le toca garantizar la posesión del inmueble frente a actos que pretendan perturbarla, arrebatarla o que ya hayan logrado ese efecto. Finalmente, como ya fue adelantado, las sentencias que recaen en estas acciones únicamente producen el efecto de cosa juzgada formal. La posibilidad de modificar lo resuelto en un procedimiento posterior surge porque esta forma de protección no conlleva un pronunciamiento sobre el fondo, como sería “el derecho de dominio, objeto que se dilucida con la acción reivindicatoria, que se tramita en un juicio de lato conocimiento. Dicho de otra forma, la protección interdictal o sumarísima puede ser imperfecta por su propia estructura, de ahí que lo lógico es que se admita su revisión en un juicio posterior, incluso estableciendo una conclusión diversa de la que determinó la sentencia pronunciada en el interdicto”⁸⁰.

En el caso de la denuncia de obra nueva, es posible visualizar como dos mecanismos de tutela provisional diferenciados coexisten en la solución de un conflicto. Por una parte, en el tipo de procedimiento, que corresponde a un juicio de urgencia o sumario, y por otra, en la medida de suspensión provisional de la obra denunciada que se contempla al inicio de este juicio, providencia que está destinada a durar solamente hasta que se produzca la decisión definitiva sobre la denuncia, cualquiera sea el sentido en que se resuelva, momento en que se agotará por haber cumplido su finalidad. Así, es posible trazar una clara distinción entre el juicio sumario especial donde se resuelve

⁷⁵ *Ibid.* 423p.

⁷⁶ *Ibid.* 424p.

⁷⁷ *Op. cit.* CASARINO VITERBO, M. 13p

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Op. cit.* BESSER VALENZUELA, G; CORTEZ MATCOVICH, G. e HIDALGO MUÑOZ, C.

⁸⁰ *Op. cit.* ROMERO SEGUEL, A. 2002. La cosa juzgada en el proceso civil chileno. 32p

el asunto controvertido mediante la dictación de una sentencia definitiva y la medida de suspensión provisional que tiene una relación instrumental con el interdicto.

Hecha esta diferenciación, y habiendo caracterizado el contexto en el que opera la providencia de suspensión provisional, pasaremos a abordar la cuestión de la naturaleza jurídica de la medida en específico. Buscar la naturaleza jurídica de una institución “consiste en determinar si esta ofrece entidad propia, o bien si se integra y cómo en otras instituciones o en otros conceptos más generales”⁸¹. Ejercicio que resulta útil tanto desde la perspectiva del estudio del Derecho como en la aplicación del mismo, ya que sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta, ayuda a elegir factores de decisión y para reconocer y aplicar el derecho supletorio⁸². Esta última función resulta esencial para buscar soluciones a problemáticas que no estén expresamente resueltas por el legislador, ya que ante una laguna, el jurista debe “efectuar una movilización expansiva del ordenamiento jurídico, tendiendo a subsanarla y suplirla”⁸³.

En la doctrina y jurisprudencia nacional encontramos distintas calificaciones para la suspensión provisional de la obra denunciada, siendo las más recurrentes que ella corresponde a una de las manifestaciones de la tutela anticipada en nuestro sistema o que se trata de una medida cautelar. A continuación, revisaremos de forma general aquellas dos instituciones, analizando sus características, elementos y presupuestos, para luego determinar si existe una coincidencia o afinidad con la medida en estudio y precisar finalmente su naturaleza jurídica.

1. LA TUTELA CAUTELAR.

Esta tutela no apunta a obtener una resolución más rápida para el conflicto, sino que tiene por propósito asegurar el resultado práctico de la acción, impidiendo que la duración del proceso ponga en peligro el reconocimiento del derecho y reste eficacia al fallo. En ese sentido, se enfoca en “la supresión de actos atentatorios contra la efectividad de la sentencia que, con ocasión de la pendencia del proceso, se pueden perpetrar”⁸⁴. La nomenclatura usualmente utilizada al tratar esta materia corresponde a “providencias” o “medidas cautelares”, ya que no se podría hablar de un “proceso cautelar”, en tanto, “el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado”⁸⁵.

Las medidas cautelares son instrumentales, ya que se encuentran siempre preordenadas “a la emanación de una posterior sentencia definitiva, cuyo resultado práctico tienden a asegurar”⁸⁶, y

⁸¹ HERNANDEZ GIL, A. 1983. Derecho de obligaciones. Nueva edición. Madrid, Ceura. 277p.

⁸² CORRAL TALCIANI, H. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho. 34 (1): 23 – 40.

⁸³ LOIS ESTEVEZ, J. 1956. Sobre el concepto de naturaleza jurídica. Anuario de filosofía del Derecho (4): 159-182. 172p.

⁸⁴ Op. cit. CORTEZ MATCOVICH, G. La tutela cautelar en el proceso civil.

⁸⁵ Op. cit. CALAMANDREI, P. 32p.

⁸⁶ *Ibid.*

jamás pueden constituir un fin en sí mismas. A diferencia de lo ya revisado en el caso de los procesos de urgencia o sumarios, las providencias cautelares “jamás pueden otorgar una solución definitiva del problema. La resolución que concede una medida cautelar, del tipo que fuere, nunca podrá adoptar la naturaleza de una sentencia definitiva”⁸⁷. Y si bien la tutela cautelar es una institución claramente diferenciada de los procesos de urgencia o sumarios, es claro que no existe inconveniente en que ambas puedan coexistir en la solución de un conflicto⁸⁸.

Sus efectos son provisorios, de forma que estos operan solamente hasta que sobrevenga un evento sucesivo, como puede ser la dictación de la sentencia definitiva, el término del proceso mediante un mecanismo autocompositivo, el cambio de las circunstancias que justificaron su otorgamiento, que se rinda caución suficiente, etc. Sobre este tercer supuesto, es necesario tener en cuenta que durante el proceso, estas medidas pueden alterarse en el evento que se modifique la situación de hecho que sirvió como respaldo de su concesión, aquello en cuanto se les pueden considerar como emanadas de la cláusula “*rebus sic stantibus*” y en consecuencia, “siempre que una medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria, la misma autoridad que ha dictado la providencia podrá a través de una nueva cognición sumaria modificarla o revocarla, si mientras pende el juicio principal se han verificado nuevas circunstancias que aconsejen que no continúe la relación cautelar originariamente constituida”⁸⁹. Lo dicho también opera como fundamento para reiterar una solicitud para la concesión de una medida antes rechazada.

Otros aspectos distintivos de estas providencias, es que deben ser proporcionales e idóneas. Bajo el principio de la proporcionalidad, se busca “que los jueces ponderen las consecuencias que puede producir la concesión de una medida cautelar para el demandado y otorguen solo aquellas que sean necesarias para asegurar la efectividad de la pretensión deducida en juicio, ocasionando el menor perjuicio al sujeto pasivo”⁹⁰. Mientras que la idoneidad se refiere a que la medida sea adecuada o apropiada para el fin de garantizar la efectividad de la tutela requerida⁹¹, lo que resulta sumamente relevante, en cuanto, “una medida que no fuera idónea causaría daños al sujeto pasivo de la misma, sin evitar ninguno de los daños que podría sufrir el demandante y, por lo tanto, no contribuiría en nada a minimizar los daños esperados en las circunstancias que se están estudiando. De la misma forma, una medida que no fuera idónea afectaría los derechos del sujeto pasivo de la medida, sin garantizar los derechos de demandante, y por lo tanto sería una medida injustificada constitucionalmente”⁹².

⁸⁷ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 212p.

⁸⁸ MATURANA MIQUEL, C. 2016. Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 31p.

⁸⁹ *Ibíd.* 14p.

⁹⁰ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 34p.

⁹¹ Op. cit. MATURANA MIQUEL, C. 12p.

⁹² *Ibíd.* 13p.

Por último, cabe mencionar que “las medidas cautelares se conceden por cuenta y riesgo de quien la solicita”⁹³, de forma que su concesión puede generar responsabilidad para el requirente, en razón de que su imposición puede derivar en daños y perjuicios para el demandado en caso de no dictarse una sentencia favorable al actor⁹⁴. Uno de los mecanismos contemplados para hacer efectiva esta responsabilidad consiste en la exigencia de una contracautela como condición previa al otorgamiento de estas medidas, caución que tiene el fin de “garantizar pecuniariamente los perjuicios que podrían producir a quien se le imponga la medida cautelar”⁹⁵.

En el ordenamiento procesal civil chileno, las medidas cautelares recibieron una temprana regulación a propósito del juicio ordinario de mayor cuantía. La reglamentación general y unitaria de estas medidas se encuentra en los artículos 290 al 302 del CPC, bajo el epígrafe denominado “de las medidas precautorias”⁹⁶, su importancia radica además en que, de conformidad con lo establecido por el artículo 3º del mismo código, tiene aplicación subsidiaria respecto de aquellos procedimientos que no cuenten con una reglamentación especial diversa. Es en esta normativa que podemos encontrar los principios y características más importantes en el desarrollo de la tutela cautelar en nuestro sistema, sin embargo, cabe señalar que existe un vacío importante cuanto al aspecto de la responsabilidad por la utilización de estas medidas, y que esta circunstancia configura una de las principales falencias en torno a esta materia en el ordenamiento nacional, puesto que, “por una parte, no existe una disposición legal que establezca positivamente esta responsabilidad como si acontece en otros ordenamientos jurídicos y, por la otra, los tribunales al conceder una medida cautelar no tienen por regla general la obligación de exigir que el actor otorgue una caución que garantice la indemnización de los eventuales perjuicios que la medida ocasione al demandado”⁹⁷, lo que lleva a que en la práctica, la responsabilidad que podría pesar sobre el actor tienda a diluirse.

Debemos destacar que como requisito esencial de la tutela cautelar nos encontramos con que ella debe ser decretada por un providencia o resolución judicial y no por parte del legislador, ya que es labor del juez en ejercicio de la función jurisdiccional la de examinar la concurrencia de los requisitos de cautela que hacen procedente su otorgamiento en el caso específico.

Como se explica por Calamandrei en una de sus destacadas obras y en la señera en la materia como es la *Introducción sobre el estudio sistemático de las providencias cautelares* la tutela cautelar no debe ser abordado desde un proceso cautelar sino que desde el prisma de una providencia cautelar, debido a que “el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado (veremos,

⁹³ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 222p.

⁹⁴ Op. cit. MATURANA MIQUEL, C. 14p.

⁹⁵ DÍAZ URIBE, C. 2009. Curso de Derecho Procesal Civil. Santiago, Legal Publishing. 420p.

⁹⁶ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 185p.

⁹⁷ *Ibíd.* 223p

por ejemplo, que, según los casos, el proceso que tiende a una providencia cautelar, puede ser ordinario o sumario)”⁹⁸

Respecto a la tramitación de la solicitud de una medida precautoria, consagrada en el artículo 302 del Código, tanto nuestra jurisprudencia como la mayoría de la doctrina sostienen que la solicitud debe resolverse de plano, sin dar traslado al demandado, y que el supuesto de tramitación incidental se refiere a las actuaciones posteriores que efectúe el demandado en contra de la medida otorgada⁹⁹. En su inciso segundo, el artículo establece que, si existen razones graves, el tribunal puede ordenar que las medidas se lleven a efecto antes de notificarse a la persona contra la cual se dirigen, configurando una excepción notable al principio de la bilateralidad de la audiencia. No obstante, dicha excepción “es de carácter transitorio, puesto que la resolución que concede la medida precautoria deberá ser notificada dentro del plazo que fija la ley o el mayor que establezca el tribunal, bajo la sanción de quedar sin efecto las medidas ejecutadas en virtud de esa resolución”¹⁰⁰.

Por último, nos referiremos brevemente a los presupuestos que justifican el otorgamiento de las medidas cautelares.

El primer presupuesto, denominado *fumus boni iuris*, se refiere a la apariencia o verosimilitud del derecho que se pretende en el proceso. Para otorgar la providencia cautelar no resulta suficiente con que el actor simplemente afirme la existencia de un derecho cautelable, sin embargo, tampoco es posible exigirle que “genere un estado de certeza respecto de la existencia de la pretensión, puesto que ello es requerido para la dictación de la sentencia definitiva que ha de pronunciar el juez para resolver el conflicto”¹⁰¹. Es por esto que se utiliza como estándar la verosimilitud de pretensión invocada, que no impone la rendición de una plena prueba, sino de un antecedente que demuestre algún principio de existencia del derecho que se reclama¹⁰², situándose a una zona intermedia entre la mera afirmación de un derecho y la convicción que se produce solo al momento de dictar el fallo. En nuestro sistema, para dar cumplimiento a este requisito, en el artículo 298 del CPC se establece como regla general que el demandante debe acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

El segundo requisito conocido como el *periculum in mora* se refiere al peligro de que, a causa de la demora en la dictación de la providencia definitiva, el derecho no logre ser satisfecho eficazmente, de esta manera, para concederse una medida cautelar se requiere la existencia de un peligro inminente de daño jurídico¹⁰³. A su vez, no basta con el simple temor del solicitante, sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente¹⁰⁴, lo que deberá ser acreditado por el

⁹⁸ Op cit. CALAMANDREI. C. 32.

⁹⁹ Op. cit. Maturana Miquel, C. 115p.

¹⁰⁰ Ibid. 116p.

¹⁰¹ Op. cit. Maturana Miquel, C. 20p.

¹⁰² Op. cit. Romero Seguel, A. La tutela cautelar en el Proceso Civil Chileno. 47p

¹⁰³ Op. cit. Marín González, J.C. 244p

¹⁰⁴ Romero Seguel, A. 2001. La tutela cautelar en el Proceso Civil Chileno. Revista de Derecho y Jurisprudencia. (2): 35-67. 43p

petionario y verificado por el juez que conoce de la causa principal, quien determinará en cada caso concreto si ocurre o no este peligro¹⁰⁵..

2. LA TUTELA ANTICIPADA.

En un caso de la tutela anticipada, lo pedido en la acción interpuesta por una de las partes se produce o es acogido con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia definitiva¹⁰⁶, recibe su denominación “precisamente porque importa un adelantamiento de la satisfacción de la pretensión del demandante, que en términos ordinarios debería quedar reservado para el momento de la dictación de la sentencia firme, e incluso más, para el instante del cumplimiento definitivo de lo resuelto”¹⁰⁷. Esta situación es una de las más excepcionales, en tanto, es un principio asentado que durante la tramitación de un juicio nada debe innovarse en él (“*lite pendente nihil innovetur*”), lo que está fundamentado razonablemente “en la incertidumbre que conlleva todo proceso, indecisión que solo se dilucida una vez que se dicta la sentencia definitiva, y más precisamente, una vez que ésta adquiere firmeza”¹⁰⁸. Sobre esta tutela extraordinaria, se ha afirmado que “su carácter distintivo es el otorgamiento del objeto de la pretensión en forma anticipada al pronunciamiento de la resolución definitiva, ya que en ninguna otra figura será posible encontrar este efecto”¹⁰⁹.

En nuestra legislación, el anticipo de tutela no ha recibido un tratamiento general, sino que solamente ha sido recogida en algunas instituciones aisladas, que encontramos dispersas en distintos cuerpos normativos, de manera que su utilización estaría condicionada a la existencia de disposiciones legales específicas que posibiliten el otorgamiento de dichas medidas.

Se consideran como algunas manifestaciones de la tutela anticipada en nuestro ordenamiento:

- a) La concesión de alimentos provisionales, prevista en el artículo 327 del Código Civil, que establece que mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria. Como requisitos para la concesión se debe acreditar el vínculo entre las partes, las facultades del alimentante y las necesidades del alimentario.
- b) La utilización anticipada de una servidumbre minera, contenida en el artículo 125 del Código de Minería, donde se indica que mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda ser obligado.

¹⁰⁵ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 246p

¹⁰⁶ Op. cit. DIAZ URIBE, C. 416p

¹⁰⁷ MENESES PACHECO, C. La ejecución provisional en el proceso civil chileno. En Revista Chilena de Derecho. 36 (1): 21 – 50. 2009. 41p.

¹⁰⁸ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 230p.

¹⁰⁹ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 64p.

- c) La aceptación provisional de la demanda en el juicio sumario. Según el artículo 684 del CPC, procede cuando se verifica la hipótesis de rebeldía el demandado y si el actor lo solicita con fundamento plausible.
- d) Las medidas cautelares de familia distintas a las conservativas Art. 22 Ley 19.968 que crea Tribunales de Familia.
- e) Las medidas cautelares especiales para protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Art. 71 ubicado dentro del párrafo primero del Libro IV de la Ley 19.968, que crea Tribunales de Familia.
- f) La orden de no innovar solicitada en la acción constitucional de protección, “siempre que se refiera a un derecho fundamental tutelado por esa acción, mas fundamento plausible y documentos suficientes”¹¹⁰.
- g) La suspensión provisional de la obra nueva del artículo 565 del CPC¹¹¹.

Todas estas providencias cumplen con anticipar – de manera parcial o total- la pretensión del actor, sin perjuicio de que dicha decisión pueda ser posteriormente revertida en la sentencia definitiva. Aspecto que pone en evidencia la instrumentalidad de este mecanismo de tutela provisional, y nos permite diferenciarla de figuras que constituyen procesos autónomos, como son los procesos de urgencia o sumarios y también las denominadas “medidas autosatisfactivas”. Estas últimas, corresponden a una institución consagrada en el derecho comparado, y que en palabras de Peyrano, se define como un “requerimiento ‘urgente’ formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”¹¹².

Por otra parte, la relación de la tutela anticipada con lo cautelar es un asunto discutido en doctrina, radicando dicho debate en si la satisfacción anticipada de la pretensión forma parte del ámbito cautelar, o si por el contrario, es una figura autónoma, es decir, cuál sería su naturaleza jurídica. Una postura más tradicional y estricta, concibe las medidas cautelares solo en un sentido conservativo o asegurativo, limitando su finalidad simplemente a “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma”¹¹³, como es el caso de las medidas precautorias que establece el artículo 299 del CPC., y por consiguiente, una finalidad de carácter anticipativa sería ajena a la tutela cautelar¹¹⁴, cuyo límite estaría justamente en la coincidencia con el objeto de la pretensión principal. Mientras que otra

¹¹⁰ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, R. 2011. Las medidas cautelares en el proyecto de reforma para un nuevo Código de Procedimiento Civil. En Justicia civil y comercial: Una reforma ¿Cercana? Universidad Católica, Universidad Diego Portales y otros. 443p.

¹¹¹ Op. cit. MATORANA MIQUEL, C. 640p y Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 284p.

¹¹² PEYRANO, J. 2001. Medidas autosatisfactivas. Buenos aires, Rubinzal-Culzoni Editores. 13p.

¹¹³ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 66p.

¹¹⁴ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 237p. En este sentido, véase: ROMERO SEGUEL, A. 2017. Curso de derecho procesal civil. Tomo I. 3a. ed. actualizada. Santiago, Thomson Reuters. 184-191p.

posición incluye las providencias con fines anticipativos en el ámbito cautelar¹¹⁵, sosteniendo como razonamiento que estas medidas, al igual que las cautelares tradicionales, están ordenadas a proteger la eficacia del proceso principal y “no puede aspirar a convertirse ella misma en definitiva, sino que está siempre preordenada a la emancipación de una providencia principal, a la llegada de la cual los efectos provisorios de la medida cautelar están destinados a caer totalmente, porque aun cuando la decisión principal reproduzca sustancialmente y haga suyas las disposiciones de la providencia cautelar, funciona siempre como decisión *ex novo* de la relación controvertida, y no como convalidación de la providencia cautelar”¹¹⁶.

En este trabajo, seguiremos esta segunda postura, en tanto, coincidimos en que el rasgo que distingue a las medidas cautelares es su instrumentalidad y por consiguiente “ya sea que se aseguren los medios necesarios para la futura ejecución o se adelante el otorgamiento de la pretensión, la finalidad detrás de ambos procedimientos es resguardar la eficacia del proceso principal, manteniendo por tanto un carácter instrumental”¹¹⁷. Por esto, al referirnos en adelante a estas medidas, utilizaremos igualmente la expresión “medidas cautelares anticipativas”¹¹⁸.

A falta de una consagración positiva mediante una regulación general en nuestro derecho, para conocer los presupuestos necesarios para la adopción de la tutela anticipada hemos de abocarnos al trabajo desarrollado por la doctrina. Lo primero que podemos observar que estos requisitos son distintos a los que han de concurrir para el otorgamiento de una medida cautelar tradicional, en este sentido, existe una diferencia cuantitativa, aumentando la intensidad de la exigencia, lo que se explicaría porque la injerencia de una de estas medidas en el patrimonio o la libertad del demandado es más invasiva, requiriendo de circunstancias más calificadas¹¹⁹. Estos requisitos de procedencia básicos señalados por la doctrina son la fuerte probabilidad de que la pretensión del requirente sea la jurídicamente correcta y el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación.

El primer elemento se vincula al grado de convicción que debe conseguir el juez para otorgar la tutela. Al respecto, Maturana señala que en la medida anticipatoria, “ha de profundizarse la claridad del derecho invocado, una verosimilitud calificada, casi una evidencia de buen derecho, o – al decir de los españoles- un humo denso de buen derecho”¹²⁰.

¹¹⁵ A pesar de ser un tema discutido en nuestro derecho, este desarrollo no es nuevo, ya en 1936, Calamandrei, incluye en su clasificación de las providencias cautelares, las de “anticipación de providencias decisorias”, definiéndolas como “providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables”. Op. cit. CALAMANDREI, P. 58p.

¹¹⁶ *Ibid.* 60-61p.

¹¹⁷ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 102p.

¹¹⁸ Maturana, menciona una clasificación de las medidas cautelares según la finalidad que persiguen en relación con la situación de hecho existente al momento en que es decretada, correspondiendo estas a las medidas cautelares conservativas, medidas cautelares innovativas y medidas cautelares anticipativas. Las primeras responden a los fines meramente conservativos, en el sentido más clásico de la figura, la medida cautelar innovativa tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente previamente a la petición de su dictado y finalmente, las cautelares anticipativas “tienen como finalidad anticipar la satisfacción de la pretensión demandada”. Op. cit. MATURANA MIQUEL, C. 24p.

¹¹⁹ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 106p.

¹²⁰ Op. cit. MATURANA MIQUEL, C. 27p.

La expresión que se utiliza usualmente es la “fuerte probabilidad”, que ha sido concebida como “el estadio cognoscitivo más próximo a la certeza”¹²¹. Carbone, se refiere al grado de cognición exigido como la “certeza suficiente”, destacando que supera la mera verosimilitud del derecho de las medidas cautelares, “pero no alcanza el grado de certeza definitiva por lo acotado del debate judicial mientras de despacha”¹²². Y si bien podemos observar una clara proximidad al estado de certeza, debemos enfatizar que no es posible exigir certeza respecto a la pretensión del requirente, ya que en este caso se desnaturalizaría la tutela anticipada¹²³. Marinoni, por su parte, indica que para conceder estas medidas, al juez le está prohibido pensar en una “convicción de verdad”, sino que “le basta la convicción de verosimilitud preponderante, es decir, que el material aportado al proceso indique que el derecho del actor es más verosímil que el del reo”¹²⁴, destacando de todas maneras, que aquello no implica sencillamente decir que existe o no verosimilitud, sino que el juez tiene el deber de fundamentar la decisión anticipada en dicha convicción.

El segundo presupuesto, corresponde al riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación. En opinión de Pozo, este configura el elemento principal y característico de la institución como mecanismo procesal de tutela jurídica, otorgándole asimismo autonomía con respecto a las demás providencias cautelares, ya que el peligro que busca contrarrestar tiene una configuración diferenciada¹²⁵. De esta manera, el aspecto esencial de la tutela anticipada consiste en que “el estado de insatisfacción de la pretensión durante el curso del proceso genere una fuerte probabilidad de producir al actor un daño irreparable o de muy difícil reparación, precisamente por afectar la efectividad de la pretensión, frustrando los derechos cuya tutela fue requerida”¹²⁶.

El riesgo o inminencia de este daño implica que los perjuicios temidos estén claramente anunciados en una serie de eventos fácticos, o también que, de hallarse verificados, estos se puedan propagar en el tiempo, siendo agravados por el estado de insatisfacción del derecho del actor¹²⁷. Mientras que la calidad calificación de “irreparable” o de “difícil reparación” se asocia a la factibilidad de revertir los efectos de dicho daño, lo que comprende situaciones muy variadas, en algunos casos puede consistir directamente en el perecimiento de la pretensión si no es anticipada la tutela, derivando así en un gravamen irreversible¹²⁸, pero también se considera que esto ocurre en aquellos casos donde el derecho no puede ser restituido en su forma específica¹²⁹. La dificultad en la

¹²¹ ACOSTA, D. 2000. Sentencia anticipatoria y derechos humanos. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo). Buenos Aires, Rubinzol - Culzoni editores. 603p.

¹²² CARBONE, C. 2000. Los despachos interinos de fondo. Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la exigencia de la urgencia y la irreparabilidad del perjuicio. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo). Buenos Aires, Rubinzol - Culzoni editores. 99p.

¹²³ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 108-110p.

¹²⁴ MARINONI, L. 2016. Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria. Lima, Palestra. 199p.

¹²⁵ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 112p.

¹²⁶ *Ibíd.* 116p.

¹²⁷ Op. Cit. CARBONE, C. 136p

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ MARINONI, L. 2011. Antecipação da tutela. São Paulo, Revista dos Tribunais. 155p. Menciona que esto ocurriría con los derechos sin contenido patrimonial, derechos patrimoniales con función no patrimonial, e incluso en aquellos derechos patrimoniales que no pueden protegerse eficazmente mediante una compensación pecuniaria.

reparación puede presentarse, por ejemplo, cuando algunos efectos del daño no pueden retrotraerse porque este ya se verificó, pero se busca de todas maneras evitar su propagación cronológica; si las condiciones económicas del demandado no permiten suponer que el daño será efectivamente reparado o si el perjuicio sufrido difícilmente puede cuantificarse con precisión¹³⁰.

Es necesario tener en cuenta que esta doctrina ha sido desarrollada desde una perspectiva general y abstracta, es decir, fuera de aquellas medidas o providencias que están contempladas ya en disposiciones normativas específicas, y que la realidad de nuestro ordenamiento positivo es que la regulación de la tutela anticipada está limitada a la finalidad de la medida y el hecho de que haya sido establecida por el legislador¹³¹. Al respecto, Maturana señala que “dada la necesaria igualdad que debe existir entre las partes en el procedimiento, es el legislador quien debe establecer los casos en los cuales corresponde otorgar la tutela anticipada, por haberse radicado en éste y no en el tribunal la misión de establecer las reglas para el desarrollo de un racional y justo procedimiento”¹³². De manera que, en las circunstancias actuales, no es posible aplicar la institución fuera de estos casos acotados.

3. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA OBRA DENUNCIADA.

Si nos enfocamos ahora en la suspensión provisional prevista en el interdicto de denuncia de obra nueva, es posible identificar que esta medida tiene una finalidad anticipativa y un carácter instrumental.

El primer aspecto radica en que su concesión implica la satisfacción del objeto de la pretensión en forma anticipada al pronunciamiento de la resolución definitiva, ya que, tal como lo dispone el artículo 930 del Código Civil, este interdicto posesorio tiene por objeto que se prohíba la obra nueva, prohibición que implica la suspensión de su ejecución –de manera provisional al presentarse la demanda, y definitiva dentro del proceso de urgencia si se accede en la sentencia definitiva a la denuncia–, por lo cual, acogido el interdicto, no se innova en el efecto sobre la obra ya paralizada.

En segundo lugar, la providencia estudiada corresponde a una “decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable”¹³³, sin que pretenda resolver por sí sola el conflicto jurídico de forma definitiva y, por lo tanto, tiene una relación de instrumentalidad con la sentencia que se dicta al término del juicio, aspecto que según fue explicado con anterioridad, corresponde al rasgo distintivo de las medidas cautelares.

¹³⁰ *Ibíd.* 156p y *Op. Cit.* CARBONE, C. 98p.

¹³¹ *Op. cit.* MATURANA MIQUEL, C. 68p: “un juez que otorgue una tutela anticipada estaría adelantando un juicio sobre la decisión del asunto, y para ello debe necesariamente encontrarse autorizado por parte del legislador”.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Op. cit.* CALAMANDREI, P. 59p.

Las características mencionadas, junto con lo estudiado en los acápite anteriores, nos lleva a concluir que estamos ante una medida cautelar anticipatoria. Sin embargo, si continuamos ahondando en esta comparación con las instituciones de la tutela cautelar y anticipada, y atendemos a las demás características y presupuestos revisados, entonces las coincidencias no son demasiadas.

En primer lugar, se puede observar que en el caso de la suspensión provisional, su provisionalidad se vincula principalmente con la instrumentalidad de la medida, en cuanto, se contempla que dure hasta que el asunto sea fallado por una sentencia definitiva, sin embargo, no se logra verificar otra importante consecuencia que deriva de la provisionalidad de las providencias cautelares y que corresponde a su variabilidad. En conformidad con lo establecido en el artículo 301 del CPC, las medidas cautelares pueden modificarse si las circunstancias que han condicionado su otorgamiento varían y además pueden ser sustituidas por una garantía suficiente, sin embargo, en este caso, habiéndose decretado la suspensión provisional, no se admite su alzamiento o sustitución durante la tramitación de la denuncia.

Por otra parte, los requisitos de procedencia de la tutela cautelar no son considerados en lo absoluto en la regulación de esta medida. Esta reglamentación no requiere la concurrencia del *fumus boni iuris*, ni exige que el solicitante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, lo que colisiona con la asentada idea de que “no basta con que el actor se limite a afirmar la existencia de una pretensión, puesto que con ello se privilegiaría su posición en el proceso en contra del demandado y podrían convertirse en armas preciosas para un litigante temerario y ser vehículo ideal para el fraude”¹³⁴. Esta disparidad se vuelve aún más evidente si consideramos que el artículo 299 del CPC permite que se decreten medidas precautorias sin que se acompañen dichos comprobantes, pero esto solo provisionalmente por un lapso de 10 días y en casos graves y urgentes, más la exigencia de rendir previamente una caución obligatoria. Atendido el carácter transitorio dentro del plazo de diez días se deben acompañar los comprobantes y pedir la mantención de la medida precautoria decretada, caducando o quedando de hecho sin efecto si no se renuevan en la forma prevista en el artículo 280. Resulta interesante la remisión al artículo 280, porque ello demuestra la intención de nuestro legislador de hacerle aplicable el régimen general de las medidas cautelares en lo no previsto por las normas especiales que rigen esta medida.

En cuanto al requisito del *periculum in mora*, tampoco se evidencia la exigencia de esta circunstancia o una situación de urgencia o riesgo particular respecto a la medida en estudio. El proceso interdictal, en tanto corresponde a un juicio breve y concentrado, establecido especialmente para la protección posesoria, ya está brindando una tutela urgente¹³⁵ y no es posible observar un

¹³⁴ Op. cit. MATORANA MIQUEL, C. 20p.

¹³⁵ FERRER, S.E. 2000. Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo). Buenos Aires, Rubinzol - Culzoni editores. 349p: “No debe pensarse que el proceso urgente se equipara y confunde con las fronteras conceptuales del proceso cautelar”. Menciona que existe una relación género-especie entre ambos institutos y ejemplifica que un proceso urgente de naturaleza no cautelar son justamente los interdictos posesorios; Op. cit. CALAMANDREI, P. 103p. trata también la diferencia entre ambos institutos, explicando que la tutela cautelar “tiene únicamente por objeto contribuir al mejor éxito de la providencia principal, en función de ésta y en la hipótesis de

peligro concreto de daño para el demandante derivado de una potencial falta de eficacia de esta sentencia, de forma que no es esto lo que determina que se decrete la suspensión provisional de la obra.

Por otro lado, si atendemos a los presupuestos de procedencia de la tutela anticipada, que serían la fuerte probabilidad de que la pretensión del requirente sea la jurídicamente correcta y el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación, es claro que estos tampoco se van a verificar, ya que, si no se logra alcanzar los estándares del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, menos se cumplirán las exigencias más intensas que la doctrina ha esbozado como condición para dar satisfacción anticipada a la pretensión. Incluso si comparamos esta normativa con otros ejemplos de tutela anticipada consagrados en nuestro ordenamiento podemos reconocer una importante disparidad, puesto que para la concesión de otras medidas anticipatorias el legislador ha contemplado exigencias tales como probar puntos específicos; solicitarlo con fundamento plausible; acompañar documentación; etc., requiriendo efectivamente que el solicitante logre generar en el juez algún grado de convencimiento sobre la apariencia del derecho que está reclamando.

La ausencia de estos requisitos de procedencia es una situación realmente anómala, que resulta todavía más sorprendente si atendemos a que en la práctica se considera que basta con que el requirente haya dado cumplimiento a las menciones del artículo 254 del CPC para que el juez otorgue la suspensión provisional, de forma que la medida es concedida automáticamente, sin atender realmente al mérito de la solicitud. Esto se contradice con la lógica bajo la que se concibe que opera el otorgamiento de toda cautelar, puesto que es esencial que “el peticionario y a su turno el Tribunal deben argumentar y razonar, e incluso recibir a prueba si es necesario, para lograr convicción en torno a la procedencia de la medida”¹³⁶, y que además, “el fundamento que debe considerarse para decretarlas emana de los argumentos que esgrima el sujeto que las solicita (...) o excepcionalmente, puede existir *per se* una norma habilitan de forma directa para que el Tribunal pueda hacerlo por sus propias consideraciones (...)”¹³⁷, condiciones que no se verifican en este caso. La ausencia de fundamentación implica además que no se realice efectivamente una aplicación de los principios de proporcionalidad e idoneidad, que debiesen influir necesariamente en el otorgamiento de cualquier medida cautelar, guiando al juez en su decisión, sin embargo, bajo esta concepción de automaticidad no existe realmente un espacio para que el juez evalúe si la medida es proporcional e idónea, o siquiera si es necesaria.

Al referirse a la naturaleza jurídica de la suspensión provisional, la doctrina también ha destacado estas discordancias. Así, Huerta y Rodríguez destacan que la tramitación consagrada se

que la misma sea, a su tiempo, favorable a la persona que solicita entre tanto la medida cautelar. Al contrario, la tutela posesoria agota en sí la propia finalidad en cuanto se dirige a impedir las perturbaciones del estado de hecho y las reacciones individuales que aquéllas provocarían, considerándolas en sí misma como amenaza a la paz social y como infracción del orden jurídico, y no en función del derecho que podrá después ser hecho valer en sede petitoria”.

¹³⁶ COLOMBO CAMPBELL, J. 2008. La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 39. 19p.

¹³⁷ *Ibid.* 20p.

aparta de los estándares que normalmente observa el legislador, en tanto, “el juez decreta una especie de medida cautelar de manera instantánea, refleja, sin atender a parámetro alguno, entendiendo que la paralización de las obras es un auténtico mandato legal que no puede desatender”¹³⁸, enfatizando además, que la función cautelar de la suspensión “resulta excesiva desde el punto de vista de las medidas cautelares, al no existir un análisis previo sobre el *periculum in mora* o el *fumus boni iuris*, y al no concederse la posibilidad de otorgar una fianza que ponga a salvo el interés del demandado”¹³⁹. Marín, quien coincide en categorizar la figura como una medida cautelar de tipo anticipatorio, también estima que resultan criticables los términos imperativos de la redacción del precepto, y destaca una opinión formulada por juristas españoles sobre la similar disposición contenida en la LEC 1881, donde se repara que “precisamente las fuertes críticas dirigidas al precepto por la doctrina provienen de no haber llevado el legislador a sus últimas consecuencias el carácter cautelar del precepto. Estas deficiencias derivan principalmente del carácter automático de la suspensión, prescindiendo de la apariencia de derecho y de la fianza, propia de las medidas cautelares, ignorando los antecedentes históricos que preveían bien la inspección ocular por el juez de la obra, bien la fundamentación documental del interdicto y en todo caso la previa prestación de fianza”¹⁴⁰. Finalmente, Pozo, formula sus reparos a partir del estudio de la satisfacción anticipada de la pretensión, reprochando que la suspensión provisional de la obra sea decretada sin considerar si se cumplen los requisitos de procedencia para toda tutela anticipada¹⁴¹.

4. CONCLUSIÓN.

En este capítulo, hemos buscado determinar la naturaleza jurídica de la suspensión provisional de la obra nueva, examinando la figura en comparación a las instituciones de la tutela cautelar y anticipada. A lo largo de este trabajo se ha evidenciado reiteradamente que su regulación es sumamente peculiar y que incluso comparándola con las figuras más similares, las coincidencias no son demasiadas, entonces ¿por qué estamos tratando de encasillarla en una categoría preexistente?¹⁴², ¿podríamos en este caso desarrollar una teoría sui generis, que atienda a la particularidad de la medida, planteando que el instituto tiene autonomía jurídica, dotada de una regulación jurídica independiente? Es claro que esto no sería factible, en tanto, estamos operando en

¹³⁸ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 344p.

¹³⁹ *Ibíd.* 380p.

¹⁴⁰ SERRA, M y RAMOS, F. 1974. Las medidas cautelares en el proceso civil. Barcelona. 69-70p. citado por Op. Cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 458p.

¹⁴¹ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 284p.

¹⁴² Si nos fijamos, por ejemplo, en cómo se desarrolla esta labor el ámbito del Derecho Civil, podemos ver como existe una gran variedad de clasificaciones y teorías, especialmente cuando se trata de aquellas figuras que difieren de la mayoría o salen de lo común, como ocurre en el caso de instituciones como la representación o el matrimonio. Inclusive “en algunas ocasiones, estos intentos son infructuosos y los autores reconocen que ninguna de las alternativas es satisfactoria, llegando incluso a admitir que se trata de una ‘institución sui generis’”. QUINTEROS FUENTES, D. 2009. Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la compensación económica (sentencia de la Corte Suprema). Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. 21 (2): 233-241p.

un sistema donde las cosas deben calzar y consecuentemente, establecer una naturaleza jurídica que concuerde con los institutos existentes configura una pretensión y también una necesidad de orden, coherencia y unidad en dentro del sistema procesal.

El jurista José Lois Estévez ha señalado que las preposiciones que componen el ordenamiento positivo se hayan articuladas unas en otras y que siendo el sistema jurídico un organismo unitario, estas preposiciones han de depender y deberse al conjunto, existiendo pues una coordinación general entre todas las normas jurídicas. Algunas de ellas forman conjuntos que convergen en un centro común y configuran secciones dotadas de “individualidad propia, perfectamente diferenciadas de las restantes en su consistencia, en su función y en su finalidad. (...) constituyen una unidad significativa nítidamente deslindada, plenamente inteligible (...).¹⁴³ En base a esto, la mantención de dicha coherencia y compatibilidad es una guía importantísima en la labor intelectual que se ejecuta al determinar la naturaleza jurídica de una institución.

No obstante, al afrontar dicha labor en el contexto de este trabajo, debemos también considerar que estas ideas, principios y directrices son corolario de la forma en que concebimos modernamente el derecho procesal, mientras que el procedimiento en estudio fue consagrado normativamente hace más de un siglo, bajo las influencias que fueron explicadas en el capítulo anterior, y por lo tanto, fue establecida sin que existiera en nuestro derecho una teoría moderna de las medidas cautelares o siquiera una teoría general del proceso. Frente a esta situación, resulta esperable que se produzca una disonancia al efectuar este ejercicio de análisis y categorización siguiendo metodologías, principios, reglas y categorías que surgen de teorías procesales modernas.

Ahora, pese a las complicaciones que plantea la circunstancia antes mencionada, creemos que es correcto calificar a la suspensión provisional de la obra denunciada como una medida cautelar anticipatoria, ya que coincidimos en que la naturaleza jurídica corresponde a “la *ratio essendi*; el porqué trascendente que aclara, de una vez para siempre, el instituto; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce, (...) persigue un ideal eminentemente científico, que es la intelección genética; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica”¹⁴⁴ y que resulta factible “hablar de naturaleza de un instituto en el sentido de estructura del mismo; es decir, modo como es configurado por obra del derecho”¹⁴⁵, y que en este caso, la esencia de la figura está justamente en ser un instrumento del procedimiento, asegurando su eficacia y en los efectos que persigue en relación a la situación de hecho vigente al momento que se decreta, que son coincidentes con el contenido de la pretensión interpuesta, y no se limitan a conservar una situación sino que “introducen una innovación al dar satisfacción a unos derechos o intereses jurídicos que extraprocesalmente nunca fueron pacíficamente reconocidos”¹⁴⁶.

¹⁴³ Op. cit. LOIS ESTEVEZ, J. 169-170p.

¹⁴⁴ *Ibid.* 178p.

¹⁴⁵ *Ibid.* 165p.

¹⁴⁶ Op. cit. MATURANA MIQUEL, C. 26p.

Por tanto, atendiendo a los aspectos que configuran la esencia del instituto y adoptando las nomenclaturas contemporáneas, nuestra conclusión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión provisional consagrada en el interdicto de denuncia de obra nueva, es que esta corresponde a una medida cautelar anticipatoria, aun cuando algunos aspectos de su normativa puedan estar en contradicción, o no ser del todo consistente con la regulación general de las medidas cautelares o las teorías desarrolladas en torno a la tutela anticipada. Y creemos que es justamente en un supuesto como este que toma especial importancia la idea de que “la determinación de la naturaleza jurídica de una institución, puede servir de punto de referencia para corregir las equivocaciones que se produzcan en las fuentes del derecho (...). Al respecto el Doctor Jorge Avendaño Valdez señala lo siguiente: ‘El jurista no puede permanecer impasible ante la sola existencia de las instituciones jurídicas, sobre todo si la ley les ha alterado su estructura, aun cuando sea por atendibles razones de tipo económico. El hombre de Derecho tiene que establecer cuál es su verdadera naturaleza jurídica, y una vez hecho esto, debe dilucidarse con ahínco y nitidez, si la reglamentación vigente es conforme con esa naturaleza jurídica. Si no está de acuerdo debe sugerir procurar la reforma. La meta es una legislación jurídicamente inobjetable’”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ CORNEJO GUERRERO, C. 1997. La noción de naturaleza jurídica en el derecho moderno y su influencia en el Código Civil de 1984. BIRA: Boletín del Instituto Riva-Agüero. (24): 103-144p. 135p.

CAPITULO III. PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS A LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA OBRA NUEVA.

A continuación, se analizarán las principales discusiones y críticas que se han levantado en relación con esta medida y sus efectos en el procedimiento.

Algunos de los aspectos discutidos tienen su origen en la misma normativa y la aplicación que los tribunales han dado a esta regulación, como ocurre con la idea de que decretar la paralización provisional de la obra denunciada sería obligatorio para el juez o la desigualdad que se puede apreciar en las facultades y ámbito de acción que tienen las partes, demostrando una importante desprotección a los derechos del denunciado.

Otro foco importante de preocupación radica en que muchos denunciantes han instrumentalizado esta acción como un medio de coacción contra el demandado, derivando en que este se perfilara como un “caso prototípico de ejercicio abusivo de acciones judiciales”¹⁴⁸.

A continuación pasaremos a analizar los diversos aspectos problemáticos relacionados con la medida de suspensión provisional de obra en el procedimiento posesorio especial de denuncia de obra nueva.

1. LA CONCESIÓN AUTOMÁTICA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL SERÍA IMPERATIVA PARA EL JUEZ.

Una discusión muy relevante se centra en la redacción del artículo 565 del Código de Procedimiento Civil y los presupuestos que se han de verificar para que el juez decreta la suspensión provisional de la obra denunciada en el procedimiento posesorio especial de denuncia de obra nueva.

Una parte importante de la doctrina ha entendido que la disposición impone una serie de directivas de carácter imperativo para el juez, ordenándole que: *decrete* la suspensión provisional de la obra; *mande* que se tome razón de su estado y circunstancia y; se *aperciba* al ejecutante a la demolición o destrucción de las obras a su costa.

De esta forma, el juez estaría obligado a decretar la suspensión, debiendo concederla ante la sola presentación de la demanda y sin mediar análisis alguno sobre el mérito de la denuncia.

En coincidencia con este entendimiento, Risopatrón indica que “debe ordenarse desde luego, sin más conocimiento de causa, que el trabajo denunciado como nuevo y perjudicial se suspenda (...)”¹⁴⁹. Mientras que Hidalgo menciona que “el artículo 565 del CPC impone al juez la obligación de suspender provisoriamente la obra denunciada desde el momento de iniciación del juicio sin siquiera realizar un examen de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela suficiente, tan propio de la tutela cautelar”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 382p.

¹⁴⁹ RISOPATRÓN, C. 1904. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil de Chile. Santiago de Chile, Imprenta Cervantes. 517p

¹⁵⁰ Op. cit. HIDALGO MUÑOZ, C. Las acciones posesorias.

Adscribir a esta interpretación tiene consecuencias sumamente relevantes, en cuanto implicaría la exclusión de cualquier análisis de mérito de la denuncia de manera previa a decretar esta medida, así, el denunciante logra la suspensión de los trabajos sin más requisitos que la sola presentación de la solicitud, porque como fue ya mencionado, no habiendo detallado la ley requerimientos formales para la presentación de esta acción, se ha entendido que solo “deberán cumplirse las indicaciones generales de toda demanda”¹⁵¹.

Es posible encontrar autores que, si bien coinciden con la interpretación de lo prescrito por el Código, critican los términos imperativos en que se encuentra redactado el precepto.

En este sentido, Marín reafirma que “si el libelo cumple los requisitos de forma el juez no tiene discrecionalidad alguna al momento de dictar la providencia, debiendo necesariamente suspender la ejecución de los trabajos”¹⁵², levantando como reparo que no se permita al juez entrar a valorar los perjuicios eventuales que esta orden de paralización pueda irrogar al dueño de la obra.

Por otra parte, Pozo fundamenta su crítica en que el juez deberá otorgar la suspensión “en todo caso, es un imperativo para él, sin poder considerar si se cumplen los requisitos de procedencia de toda tutela anticipada y los perjuicios que se pueden ocasionar al demandado. Ello conlleva una vulneración de las garantías constitucionales del afectado por la medida y puede dar lugar a un abuso de la institución por parte de los justiciables”¹⁵³.

Por otra parte, en oposición a la idea de que la suspensión se decreta sin mediar cualquier análisis de mérito de la denuncia, otros juristas han puesto énfasis en la primera frase de la disposición, que establece que “presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciante, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión”, entendiéndose que la norma establece como condición previa, que la obra debe tener la calidad de denunciante y en consecuencia, antes de decretar la medida, el juez debe verificar que la obra sea denunciante según la reglamentación establecida por el Código Civil en sus artículos 930 y 931.

Así, por ejemplo, Casarino, indica que “no cualquier obra nueva es susceptible de ser denunciada. En efecto, según la ley civil, hay obras nuevas denunciante y no denunciante. Estas últimas constituyen la regla general”¹⁵⁴, y enfatiza que la misma redacción del precepto demuestra que solamente las obras nuevas denunciante dan origen al interdicto. Maturana por su parte, menciona que la suspensión provisional de la construcción se ordenará “una vez cerciorado el juez de que la obra nueva es denunciante”¹⁵⁵. Algunos juristas se refieren también a la labor del magistrado, así Fernando Alessandri, dice que, presentada la demanda, éste “tiene que examinar si la obra es denunciante o no. En este último caso declarará que por ser la obra indeniante no se da

¹⁵¹ Op. cit. ALESSANDRI, F. 171-172p.

¹⁵² Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 458p.

¹⁵³ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 284p

¹⁵⁴ Op. cit. CASARINO VITERBO, M. 21p.

¹⁵⁵ Op. cit. MATURANA MIQUEL, C. 65p.

lugar a la querrela”¹⁵⁶. El planteamiento sobre este análisis, si bien obligatorio, es limitado, en tanto, “el juez sólo se cerciora si la obra nueva es denunciante y, sin más, decreta provisionalmente la suspensión”¹⁵⁷, de forma que la concesión de la medida sigue operando bajo una dinámica semiautomática. La conclusión sostenida sobre lo que debe resolverse en el supuesto que la demanda se refiera a una obra que no es denunciante, se puede encontrar también reproducida en una memoria del año 1947 sobre la jurisprudencia asociada a los interdictos posesorios, donde se menciona que “si la construcción no es denunciante, debe hacerse una declaración al respecto y no tramitar la querrela”¹⁵⁸. Algunos autores inclusive han aseverado que esta determinación constituiría una excepción al principio de pasividad del juez¹⁵⁹.

Se halla registrado en la historia de la ley, que al momento discutir esta regulación, existió una intervención explícita en la comisión revisora, denunciando la gravedad de tener una disposición tan general que permita que el actor obtenga la paralización de una obra por el simple hecho de calificarla como nueva, proponiendo que se defina lo que se llame obra nueva para restringir el alcance de la norma. Consta también que la comisión acordó que no debía admitirse la tramitación establecida sino para las obras mencionadas en los artículos 930 y 931 del Código Civil, optando por la redacción que indica que “presentada que sea la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciante, la decretará (...)”, para así consagrar de forma más clara el significado del espíritu de la norma¹⁶⁰. El codificador estaba consciente del uso indebido que se podía dar a la acción y por lo tanto buscó impedir su instrumentalización abusiva “con una remisión al Código Civil, estableciendo que la obra nueva debe ser ‘denunciante’ en los términos de los arts. 930 y 931 del Código de Bello. De esta forma se establecería un filtro mínimo de admisibilidad, negando la tramitación bajo este procedimiento a denuncias de obras que no cumplan con los requisitos que establece el CC., evitando así una paralización infundada de las obras (‘bajo la sola palabra del denunciante’).”¹⁶¹

En otro trabajo de titulación que data de 1922, se destaca que justamente la mención a una “obra nueva denunciante” es una frase oportunitísima que “ha venido a poner término a una serie de abusos que habrían de haberse hecho presente necesariamente en razón de la falta de uniformidad a lo que se entiende por obra nueva. Pero con la palabra ‘denunciante’ quedan solucionadas las dificultades, pues el Código Civil ya dejó establecido claramente cuáles eran las obras nuevas denunciante (art. 931)”¹⁶².

¹⁵⁶ Op. cit. ALESSANDRI, F. 172p

¹⁵⁷ Op. cit. ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. 379p.

¹⁵⁸ MENDOZA AYLWIN, S. 1947. Los interdictos ante la jurisprudencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 61p

¹⁵⁹ Op. cit. BESSER VALENZUELA, G.; CORTEZ MATCOVICH, G. e HIDALGO MUÑOZ, C.

¹⁶⁰ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 379p.

¹⁶¹ *Ibíd.* 380p.

¹⁶² DE LA MAZA RODRÍGUEZ, R. 1922. Los interdictos (C. Civil y Procedimiento). Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 72p

Lo mencionado, da cuenta que, en la época más próxima a la dictación del Código, se reconocía una alta importancia a esta frase, considerando que constituía una limitación al uso de este procedimiento de urgencia, y que con su mención se había dado respuesta a las preocupaciones que existían sobre la instrumentalización de la medida de suspensión provisional.

Al respecto, Huerta y Rodríguez postulan que el yerro del codificador fue plasmar esta condición de modo demasiado sutil, ya que, finalmente, la falta de una instrucción explícita de realizar este examen desembocaría en que la jurisprudencia se alejara de esta idea y entendiera que el artículo 565 del CPC impone al juez la obligación de decretar la suspensión de forma automática¹⁶³.

En algunas oportunidades, la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones han tomado en consideración la historia del establecimiento de la norma, incluyendo la siguiente mención en sus sentencias:

“El artículo 625 del Proyecto del señor Lira sobre Código de Enjuiciamiento Civil disponía: ‘Presentada que sea la demanda para la suspensión de cualquier obra nueva, la decretará el juez provisionalmente y’, discutida esta norma en la Comisión Revisora, sesión 62, el señor Gandarillas hizo presente que, como en la práctica no se solicitan antecedentes para interponer esta acción, resultaría que cualquier obra que se denuncie debería ser suspendida, por lo que estima que debe definirse lo que se entiende por obra nueva, circunstancia que se supera acordando que no debía admitirse la tramitación especial ‘sino para las obras que se enumeran en los artículos 930 y 931 del Código Civil’, para lo cual se contempla una nueva redacción para el artículo en términos muy similares a los del actual artículo 565”¹⁶⁴.

Pero pese a que se trata de una cita frecuentemente reproducida por los tribunales, aquello “no se traduce en un examen de admisibilidad previo a la resolución que decreta la suspensión”¹⁶⁵. De hecho, las sentencias que incluyen ese texto respaldan en sus pronunciamientos una noción de automaticidad en la suspensión, confirmando las decisiones que siguen esta máxima y revocando aquellas que son contrarias, y declarando además que en nuestro sistema “la tramitación de la acción posesoria de obra nueva está estructurada sobre la base de la aceptación provisional de la demanda”¹⁶⁶. Justamente es esta la postura la que ha primado y que se alza como mayoritaria en doctrina y jurisprudencia. Es por esto que en la práctica de los tribunales, típicamente el juez que conoce de la causa “ordenará como primera resolución la paralización provisional de las obras

¹⁶³ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 380p.

¹⁶⁴ Corte Suprema, 27 julio 2006, rol N°3375-2004 considerando 5°; 16 septiembre 2013, rol N° 331-2013, considerando 2°; 9 enero de 2014, rol N°5251-2013, considerando 13°; y Corte de Apelaciones de Concepción, 12 enero 2009, rol N°3269-2006, considerando 3°.

¹⁶⁵ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 348p.

¹⁶⁶ Mencionando que “de la lectura de los artículos 565 y 566 del Código de Procedimiento Civil, se divisa una especie de ‘automaticidad’ en cuanto a que presentada la denuncia de obra nueva, el tribunal de plano debe mandar a suspender la ejecución de la misma”. La misma frase se puede encontrar en una variedad de sentencias, por ejemplo: Corte Suprema, 21 de noviembre de 2007, rol N°1900-2006, considerando 1°; 19 de junio de 2019, rol N°14963-2018, considerando 6°; ICA de Valparaíso, 30 de septiembre de 2008, rol N°1130-2008, considerando 3°; ICA de La Serena, 13 de mayo de 2009, rol N°132-2009, considerando 5°; ICA La Serena, 19 noviembre 2010, rol N°557-2010, considerando 7°; ICA de Santiago, 29 de diciembre de 2015, rol N°12074-2015, considerando 1°; ICA de Concepción, 5 diciembre 2022, rol N°1103-2022, considerando 3°.

denunciadas, independientemente del mérito o fundamentación de dicha demanda o de los perjuicios que dicha paralización puedan acarrear para el denunciado”¹⁶⁷, porque la ley no autorizaría evaluar dichos aspectos.

Para graficar las limitaciones que esta postura interpretativa impone a los jueces, comentaremos algunas de las sentencias que se han abocado en mayor extensión al tratamiento de este tema.

En 2010, la Corte de Apelaciones de La Serena falló una apelación interpuesta por el demandado en contra de la resolución que decretó la suspensión provisional, porque en opinión del afectado, el actor carecería de legitimación activa, por no ser poseedor del predio y porque las obras ejecutadas estarían sustentadas en un contrato de arrendamiento celebrado con los dueños del predio superficial y los derechos de exploración que le otorga su calidad de arrendatario de pertenencias mineras.

El razonamiento principal de la Corte para afirmar que verificando el cumplimiento de las condiciones de ejercicio de la acción, al tribunal solo corresponde dar lugar a su tramitación y decretar de inmediato la suspensión radica en que “el mero ejercicio de la acción no puede ser obstaculizado con alegaciones que miran más bien a una procedencia de fondo de la misma, como resultan ser aquéllas que se han formulado para solicitar que se deje sin efecto la suspensión ordenada”. Ahonda esta idea diciendo que “en otros términos, aquí no se trata de analizar, prematuramente, si se dan o no las condiciones de admisibilidad de la acción, puesto que será en la sentencia definitiva donde el juez deberá realizar, fundadamente, el razonamiento pertinente para determinar si se han logrado probar los hechos invocados, y si tales hechos se encuentran protegidos por la normativa legal invocada para la admisibilidad de la precisa acción deducida, cuya procedencia aparece desde ya impugnada por la denunciada”¹⁶⁸.

En segundo lugar, encontramos una sentencia de la Corte Suprema del año 2014, que anula un fallo de la ICA de La Serena que revocó la resolución que daba lugar a la suspensión y daba curso a la demanda, y falló en su lugar no dar lugar a la tramitación, por considerar que la labor del denunciado estaría amparada en una servidumbre legalmente constituida, no siendo procedente la denuncia de obra nueva.

El fallo invalidatorio del máximo tribunal, establece que los sentenciadores del grado resolvieron en única instancia sobre la cuestión debatida, pronunciándose sobre el fondo de la acción sin dar cumplimiento a ninguna de las diligencias y trámites previstos en la ley para conformar una relación procesal válida o seguir un debido proceso. Considerando además que la omisión de estos trámites esenciales “en la práctica han implicado la indefensión de la denunciante, a quien se le privó del derecho para defender su acción, aportando la prueba pertinente a sus derechos, ni a formular las alegaciones correspondientes respecto de la sentencia”. Mientras que la sentencia de reemplazo

¹⁶⁷ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 344p.

¹⁶⁸ Op. Cit. ICA de La Serena, rol N° 557-10, considerando 10°.

simplemente indica que la demanda deducida en autos cumple todos los requisitos previstos en el artículo 254 del CPC y que las argumentaciones en las que el apelante funda su recurso “se refieren a cuestiones del fondo de la controversia, que deben ser resueltas una vez tramitado íntegramente el proceso, cumpliendo con el orden consecutivo procesal”¹⁶⁹.

De lo expresado en estas decisiones, podemos observar que, bajo esta interpretación normativa, se entiende que el requisito de la denunciabilidad de la obra opera exclusivamente como un presupuesto de procedencia “de fondo” de la acción y, por lo tanto, se determinará exclusivamente en la sentencia definitiva. Así, cualquier análisis sobre esta condición de admisibilidad al momento de proveer la demanda, implicaría una extralimitación del magistrado. Podemos ver como esto deriva en que, de alguna forma, se unifique el otorgamiento de la medida con el procedimiento, mezclándolos y fundiéndolos, generando una interdependencia entre ellos.

Ambas sentencias elevan como argumento, que no se puede limitar el mero ejercicio de la acción, a pesar de que, en el primer caso comentado, el recurrente únicamente impugnó la parte de la resolución que decretaba la suspensión provisional, y no existía requerimiento alguno que afectara dicho ejercicio, aquello no es considerado por la Corte. La noción de esta especie de unidad indisoluble los lleva también a entender que la denegación de la suspensión provisional va aparejada necesariamente con negar la tramitación de la acción, y así configuran una poderosa justificación para sus decisiones, ya que, al resolver en este sentido, están defendiendo el derecho del denunciante a interponer la acción.

Consideramos que esta interpretación resulta bastante peligrosa, porque bajo su alero, se obliga a los jueces decretar una medida que puede resultar sumamente gravosa para del afectado, sin revisar o considerar absolutamente nada respecto al mérito o fundamentación de la solicitud, coartando el ejercicio mismo de la jurisdicción, suprimiendo el poder-deber de conocer y resolver lo solicitado, en cuanto existe una única alternativa, cuyo contenido ha sido fijado por el denunciante. Generando además un efecto completamente opuesto al pretendido al establecer esta disposición, que era evitar la paralización infundada de obras bajo la sola palabra del denunciante, y en su lugar, lo permite e inclusive potencia.

Bajo esta concepción, es imperativo que se decrete la suspensión provisional, incluso si puede verificar claramente alguna deficiencia grave en los antecedentes de la denuncia, como sería, por ejemplo, que el actor no argumente ser realmente el poseedor de la propiedad afectada; que se trate de una obra terminada; o que los trabajos descritos no se encuentren siquiera en proximidad a la propiedad del denunciante. Aun en estos supuestos, dará lugar a la medida.

En el primer fallo revisado, la Corte menciona que la acción, en los términos planteados se ha interpuesto por la denunciante en su calidad de titular de concesiones mineras y que pretende amparar esos derechos respecto de una obra nueva denunciante que le provoca la turbación de su

¹⁶⁹ Op. Cit. Corte Suprema, rol N°5121-2013, considerando 3°.

posesión, concluyendo que ha sido interpuesta con las debidas formalidades. Sin embargo, si analizamos la posición que sustentaría el actor, esta no parece subsumirse en los supuestos establecidos en los artículos 930 y 931 del Código Civil, ya que los derechos mineros no otorgan la posesión del suelo¹⁷⁰, y que en su calidad de concesionario “no tiene ningún derecho sobre el predio, sino sólo una mera expectativa a adquirir una servidumbre en la extensión territorial en la que se ubica su concesión minera y siempre mediante un título que lo habilite para ello”¹⁷¹. Lamentablemente, obviar este análisis es consistente con la jurisprudencia mayoritaria, ya que a pesar de los tribunales han sido consistentes en estimar que no existe legitimación activa para actuar en contra de los predios superficiales “esto no se ha traducido en un examen de admisibilidad previo ni en la suspensión de la orden de paralizar las obras durante el proceso. Por el contrario, las Cortes de Apelaciones han ordenado mantener en pausa los trabajos, hasta la dictación de la sentencia de primera instancia”¹⁷².

En el segundo juicio, podemos observar que la sentencia definitiva, dictada casi cuatro años después de que se decretara la suspensión provisional de las obras, rechazó la denuncia por improcedente, ya que, en conformidad al artículo 947 del CC, el interdicto no tiene lugar contra el ejercicio de una servidumbre legítimamente constituida, enfatizando además que el mismo el libelo de la demanda reconoce que la servidumbre había sido constituida en una causa seguida ante el mismo tribunal.

Por otra parte, si consideramos la postura que entiende que antes de conceder la medida, el juez debe verificar que la obra sea denunciante, resulta más simple concebir de manera separada la medida y la acción. En tal sentido, en la última década se ha desarrollado una jurisprudencia minoritaria, que, siguiendo esa interpretación, respalda la práctica de dar curso a la demanda, pero no conceder la suspensión provisional si no se vislumbra que la obra sea denunciante.

En primer lugar, encontramos una causa del 1º juzgado civil de Los Ángeles, donde se dio curso a la demanda sin referirse a la suspensión provisional solicitada. El actor impugna aquello, argumentando que es un deber legal decretarla, pero el tribunal rechaza la reposición, en cuanto “se funda en lo prescrito en el art. N° 565 de Código de Procedimiento Civil, el cual se refiere solamente a las obras denunciante, cual es el caso de aquellas que enumera el art. N° 931 del Código Civil, ninguno en los cuales puede enumerarse la obra de autos”¹⁷³. En conocimiento de la apelación subsidiaria, la ICA de Concepción, menciona que “la materia a resolver es, si el juez puede admitir a tramitación la denuncia de obra nueva, sin decretar la suspensión de dicha obra –porque tiene dudas si ésta tiene la calidad de denunciante-, o debe emitir dicho pronunciamiento en el mismo acto, de

¹⁷⁰ VERGARA BLANCO, A. 2010. Instituciones de Derecho Minero. Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing Chile. 628p.

¹⁷¹ PULGAR, M.P. 2019. La denuncia de obra nueva en el desarrollo de proyectos de inversión. ¿Protección inherente de las concesiones mineras o abuso del derecho? En: Actas de las VII, XIII y XV jornadas de derecho de minería. Santiago, Thomson Reuters. pp. 583-597. 588p

¹⁷² *Ibid.* 590p.

¹⁷³ Rol C-3150-2016 del 1º juzgado de civil de Los Ángeles, 7 de noviembre de 2016.

acuerdo a lo dispuesto en el artículo 565 del Código de Procedimiento Civil”. El tribunal de alzada establece primeramente, que “la demanda de denuncia de obra nueva no está sujeta a control de admisibilidad, trámite que es excepcional, toda vez que cuando el legislador la ha considerado exigible, lo ha indicado expresamente” y que por otra parte, “como el decreto de suspensión provisional sólo es procedente cuando la obra nueva es denunciante, calidad que el juez al proveer la demanda bien puede estimar que no tiene todos los elementos de juicio para pronunciarse respecto de la calidad de denunciante, prefiriendo escuchar a la denunciada y, en su caso, recibirla a prueba, bien puede posponer su decisión para la sentencia definitiva, para resolver con los antecedentes necesarios para tan trascendente decisión, y por consiguiente, darle curso procesal a la denuncia, sin decretar la suspensión provisional de la obra”¹⁷⁴. En vista de lo anterior, determina la Corte que el juez ha obrado conforme a derecho, confirmando lo resuelto. En la causa consta que el denunciante no continuó su tramitación luego del rechazo de la suspensión provisional.

Este argumento fue reproducido por la Corte de Apelaciones de Temuco, en una sentencia que revoca lo resuelto por el tribunal de primera instancia, decidiendo rechazar la solicitud de suspensión provisional de las obras solicitada por la parte demandante, disponiéndose el inmediato alzamiento de la misma¹⁷⁵. En este caso, el actor tampoco continuó la tramitación de la acción.

En tercer lugar, una resolución dictada por el 2º juzgado civil de Calama concluye que “al menos prima facie, a la luz de lo previsto en los artículos 930 y 931 del Código Civil, no se advierte que las obras que lleva adelante la demandada sean denunciables, sin perjuicio de lo que se pueda zanjar en definitiva. Por estos motivos, resuelvo rechazar la solicitud de suspensión de la obra denunciada”¹⁷⁶. El actor impugna la resolución, alegando una incorrecta interpretación de los artículos 565 del CPC y 930 y 931 del CC, insistiendo en que la normativa establece que la suspensión se debe dar automáticamente y que la Corte Suprema ha sido enfática en este mismo sentido. Resolviendo la reposición, el tribunal cita los fallos antes mencionados y sobre el carácter denunciante de la obra en el caso específico, menciona que el actor ha interpuesto la acción sin aducir la titularidad de un derecho que le permita denunciar la obra, rechazando la impugnación. Posteriormente, la Corte de Apelaciones Antofagasta confirmó lo resuelto.

La postura adoptada por estos jueces y el subsecuente análisis de los fundamentos de la demanda fue determinante para evitar una paralización de obras de manera injustificada. Así, en el primer caso, se niega la medida a un comité de defensa patrimonial que pretende suspender una obra ordenada por la municipalidad de la comuna y que consiste en la construcción de un edificio en un lugar de uso público, supuesto que el tribunal considera no se encuentra dentro de lo establecido por el Código Civil.

¹⁷⁴ ICA de Concepción, 19 de diciembre de 2016, rol N°1801-2016, considerando 4º.

¹⁷⁵ ICA de Temuco, 10 de junio de 2021, rol N°951-2020, considerando 4º y 5º.

¹⁷⁶ Rol C-1638-2021 del 2º juzgado civil de Calama, 15 de junio de 2021.

En el segundo caso, se decreta la medida sin que la actora haya siquiera acompañado un certificado de dominio vigente del inmueble del que dice ser poseedora. Dicha resolución es luego revocada en razón de una reposición deducida por el denunciado, resolviendo en su lugar dar traslado a la demanda y la solicitud de suspensión inmediata de las obras. El demandado evacua traslado, argumentando que el poseedor del inmueble supuestamente afectado es un tercero extraño al juicio; que la obra denunciada se ubica en una faja de servidumbre legalmente constituida hace más de siete años en favor del inmueble de la denunciada, gravamen que se encuentra inscrito en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, que consta anotado al margen de la inscripción de dominio referida en la demanda, pero todos estos antecedentes han sido ocultados por la actora; y finalmente, que las obras actuales se sustentan en el derecho de inspección, mantención o reparación de las instalaciones que corresponde al predio dominante según el contrato celebrado. Acompaña además los documentos que sustentan dichas alegaciones. Aun teniendo estos antecedentes a la vista, el juzgado resuelve ordenar la paralización provisoria de las obras, simplemente “atendiendo la finalidad de la denuncia deducida”. Finalmente, es en segunda instancia, que se decide que existe controversia sobre si las obras ejecutadas tienen o no la calidad de obra nueva, ya que la denunciada ha argumentado que las obras corresponden a reparación y limpieza de obras ya instaladas en una servidumbre legalmente constituida, de manera que no se cumple con uno de los requisitos establecidos por el legislador para otorgar la medida.

En el tercer juicio mencionado, se repara en que el actor no aduce la titularidad de un derecho que le permita denunciar la obra, enfatizando la asentada doctrina y jurisprudencia que reconoce que solo son denunciables con relación a la concesión minera las obras nuevas que, construidas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre legalmente constituida sobre la propiedad y que resulta “inaceptable que el titular de una concesión minera, conceptualmente, derechos distintos e independientes del dominio del predio superficial, pretenda impedir la realización, construcción o edificación de toda obra sobre el mismo, basándose exclusivamente en su calidad de tal y en el desarrollo ocasional y esporádico de labores de prospección minera”¹⁷⁷.

Cabe destacar que si bien esta jurisprudencia respalda una interpretación del artículo 565 CPC que entiende que para decretar la suspensión provisional de la obra el juez necesariamente deberá verificar que se trata de una obra denunciante, se separa de la doctrina previamente comentada, donde tanto autores actuales como del siglo pasado plantean que en el supuesto que la demanda no se refiera a una obra denunciante, el juez no dará tramitación a la demanda. Ya sea que se resuelva de oficio o promovido por una solicitud del denunciado, un elemento sumamente determinante en los juicios donde que se ha denegado la medida, consiste en que de todas maneras se ha dado tramitación al interdicto, ya que en el supuesto contrario, resulta sumamente probable que la solicitud sea denegada o que la decisión favorable al denunciado sea revocada por un tribunal

¹⁷⁷ ICA Antofagasta, 27 de mayo de 2014, rol N°72-2014, considerando 16°.

superior, bajo el sustento de los argumentos asentados por la jurisprudencia y doctrina que aún se posiciona como mayoritaria.

2. LA INFRACCIÓN DE LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO.

La Constitución Política de la República en su artículo 19 N°3 inciso sexto, dispone que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.” A este respecto, el Tribunal Constitucional (en adelante, e indistintamente “TC”), ha indicado reiteradamente que corresponde al legislador precisar en cada caso las garantías procesales que conforman el debido proceso y que el desarrollo jurisprudencial tiene un rol complementario¹⁷⁸. Se entiende que el procedimiento ha de ser “racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo en el sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”¹⁷⁹. La garantía se extiende sin limitación al ejercicio de la jurisdicción y en “todo proceso, cualquiera sea su forma u oportunidad en que se produce, al exigir su concurrencia ‘siempre’; se trata de un mandato categórico al legislador, no susceptible de calificación o interpretación” y “se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica”¹⁸⁰.

El TC también ha aseverado que, en conformidad con la doctrina nacional, el derecho que la Constitución asegura a todas las personas “debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores ...”¹⁸¹

En tanto se encomienda al legislador la labor de establecer los componentes de un procedimiento racional y justo en cada juicio regulado, muchos de los cuestionamientos dirigidos contra la figura en estudio, se relacionan a que la normativa consagrada no cumpliría con el mandato constitucional, considerando la situación desmejorada en que se encuentra el demandado, reclamándose principalmente la vulneración de garantías como la igualdad ante la ley y la bilateralidad de la audiencia.

Desde la perspectiva constitucional, el principio de igualdad supone “que todas las personas tengan acceso a la justicia, lo que implica la igual protección de la ley en el ejercicio de sus

¹⁷⁸ Tribunal Constitucional, 7 de julio de 2011, rol N°1838-2010, considerando 9°.

¹⁷⁹ *Ibid.* considerando 10°.

¹⁸⁰ Tribunal Constitucional, 8 de agosto de 2006, rol N°478-2006 considerando 13°.

¹⁸¹ *Ibid.* considerando 14°.

derechos”¹⁸². Esto no conlleva necesariamente que las normas sean idénticas para todos, puesto que no se trata de una igualdad en sentido absoluto, sino que admite una diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. El constituyente no ha proscrito toda discriminación, sino que ha puesto como límite que esta sea arbitraria, de forma que el legislador puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que no se haga arbitrariamente y responda a diferenciaciones razonables y objetivas¹⁸³.

Otra garantía mínima es la bilateralidad de la audiencia, la que apunta a que el demandado tenga oportunidad de controvertir en juicio¹⁸⁴, y que comprende a su vez, el conocimiento oportuno de la acción y el emplazamiento¹⁸⁵. También es una expresión del derecho a la defensa, en tanto, nadie puede ser condenado sin ser oído, sea en un juicio civil o penal, en consecuencia, el demandado debe contar con un plazo razonable y los medios necesarios para presentar adecuada y eficazmente sus alegaciones¹⁸⁶. La magistratura constitucional admite que la contradicción puede manifestarse en una variedad de formas e intensidades y que no requiere necesariamente que se ubique en un momento determinado del proceso¹⁸⁷.

Corresponde entonces, revisar las críticas levantadas y analizar si las particularidades plasmadas en esta regulación -especialmente en torno a la medida de suspensión provisional de la obra nueva- se pueden considerar como justificadas y racionales.

Siguiendo un desglose realizado por el profesor Casarino, en relación con la obra nueva, el denunciante tiene derecho a solicitar: i) la suspensión provisional; ii) la suspensión definitiva; iii) la demolición de la obra; y iv) si el interdicto haya sido rechazado, puede pedir su demolición por vía ordinaria. Por otra parte, el denunciado podrá: i) pedir autorización judicial para hacer en la obra lo que sea absolutamente indispensable a fin de que no se destruya lo edificado; ii) en el supuesto que se dicte una sentencia que ratifique la suspensión provisional, solicitar autorización judicial para continuar con la obra, debiendo cumplir las condiciones establecidas en el artículo 570 CPC; y finalmente, iii) demandar por vía ordinaria, que se declare su derecho a continuar la obra¹⁸⁸. El profesor igualmente señala que en este juicio “la posición del denunciado será diametralmente opuesta a la del denunciante y, por consiguiente, todos sus esfuerzos tenderán a que a la obra nueva se le dé pronta y total terminación”¹⁸⁹.

Según lo ya revisado, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la normativa establece que la concesión de la suspensión provisional opera automáticamente, de manera que el juez simplemente revisará que la demanda se haya interpuesto cumpliendo con los requisitos del

¹⁸² Tribunal Constitucional, 23 de julio de 2020, rol N°8473-2020 considerando 11°.

¹⁸³ Tribunal Constitucional, 18 de octubre de 2018, rol N°3470-2017, considerando 18°.

¹⁸⁴ Tribunal Constitucional, 26 de abril de 2012, rol N°1994-2011, considerando 26°.

¹⁸⁵ Tribunal Constitucional, 9 de julio de 2014, rol N°2656-2014 considerando 12°.

¹⁸⁶ Tribunal Constitucional, 14 de mayo de 2020, rol N°7845-2019 considerando 13°.

¹⁸⁷ Op. cit. Tribunal Constitucional, rol N°3470-2017, considerando 9°.

¹⁸⁸ Op. cit. CASARINO VITERBO, M. 23-25p.

¹⁸⁹ *Ibíd.* 24p.

artículo 254 CPC y decretará la medida, sin analizar el mérito de la solicitud o valorar los antecedentes acompañados. Aquello resulta extremadamente beneficioso para el actor, porque si es imperativo para el juez conceder la medida, entonces no tiene ninguna elección más que decretar lo pedido, de forma que es el solicitante quien ostenta realmente la atribución de fijar el contenido de la medida, y en consecuencia, con tan solo con denunciar una obra, conseguirá que se ordene su suspensión provisional, se mande a tomar razón de su estado y circunstancias y se aperece al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su costa, de lo que en adelante se haga.

Aquí se marca una gran disparidad entre las partes del juicio, ya que el demandante se sitúa en una posición donde prácticamente pasa a reemplazar la labor del juez, y obtiene la satisfacción anticipada de su pretensión simplemente por presentar la demanda, sin que importe el mérito de la solicitud o la existencia de pruebas, mientras que el demandado ve afectados sus derechos, sin tener la oportunidad de presentar sus descargos sobre lo solicitado y sin siquiera tener conocimiento de la demanda. Así, “se despoja a las partes de su posición de igualdad natural en la que deben encontrarse en todo proceso judicial, dándosele al denunciante una ventaja abismante”¹⁹⁰.

El artículo 566 CPC establece que para llevar a efecto la medida decretada no es necesaria la notificación del denunciado, sino que bastará con que se notifique al que esté dirigiendo o ejecutando la obra, y como se trata de un tercero, esta se podrá llevar a cabo personalmente o por cédula. De esta forma, la orden de suspensión provisional, “se respetará aun cuando todavía no se haya notificado al denunciado”¹⁹¹.

Como ya fue mencionado, para llevar a cabo una adecuada defensa de sus intereses, el demandado debe ser emplazado, y sobre este punto, el Tribunal Constitucional se ha remitido a lo sostenido por el profesor y ex ministro de ese tribunal, don Juan Colombo Campbell, quien sostiene que “en términos generales, en todo proceso debe operar el principio de la bilateralidad ... No obstante, en casos excepcionales y por razones de conveniencia procesal el legislador puede aplicar el principio de unilateralidad, lo que realiza con frecuencia en los procedimientos monitorios cautelares... En tal caso la unilateralidad queda compensada por la racionalidad que debe tener el procedimiento y con la preparación del juez ante el cual se tramita el proceso”¹⁹². En base a esto, se indica que la falta del emplazamiento puede violar o no el debido proceso dependiendo del juicio que se trate, ya que, atendiendo a su naturaleza específica, el legislador puede establecer diversas formas de notificación e inclusive puede prescindir de ella en casos calificados, procurando un bien superior¹⁹³.

Considerando que la medida se decreta sin oír al afectado y que tiene pleno efecto sin necesidad de que se le notifique, resulta necesario analizar si estas manifestaciones de unilateralidad

¹⁹⁰ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional, rol N°1475-2009. 25p.

¹⁹¹ Op. cit. CASARINO VITERBO, M. 22p.

¹⁹² COLOMBO CAMPBELL, J. 2006. El debido proceso constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 32. 92p.

¹⁹³ Op. cit. Tribunal Constitucional, rol N°1994-2011, considerandos 28° y 29°.

se justifican en atención a las particularidades del procedimiento y también si existe alguna compensación que pueda suplir la deficiente situación del interviniente que ve coartadas sus garantías.

En cuanto a no requerir oír al demandado, aquello resulta consistente con la naturaleza del procedimiento, y también con cómo operan los otros casos de medidas provisionales y urgentes. En términos procedimentales no es un sinsentido que se haya contemplado así, pero el problema se encuentra en la falta de exigencias en cuanto a presupuestos de procedencia. Sobre todo, si atendemos a la interpretación de la concesión imperativa, el establecimiento específico de la normativa carecía de fundamento, porque no hay nada que sustente que el denunciante se encuentre en una posición que amerite un trato tan privilegiado como sería que se decrete esta medida automáticamente.

Ahora, en torno al tema de la notificación ¿tiene sentido que se notifique a quien ejecuta la obra? Claro, tanto por la naturaleza urgente del procedimiento como porque la resolución que contiene la orden de paralización de los trabajos contempla otros aspectos que han de verificarse *in situ*. ¿Se justifica por otra parte que se excluya completamente la necesidad de notificar al demandado? esto sin lugar a dudas es una situación muy excepcional. Según mencionábamos, la magistratura constitucional concibe que el legislador puede hacerlo en casos calificados y procurando un bien superior ¿cuáles serían estos supuestos? ¿se aplican a este caso? parecería que esto ocurre cuando existe un riesgo asociado a que la notificación puede entorpecer la efectividad de la medida, como por ejemplo en el caso que se tema que el demandado podría ocultar o disipar sus bienes. Si nos fijamos en otro caso donde opera la unilateralidad, permitiéndose que una medida cautelar se pueda llevar a efecto antes de notificarse al afectado, el artículo 302 inciso 2º CPC, establece que esto se hará “siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene”, lo que implica una evaluación adicional y concreta sobre las circunstancias de la petición. Sin embargo, aquello no ocurre en el caso en estudio, no hay un estándar más alto, no se analiza el mérito de la solicitud y tampoco es posible vislumbrar riesgo alguno que pueda seguirse de la notificación y que pueda justificar que se prescinda de ella.

Por otra parte, habiendo fijado esta disposición ¿por qué no se considera algún tipo de compensación en atención al demandado?, como establecer que la notificación tendrá que efectuarse dentro de un plazo específico, bajo el apercibimiento de dejar sin efecto la suspensión decretada. Si en el caso de las medidas cautelares se toma esa precaución y se impone una carga a quien ha sido beneficiado por la concesión de la medida bajo ese contexto excepcional ¿por qué aquí prácticamente se deja en el aire la notificación del demandado? permitiendo que los efectos de la medida sean incondicionales y se mantengan indefinidamente, sin importar que el demandado tenga o no conocimiento de ella. Es por ello que en las medidas cautelares ordinarias se habla de solo una autorización de postergación de bilateralidad de la audiencia, porque la notificación debe realizarse al demandado dentro de un determinado plazo, bajo apercibimiento de caducidad de la medida cautelar.

Antes se mencionó que la unilateralidad se ha de salvar con “la racionalidad que debe tener el procedimiento y la preparación del juez”, y a ese respecto, se ha criticado que, a diferencia de lo establecido en otros procedimientos, aquí no se ejerce un control o un análisis donde se requiera el cumplimiento de alguna exigencia que fundamente dar lugar a la medida. Mientras que, en la tramitación de las medidas cautelares, la unilateralidad se encuentra suplida por el *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*, donde se requiere que los antecedentes acompañados por el solicitante alcancen un cierto estándar de prueba. También en el embargo, se existe un control ex ante, en cuanto, para que este proceda se requiere previamente tener un título ejecutivo. Considerando además que, pronunciarse sobre tales solicitudes, el juez procederá con su preparación y plenas facultades de raciocinio y deliberación, ejecutando plenamente la faz jurisdiccional del conocimiento¹⁹⁴.

En lo que se refiere a la oportunidad de controvertir, es necesario tener en cuenta que este aspecto puede manifestarse de distintas formas, como puede ser la vía incidental o mediante la interposición de recursos¹⁹⁵, y que también puede limitarse sin que por eso se esté vulnerando la garantía, pero siempre se ha de enfatizar que lo que no puede ocurrir es que “el procedimiento en cuestión no contemple ninguna oportunidad de oposición, al extremo que de existir controversia acerca de la existencia o validez de las obligaciones o de la garantía, ello no pueda revisarse judicialmente”¹⁹⁶. También se ha fallado, “todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas, o las restrinja de forma que la coloque en una situación de indefensión o de inferioridad”¹⁹⁷, se encuentra fuera del ámbito del mandato que la Constitución ha encomendado al legislador.

Aquí es donde se evidencia más la posición desmejorada del demandado, ya que su rango de acción respecto a la medida de suspensión provisional es muy limitado. Lo único que puede hacer es recurrir en contra de la resolución que decreta la suspensión provisional, sin que se contemple que se pueda oponer a la medida por vía incidental o que solicite directamente su alzamiento. En atención a lo mencionado, creemos pertinente recalcar que estamos enfocando nuestras observaciones solo en torno a la suspensión provisional, de forma que es importante tener en cuenta la distinción entre la medida provisional y la suspensión definitiva de la obra, así, si bien la contestación de la demanda es una instancia de contradicción, esta se referirá al fondo de la acción, es decir a la suspensión definitiva.

La restricción más importante está en que no se pueda revisar la medida. La normativa considera la mantención de la suspensión provisional durante la tramitación del interdicto e impide

¹⁹⁴ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado en la causa rol N°1475-2009. 31-36p. Solicita que se declaren inaplicables por inconstitucionalidad los artículos 565, 567 y 569 del CPC, en cuanto ordenan al juez decretar provisionalmente la suspensión de la obra, ordena mantener la suspensión mientras dure el interdicto e impide el alzamiento en el mismo periodo. Lamentablemente, no contamos con un pronunciamiento sobre el fondo de estos reclamos, en tanto, el requerimiento fue declarado inadmisibile por el Tribunal Constitucional con fecha 1 de octubre de 2009.

¹⁹⁵ Op. cit. Tribunal Constitucional, rol N°3470-2017, considerando 21°.

¹⁹⁶ *Ibid.* considerando 9°.

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2008, rol N°808-2008, considerando 10°.

el alzamiento de la medida por parte del juez en este periodo. Una vez que la resolución que decreta la medida está firme, está no se podrá alzar durante el juicio, aunque existan antecedentes a la vista que demuestren que la suspensión no sería realmente necesaria o que no se verifican sus requisitos de procedencia. Esto es criticable sea que nos ubiquemos en la ámbito de la tutela cautelar o de la tutela anticipada, en tanto, respecto al primer supuesto, se consagra explícitamente en el artículo 301 del CPC que todas estas medidas son esencialmente provisionales y deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar, y en cuanto al segundo ámbito, porque se considera “errado forzar el mantenimiento de la tutela anticipada si durante el curso del proceso desaparecen los presupuestos necesarios para su otorgamiento. La tutela anticipada requiere de la concurrencia de los requisitos de procedencia para que reciba aplicación. Si estos ya no se manifiestan, la mantención de la medida implicaría imponer al afectado una obligación procesal sin una debida justificación. En este caso, la tutela anticipada dejaría de operar dentro del marco del debido proceso”¹⁹⁸. Esta situación reviste mayor gravedad si consideramos que la suspensión provisional se decreta dentro de un proceso de urgencia, el que debe con mayor razón aún ser terminado dentro de un plazo breve para cumplir con la exigencia del ejercer la jurisdicción en un proceso dentro de un plazo razonable. La dilación del plazo más allá de un plazo razonable no respeta la exigencia de un proceso de urgencia, y menos aún que se decrete una suspensión provisional sin mayor control de los requisitos que la hagan procedente.

Por otra parte, tampoco se permite que se pueda alzar la suspensión otorgando una caución suficiente, lo que es estándar en el caso de las medidas cautelares. La posibilidad de otorgar una caución para poder continuar la obra solamente se contempla en el caso del artículo 570 del CPC, supuesto que requiere que se haya dictado una sentencia condenatoria por el tribunal, por lo que se refiere en realidad a la suspensión definitiva, y donde además se exige que el denunciado acredite que la suspensión le genera graves perjuicios y que deduzca al mismo tiempo una demanda ordinaria para que se declare su derecho a continuar la obra. Además, si tenemos en cuenta que aplica al caso de una sentencia condenatoria, probablemente no será de utilidad para el afectado por una denuncia infundada, la que en teoría, debiese ser rechazada.

Finalmente, en cuanto a los recursos, las normas también son más beneficiosas para el demandado, ya que la regla general para la apelación, es que esta se concederá en el solo efecto devolutivo, salvo que se trate de un fallo que rechace el interdicto (art. 550 del CPC). En consecuencia, la orden de alzar la suspensión provisional no podrá cumplirse estando pendiente la apelación, y la medida continuará en pleno efecto mientras la causa esté en tramitación ante el tribunal de alzada.

En base a lo mencionado es posible dibujar un claro panorama de desigualdad entre las partes y una grave desprotección al denunciado, sin que estas excepciones al principio de igualdad o a la

¹⁹⁸ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 162p

bilateralidad de la audiencia se justifiquen de forma racional y objetiva o que los graves efectos derivados de la medida sean morigerados por la racionalidad del procedimiento o la preparación de los jueces. Por lo tanto, coincidimos con las críticas expresadas y consideramos que la normativa actual se sitúa por debajo del estándar requerido para un racional y justo procedimiento.

3. LA DILACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Si consideramos reclamos como que en este procedimiento “están todas las condiciones dadas para dejar al demandado en la más completa indefensión, entregado a la tramitación completa del procedimiento”¹⁹⁹, resulta evidente que la duración del juicio se elevará como un factor importantísimo, puesto que, su extensión tendrá por efecto la acentuación de las complicaciones planteadas.

En tanto se trata de un juicio breve y concentrado, la tramitación del interdicto se reduce, en teoría, a la presentación de la demanda, la celebración de un comparendo de contestación y prueba y la dictación de la sentencia, la que debe dictarse dentro de los tres días siguientes a la realización de la audiencia de estilo o de la recepción del informe pericial si este se hubiese ordenado.

Sin embargo, esto no es lo que ocurre en la práctica, particularmente en relación al pronunciamiento del fallo, que puede tomar meses. Lo planteado es consistente con la situación general en nuestro sistema procesal civil, donde la sobrecarga de los tribunales y la consecuente demora para obtener la resolución de un litigio es una realidad transversal a todo tipo de procedimiento, incluyendo los urgentes. Pero también es necesario considerar que las dilaciones injustificadas del procedimiento pueden ser orquestada por el actor.

En este sentido, se ha mencionado que, en la práctica, “es habitual que el denunciante alargue artificialmente el procedimiento, solicitando peritajes, oficios y otros medios de prueba innecesarios y presente infinitos incidentes con la única finalidad de extender su duración”²⁰⁰. A causa de estos factores, la tramitación completa de una denuncia de obra nueva -y con esto, la suspensión provisional de las obras- puede extenderse por varios meses e inclusive años²⁰¹.

En cuanto a aspectos del procedimiento que permiten o facilitan su dilación, podemos mencionar primeramente, que el actor no tiene ningún incentivo para notificar a la contraparte y dar así curso progresivo a los autos. Ya que, basta con que notifique la suspensión provisional al encargado de la obra para que tenga completo efecto la satisfacción anticipada de su pretensión y aquello se mantendrá indefinidamente, aunque no se notifique al demandado. Por el contrario, le resulta más beneficioso que el denunciado no sea emplazado, así no corre riesgos como que este impugne lo resuelto o que el juicio avance hasta el estado de dictación de una sentencia que podría

¹⁹⁹ Op. cit. PULGAR, M.P. 586p.

²⁰⁰ Ibid. 585p.

²⁰¹ Así por ejemplo, las causas rol C-16-2013 del juzgado de letras y garantía de Los Vilos y rol C-61-2020 del 2º juzgado civil de Ovalle se prolongaron por casi cuatro años.

rechazar la denuncia y mandar a alzar la suspensión. Como ya ha obtenido la paralización de las obras, no tiene necesariamente un interés de que se dé pronta solución al juicio a través de una sentencia que falle el asunto sometido al conocimiento del tribunal. Por otra parte, la realización de la audiencia de contestación y prueba está condicionada a esa notificación, y el juez no puede fijar una audiencia determinada, ya que “la ley le señala una fórmula enteramente diversa, cual es, el quinto día hábil después de la notificación del demandado”²⁰². A causa de estas circunstancias, muchas veces, el denunciado toma conocimiento de la suspensión de forma extrajudicial y opta por comparecer apresuradamente ante el tribunal, notificándose expresamente de la demanda, para así realizar alguna presentación e intentar que la medida sea alzada.

En segundo lugar, el retardo en la tramitación puede generarse con ocasión de algunas diligencias probatorias. En la práctica, la complicación primordial está en la prueba pericial, que se puede llegar a alargar considerablemente, especialmente por las diligencias previas de nombramiento, aceptación de honorarios, reconocimiento y posteriormente la emisión del informe. El artículo 568 inciso 2º del CPC menciona que “si alguna de las partes lo pide, y en concepto del tribunal son necesarios conocimientos periciales, se oirá el dictamen de un perito, que se expedirá dentro de un breve plazo que aquél señalará”. Esta mención a un breve plazo no configura realmente una ayuda, ya que la mayoría de las veces el juez no establece un plazo específico. Igualmente, se ha de tener en cuenta que, en conformidad al artículo 569 CPC, si se ha decretado esa diligencia probatoria, la recepción del dictamen del perito es lo que determinará que se cite a oír sentencia y se dicte el fallo correspondiente. De forma que la demora en esta diligencia puede ser lo que más retrase que la causa quede en estado de dictar sentencia.

Considerando que la redacción de la norma condiciona la diligencia a que en concepto del tribunal sean necesarios conocimientos periciales, cabe preguntarnos si ¿el juez podría rechazar que se oiga el dictamen? ya sea rechazando la solicitud de prueba o prescindiendo del dictamen si este no es presentado en un plazo razonable. Con relación a esto, existe jurisprudencia que establece que “conforme al claro tenor del art. 568 del Código de Procedimiento Civil, el informe de peritos resulta facultativo para el tribunal. En efecto, el verbo ‘oirá’ es precedido de la frase ‘y en concepto del tribunal son necesarios conocimientos periciales’, quedando en evidencia que la práctica de un peritaje en el procedimiento de denuncia de obra nueva es facultativo”²⁰³.

El tercer aspecto, es que el denunciante cuenta con incentivos para recurrir en contra de la sentencia de primera instancia, porque la suspensión provisional no se alzaría hasta que la sentencia esté firme. De esta forma, si interpone recursos en contra de la sentencia que rechaza la denuncia, aunque estos sean infundados, logrará el beneficio de mantener la obra paralizada mientras estos se encuentren en tramitación. Lo que puede tomar meses o años, considerando las demoras propias de

²⁰² Op. cit. CASARINO VITERBO, M. 22p.

²⁰³ ICA de La Serena, 29 de agosto de 2023, rol N°1173-2022, considerando 5º.

la tramitación en Corte, pero también que se pueden ejecutar maniobras dilatorias en los tribunales de alzada.

Al examinar las circunstancias que rodean el actuar de los intervinientes en este juicio, no puede sino causarnos un enorme desconcierto ver como se da vuelta completamente el paradigma bajo el cual concebimos que se otorga la tutela jurídica, y que lo que más beneficie al actor - especialmente si sabe que no le asiste la razón jurídica o si su argumentación o prueba es débil- es que la pronunciación de la sentencia definitiva se retrase lo más posible, mientras que el denunciado tiene como única salida que se finalice completamente el procedimiento.

La gravedad de esta situación se ilustra claramente en lo mencionado por Couture, quien indica que “en el procedimiento el tiempo es algo más que oro, es justicia. Quien dispone de él tiene en las manos las cartas del triunfo. Quien no puede esperar se sabe de antemano derrotado. Quien especula con el tiempo para preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en la ley del fraude lo que no podía ganar en la ley del debate”²⁰⁴.

4. ABUSO DEL PROCEDIMIENTO.

Como existe la posibilidad de conseguir la suspensión provisional de una obra fácilmente y con un mínimo coste procesal para el actor, aquello ha derivado en que muchas veces, la acción sea interpuesta con el solo propósito de configurar un medio de coacción contra el demandado, en tanto, dicha paralización puede frustrar el legítimo interés de su ejecución y generarle un daño enorme, obligándole incluso “a pactar un acuerdo con el denunciante, aun cuando el derecho no esté de su parte o, aún más, no tenga legitimidad activa para interponer esta acción”²⁰⁵.

El derecho a la acción o derecho a la tutela judicial efectiva, implica que los individuos puedan solicitar y obtener un pronunciamiento a través de una sentencia que aplique el derecho al caso sometido a su decisión, resolución que no necesariamente debe ser favorable al requirente, “sino que el juez debe proveer de acuerdo a lo que la ley exija y dentro de los límites que le impone la congruencia”²⁰⁶. El derecho a ejercer la acción que solicita la tutela jurisdiccional es independiente de la existencia del derecho material y del resultado del proceso. De forma que “todos tienen derecho a la acción adecuada a la tutela del derecho, sean o no titulares del derecho material reclamado”²⁰⁷.

Ahora, su abuso, implicaría el ejercicio del derecho a la acción fuera de los límites amparados por el Derecho. En nuestro sistema, la figura no se recoge expresamente, por lo que su contenido no está determinado, sino que ha sido trabajado principalmente por la doctrina y jurisprudencia. Romero nos indica que la teoría del abuso del derecho se ubica dentro de la doctrina de los límites del derecho

²⁰⁴ COUTURE, E. Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1979, p.129. Citado por Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 39p.

²⁰⁵ Op. cit. PULGAR, M.P. 586p.

²⁰⁶ Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 23p.

²⁰⁷ MARINONI, L. Introducción al Derecho Procesal Civil. Lima, Palestra. 2015. 157p.

subjetivo, incluyendo aquellos de naturaleza procesal, como son la acción, las medidas precautorias, los recursos o medios de impugnación, etc.²⁰⁸, mencionando que ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia que es factible que “bajo ciertos supuestos, que el actor, al ejercer su pretensión, puede ir más allá del límite que está amparado por el derecho”, y además, destaca de estas decisiones, el reconocimiento de que nuestro ordenamiento jurídico “no tolera a quien de manera arbitraria, caprichosa o injusta ejercita su derecho de acción”²⁰⁹. Así por ejemplo, en una de estas sentencias, la Corte Suprema, determinó que hubo mala fe en el ejercicio de una acción por haberse basado en derechos inexistentes y que este caso representa un supuesto en que “la acción es utilizada con un fin dañoso y como una herramienta ilícita de presión”²¹⁰, conclusión especialmente relevante en el contexto de la figura que nos encontramos estudiando.

Por otra parte, en relación con los límites de lo amparado por el Derecho, cabe considerar que el mismo mensaje del Código de Procedimiento Civil se reconoce que la regulación de las medidas cautelares es un tema delicado y que se hace “preciso conciliar la seguridad del derecho del actor y el respeto a la propiedad del demandado. Menester es limitar dichas medidas a lo estrictamente indispensable para que no se burle la acción del demandante y evitar al mismo tiempo que con ellas sufra menoscabo el derecho de terceros”, demarcándose de alguna manera cual es el marco en que el legislador pretende que operen dichas medidas.

En su tesis doctoral, Arturo Muñoz Aranguren postula que la litigación abusiva corresponde a “un uso injustificado –ya sea por el actor o por el demandado- del derecho a la tutela judicial efectiva, materializado en el ejercicio de acciones (u oposición a las mismas) sin “causa razonable” (reasonable cause); esto es, indefendibles desde un punto de vista fáctico o jurídico por carecer de un fundamento mínimamente sólido”²¹¹. Menciona además que el uso injustificado se configuraría “con independencia de la concurrencia o acreditación del elemento intencional, pues lo relevante es que se propicie –o mantenga- un pleito sin *iusta causa litigandi*. Por ausencia de *iusta causa litigandi* o razón derecha para litigar debemos entender el ejercicio jurisdiccional de una acción –o la oposición a la misma- sin una base, jurídica y/o fáctica, mínimamente razonable”²¹².

Más allá de la idea de prescindir de un elemento de la intencionalidad²¹³, nos resulta particularmente interesante la importancia entregada a la ausencia de *iusta causa litigandi* en la

²⁰⁸ Op. cit. ROMERO SEGUEL, A. Curso de derecho procesal civil. Tomo I. 232p.

²⁰⁹ *Ibid.* 234p.

²¹⁰ Corte Suprema, 24 de noviembre de 2009, causa rol 2275-2008, considerando 10°.

²¹¹ MUÑOZ ARANGUREN, A. 2018. Litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios. Memoria para optar al grado de Doctor. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. 35p.

²¹² *Ibid.* 36p.

²¹³ Ver: BUZETA VARGAS, M. 2019. De la responsabilidad por litigación abusiva en Chile: estándar de diligencia exigido. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 24-26p, menciona que para encontrar una respuesta sobre que podemos entender como ejercicio abusivo de un derecho en nuestro país “se hace necesario entonces atender a lo que han dicho los tribunales superiores de justicia sobre el tema. Si bien, en ocasiones la Corte Suprema ha asimilado el abuso del derecho con la comisión de delitos o cuasidelitos civiles -responsabilidad civil-, en otras, ha aplicado un concepto más amplio de abuso que no se limita a las hipótesis de negligencia y dolo propias de las reglas del régimen general de responsabilidad” y que “teniendo en cuenta la existencia de diferentes corrientes respecto a la definición de abuso y la jurisprudencia citada, no parece del todo pacífico afirmar que la

pretensión, indicando que tiene un innegable nexo conceptual con la falta de interés legítimo del demandante, que debe existir para que su pretensión obtenga una respuesta jurisdiccional. En caso de no contar con él no se tomaría la molestia de iniciar la litis, y si aun así lo hiciera “la finalidad de esa tutela judicial es ilegítima por contrariar el ordenamiento jurídico”²¹⁴.

Otra fuente sumamente interesante, corresponde a la clasificación de la casuística del abuso del proceso realizada por Ferrer Martín, quien indica que: “el abuso de los derechos procesales debe apreciarse en la actuaciones siguientes, deduciéndose el carácter abusivo: a) De modo subjetivo, en el litigante que: 1) Sin motivo legítimo promueva un proceso con el solo propósito de molestar a su contrario, revelando conducta dolosa o gravemente culposa; 2) Con igual fin promueva recursos infundados sin más objeto que dilatar la efectividad de la sentencia recaída; 3) provocando dilaciones o retrasando de cualquier modo la resolución de litigios, para molestar o alejar la declaración de derecho discutido. b) En forma objetiva, por dirigir el proceso a fines inadecuados: procesos aparentes, simulados y fraudulentos en perjuicio de terceros”²¹⁵.

En el caso del abuso de la DON en nuestro ordenamiento, según hemos podido observar en el curso de esta investigación, el *modus operandi* con que actúa el denunciante, tiene dos componentes característicos, el primero consiste en demandar y solicitar la suspensión provisional pese a que no cuente con un interés legítimo para ello y en segundo lugar, dilatar lo más posible el procedimiento, evitando avanzar hasta el momento en que la sentencia definitiva se encuentre firme y se ordene alzar la suspensión provisional.

En cuanto al primer aspecto, es reconocido que el derecho a la acción implica que el interviniente pueda elegir la vía que le parezca más correcta para el ejercicio de sus derechos, y para efectuar esto, necesariamente realizará un análisis o juzgamiento previo de su pretensión, del que resultará una conclusión (a lo menos preliminar) sobre si cuenta realmente con un derecho o interés que se puede proteger jurídicamente y cuál sería el mecanismo que el ordenamiento contempla para tal protección. Partiendo de ese supuesto, en el caso que un sujeto realice este examen para determinar si, en conformidad al derecho vigente, le asiste específicamente la tutela otorgada por la denuncia de obra nueva, cuestionará si cumple con las condiciones de ejercicio de la acción. Y si de este examen resulta claro que no esto no se verifica, ya sea porque no tiene la calidad de poseedor ni la de titular de derechos reales sobre el inmueble afectado; porque los trabajos no son nuevos, sino que corresponden a labores de mantención o incluso a una obra ya terminada; la obra se ejecuta bajo

teoría del abuso del derecho y las reglas de responsabilidad civil son un mismo criterio de limitación al ejercicio de los derechos subjetivos”.

²¹⁴ Op. cit. MUÑOZ ARANGUREN, A. 174p. También, la Corte Suprema, ha tomado en cuenta este aspecto al mencionar en una sentencia del 15 enero de 2013, rol 9336-2010, Considerando 9º: “que el autor Pablo Rodríguez Grez en su libro “El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial”, Editorial Jurídica, página 85, señala: “Nos hallamos frente al abuso del derecho, siempre que la pretensión que se hace valer no tiene por objeto satisfacer el “interés jurídicamente protegido” por la norma. Esto sucederá porque se reclama un beneficio que no corresponde o porque se excede el beneficio que tolera y ampara el respectivo derecho subjetivo”.

²¹⁵ FERRER MARTÍN, D. 1969. Abuso del derecho en el proceso. Revista de Derecho Procesal. 1. 149p. Citado por Op. cit. MUÑOZ ARANGUREN, A. 72p.

el ejercicio de una servidumbre legalmente constituida, o son consideradas por la ley como no denunciabiles ¿por qué se interpondría esta acción? La realidad es que, la muchísimas veces la DON es utilizada como un comodín, a pesar de que la acción adecuada para la tutela que pretende el demandante pueda ser otra o incluso si directamente no existe un interés real de tutela. Hay que considerar que la acción es adecuada “cuando es construida conforme a la tutela específica solicitada y a las circunstancias del caso concreto”²¹⁶.

Algunas de las circunstancias e intereses que suelen presentarse en estos procedimientos interdictales corresponden a resguardar una propiedad con valor histórico, evitando su modificación o demolición; frenar la construcción de obras de vialidad pública, como puentes, caminos, túneles o carreteras; impedir la construcción de plantas generadoras de energía o la instalación de sus torres de transmisión eléctrica; la oposición a una expropiación o al ejercicio de una servidumbre, etc. Estas pretensiones y supuestos de hecho, se refieren a ámbitos específicos, en los que se contemplan instancias de oposición para quienes se consideren afectados en sus derechos, y también el ejercicio de acciones y recursos, ya sea ante organismos de la administración o tribunales de justicia, tanto especiales como ordinarios. De forma que, desde la perspectiva dogmática, tendría más sentido atender al verdadero interés y las características del caso, optando por oponerse formalmente a algún proyecto; reclamar ante el organismo público competente; impugnar la validez de un decreto de edificación, de permisos ambientales o de otros permisos sectoriales; etc., sin embargo, se prefiere utilizar la DON de una manera inadecuada, porque esta presenta una vía fácil para conseguir paralizar prácticamente cualquier obra. El uso de la DON en estos casos no implica necesariamente que de trasfondo exista una intención maliciosa del demandante, dirigida simplemente a presionar o dañar a la parte contraria, pero resulta evidente de todas formas que se inició el procedimiento bajo una finalidad no amparada por el ordenamiento.

Por otra parte, debemos considerar que el solo rechazo de una demanda no permite calificar el ejercicio de la acción como abusiva, “puesto que ello puede provenir de varias explicaciones que justifican la actuación del litigante perdedor, entre otras: haber obrado convencido de una interpretación jurídica perfectamente lícita o de una calificación jurídica de los hechos enteramente razonable, pero que no fue compartida por el juez; haber demandado asilándose en una determinada interpretación judicial no decantada jurisprudencialmente o, si lo estaba, pensando que los nuevos argumentos podrían modificar esta doctrina, entre otras razones”²¹⁷. Esta idea también ha sido respaldado por la Corte Suprema, que ha determinado que “el hecho de negarse lugar a lo pedido por la demandante principal no importa necesariamente que debe entenderse que al interponer su acción hizo abuso del derecho, sino que tiene como única consecuencia lo que al respecto pueda resolverse

²¹⁶ Op. cit. MARINONI, L. Introducción al Derecho Procesal Civil. 158p.

²¹⁷ Op. cit. ROMERO SEGUER, A. Curso de derecho procesal civil. Vol I. 232-233p

conforme a lo que dispone el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil en relación al pago de las costas de la causa”²¹⁸.

Entonces, ¿cuándo habrá abuso procesal en la denuncia de obra nueva? Sobre este caso concreto, se ha indicado que “para que haya *abuso* es necesario que el derecho se ejercite con la extralimitación, por causa objetiva o subjetiva, *v. gr.* interposición contra una misma obra de más de un interdicto; interposición del interdicto aunque existan otras alternativas menos perjudiciales; interposición del interdicto sin que exista una defensa o protección del derecho propio, sino de otros más generales; exigencia de suspensión total de la obra cuando sólo afecta la perturbación a una mínima parte colindante con la propiedad del interdictante y se plantea la acción sin pedir informe técnico; y el ejercicio de su derecho traspasando sus límites normales, sin ningún beneficio para él y produciendo daños para el interdictado”²¹⁹. En la práctica, podemos encontrar una variedad de juicios donde se presenta uno o más de estos supuestos, tan solo con volver nuestra atención a los casos mencionados al discutir las posturas sobre la concesión automática de la suspensión provosional, podemos observar la utilización del procedimiento, por ejemplo, para impedir el ejercicio de un derecho de la contraria, que específicamente se manifiesta en el uso de una servidumbre legalmente constituida; una organización que pretende impedir la modificación de un edificio de propiedad municipal que se encuentra en un lugar público; y especialmente, casos donde el titular de una concesión minera busca impedir el desarrollo de obras en los terrenos superficiales que se superponen a las pertenencias constituidas en el subsuelo. Este último es de los más recurrentes, y se presenta muchas veces sin que el concesionario cuente realmente con la intención de desarrollar la labor minera. Uno de los casos que llamó particularmente la atención en los últimos años corresponde al de un mecánico que se habría “apoderado” del centro de la ciudad de Puerto Montt, mediante la constitución de una concesión minera de explotación sobre 57 hectáreas, que considera el área del casco histórico de la ciudad²²⁰, quien basándose en ese derecho, interpuso una demanda para frenar la construcción de una pileta ornamental en la plaza de armas de la comuna²²¹, consiguiendo que el tribunal decretara la suspensión provisional de la obra. Y si bien en este caso, al momento de la interposición de la demanda las obras ya no estaban en ejecución, de manera que la orden judicial no afectaría la construcción de la fuente, el demandante intentó que en base a la medida provisional se impidiera la inauguración y/o entrega al uso público de la pileta ornamental, mientras se falle la causa, aunque esto no prosperó. La demanda fue rechazada en definitiva, y pese a que la municipalidad demandada insistió en que la pretensión de la contraria era completamente infundada, inescrupulosa y abusiva, el tribunal rechazó su solicitud de declarar que la denuncia fue temeraria.

²¹⁸ Corte Suprema, 15 enero de 2013, rol 9336-2010, considerando 9°.

²¹⁹ Op. cit. HIDALGO MUÑOZ, C. Las acciones posesorias.

²²⁰ FLORES, J. El mecánico que se “apoderó” del centro de Puerto Montt mediante concesión minera de 57 hectáreas. [en línea] Biobío Chile, 5 de junio de 2019 <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-los-lagos/2019/06/05/el-mecanico-que-se-apodero-del-centro-de-puerto-montt-mediante-concesion-minera-de-57-hectareas.shtml> [consulta: 1 abril 2024]

²²¹ Ver causa rol C-2292-2019 del 2° juzgado civil de Puerto Montt.

Se ha planteado que “la admisión del abuso del derecho en el ejercicio de acciones judiciales opera como un mecanismo de defensa, que debe ser calificado en el proceso donde el demandado alega la existencia de una demanda abusiva”²²², mientras que la acción del interdictado para requerir la indemnización de los daños y perjuicios causados “se reconducirá al juicio ordinario de lato conocimiento, debiendo acreditar la existencia de una conducta dolosa o meramente culposa reveladora de un abuso de derecho en la denuncia de obra nueva ejercitada, hecha sin otra finalidad que causar un daño al denunciado, al impetrar el auxilio judicial para suspender la obra que estaba construyendo. Por su lado, el denunciante deberá demostrar que el ejercicio de aquella acción de denuncia interdictal no fue una acción gratuita y carente de causa o motivación real”²²³. Y en cuanto a estas alternativas, fuera del evidente desgaste que puede significar para el denunciado intentar la acción ordinaria, también debemos tener en cuenta que es posible que aún exista el riesgo latente de que su obra sea paralizada por una nueva acción, o inclusive que se encuentre impedido de demandar, especialmente si la forma en que logró poner término al juicio interdictal fue a través de algún tipo de acuerdo con el actor.

²²² Op. cit. ROMERO SEGUÉL, A. Curso de derecho procesal civil. Vol I. 239p

²²³ Op. cit. HIDALGO MUÑOZ, C. Las acciones posesorias.

CAPITULO IV. POSIBLES SOLUCIONES A LAS PROBLEMÁTICAS PLANTEADAS RESPECTO DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE OBRA EN EL PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA DE OBRA NUEVA.

Se ha señalado que “el Derecho mal ordenado o desarreglado, da origen o puede dar origen a un sinnúmero de conflictos, pero también los hombres que con las mismas características, aplican el Derecho”²²⁴, y en el caso de la denuncia de obra nueva, consideramos que muchas de las problemáticas levantadas en el capítulo anterior responden a una regulación deficiente, pero también existen algunas que nacen en la interpretación y aplicación que se ha dado a la normativa, y por lo tanto, pueden mejorarse o resolverse mediante el ejercicio mismo de la judicatura. En el caso de las complicaciones más profundas y estructurales, aquellas deberán atenderse necesariamente a través de la reforma legislativa.

1. EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMATIVA.

En el supuesto de la aplicación de la normativa, el problema insigne corresponde a la arraigada idea de que decretar la suspensión provisional es un imperativo para el juez que conoce de la causa, debiendo otorgarla automáticamente en cuanto verifique que la demanda se ha interpuesto válidamente. Esta noción se alzó como mayoritaria en la doctrina y fue reforzada por una jurisprudencia que hasta hace una década se podía considerar como absoluta. Sin embargo, como la práctica actual se funda en una interpretación judisprudencial, aquello puede cambiar, de modo que el intérprete podría “invocar el texto de la ley y su historia fidedigna para exigir un análisis de admisibilidad mínimo a partir de la calificación de ‘denunciable’ de la obra nueva”²²⁵.

En esta línea, nos parece correcta la postura adoptada por la incipiente jurisprudencia minoritaria, que sostiene que la suspensión provisional solo es procedente cuando la obra nueva es denunciante y el juez bien puede estimar que al momento de proveer la demanda no tiene todos los elementos del juicio para pronunciarse sobre dicha calidad y posponer su decisión para la sentencia definitiva. Resulta interesante observar también, que en estos pronunciamientos no se han efectuado menciones a la historia del establecimiento de la normativa, sino que se basan simplemente en un análisis textual de la normativa. Las fundamentaciones realizadas suelen ser simples, inclusive cuando se las impugna reclamando que el precepto sería imperativo y que esto sería respaldado por la asentada jurisprudencia de la Corte Suprema, el tribunal suele limitarse a argumentar que de la lectura del artículo 565 CPC se puede colegir que si la demanda se refiere a una obra que no cabe dentro de la definición de “obra nueva denunciante”, la condición para aplica la voz “decretará”, no se verifica.

²²⁴ Op. cit. CORNEJO GUERRERO, C. 125p.

²²⁵ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 388p.

No obstante, en algunas ocasiones profundiza su análisis, exponiendo las graves inconsistencias que se pueden apreciar en las solicitudes que pretenden obtener la suspensión provisional de una obra. En este sentido, podemos destacar una decisión del 1º juzgado civil de Puente Alto, recaída en la petición de un concesionario minero para obtener la suspensión provisional de obras públicas de vialidad destinadas a unir calles, construir calzadas, ciclovías y un puente vial, donde resuelve, no dar lugar, “por ahora”. En esta, el juez considera también que “la suspensión de una obra pública de gran envergadura que se emplaza parcialmente sobre el lecho de un río, (...) puede causar severos perjuicios a las personas, de decretarse sin más”. Y posteriormente, al fallar la reposición del actor, enfatiza que lo resuelto previamente no significa que más adelante sea imposible demostrar que la obra tiene el carácter de denunciable”, y añade que, “de aceptarse la tesis de que la suspensión ha de operar a todo evento, podría ocurrir que una persona con un título de mera tenencia o que sintiera afectado un derecho constitucional como la salud, podría recurrir al arbitrio de la obra nueva para suspender provisionalmente una construcción, aun cuando los bienes jurídicos afectados no caen en la hipótesis normativa”²²⁶.

Ya que el principal riesgo de abuso de este procedimiento radica justamente en la concesión injustificada de la medida de suspensión provisional, la utilidad de esta línea jurisprudencial para evitar el uso indebido de la DON resulta evidente.

En algunos de estos juicios, una vez que la resolución que rechaza decretar la suspensión provisional quedó firme, el denunciante simplemente no continuó con la tramitación²²⁷. Aquello da cuenta de que esta interpretación puede disminuir el incentivo de incoar esta clase de acción, justamente porque muchos denunciantes tienen como fin único que se decrete la suspensión provisional y aprovechar sus efectos, no les importa no tener la razón, en definitiva, porque los efectos de la suspensión decretada se mantendrá hasta que el procedimiento termine por una sentencia definitiva firme y ejecutoriada, poniendo toda su energía simplemente en dilatar el procedimiento. Mientras que en los casos donde se continuó con la tramitación, se dictaron sentencias que rechazaron la denuncia, bajo consideraciones bastante básicas, como que no se mencionó ni se probó ser poseedor del inmueble o tener una servidumbre que le permita denunciar una obra nueva, y en atención a que no se cumple este supuesto se rechaza la demanda, omite análisis sobre las demás argumentaciones²²⁸.

En cuanto al aspecto procedimental, también opinamos que la práctica adoptada por estos tribunales es adecuada, ya que, pese a denegar la medida provisional, dan curso procesal a la

²²⁶ Causa rol C-10347-2022 del 1º JLC de Puente Alto. Esta decisión fue confirmada por la ICA de San Miguel, el 27 de enero de 2023, en tanto, “del mérito de los antecedentes se desprende que en esta etapa procesal no se encuentra acreditado el presupuesto en que se funda la petición de suspensión de obra nueva”.

²²⁷ Ver causas C-3150-2016 del 1º Juzgado Civil de Los Ángeles y C-6141-2019 del 2º Juzgado Civil de Temuco.

²²⁸ La sentencia de la causa rol C-133-2019 del juzgado civil de La Ligua se encuentra firme y ejecutoriada, el rol C-1638-2021 del 2º juzgado civil de Calama, fue confirmada por la ICA de Antofagasta y se encuentra en tramitación ante la Corte Suprema y finalmente, en contra del fallo dictado en la causa rol C-10347-2022 del 1º juzgado civil de Puente Alto se encuentra pendiente la tramitación de un recurso de casación en la forma y apelación ante la ICA de San Miguel.

demanda, separándose así de lo sostenido en doctrina, donde los autores que se oponen a la noción de una concesión automática de la suspensión indican que en el supuesto que la demanda no se refiera a una obra denunciante, el juez no dará tramitación a la demanda. La afirmación propuesta por la doctrina nos parece errada, ya que la ley no ha establecido que en este caso se realice un control de admisibilidad de la demanda y porque de proceder así, se estaría obstaculizando efectivamente el derecho a la acción. Por otra parte, consta en la jurisprudencia revisada, que si está en discusión el negar el curso la denuncia, tomará todavía más peso el argumentos de que no se puede limitar el mero ejercicio de la acción y junto a ello, la noción de que el otorgamiento de la medida constituye un elemento que se haya necesariamente asociado a la presentación de la demanda. Finalmente, se debe tener en cuenta que a pesar de que lograr poner fin a la tramitación pueda parecer una situación ideal para el demandado, solicitar aquello puede terminar siendo contraproducente, ya que lo más probable es que se falle en sentido contrario, ya sea que se rechace la petición, o que en el caso de acogerla, el denunciante recurra en su contra. Debiendo tener presente también, que esta apelación se concederá en ambos efectos según el artículo 550 CPC, por lo que no se alzarán la suspensión, y en tanto se trata de una resolución que pone término al procedimiento, puede llegar hasta la Corte Suprema, retrasando aun más el término del juicio.

Sobre el planteamiento que sostiene que la suspensión se ha de conceder automáticamente, es sumamente ilustrativo revisar lo sucedido en una causa del juzgado civil de La Ligua, en la que un concesionario minero solicita paralizar una obra pública, específicamente la ampliación del “Túnel El Melón”, puesto que al impugnar la resolución que no dar lugar a la suspensión provisional²²⁹, argumenta que el juez carece de facultades legales para negar la suspensión, ya que la facultad que le señala la Ley en el artículo 565 CPC se reduce a decretar la suspensión solicitada, sin que se le permita de manera alguna posponer tal decisión, o dejarla para la definitiva. Asume además, que el tribunal ha adelantado su juicio al estimar que la obra no es denunciante, pasando por alto los derechos de su parte sin siquiera darle la posibilidad de hacer uso de una de las defensas que la ley le entrega. Y por otra parte, menciona que “el juez debe examinar la formalidad de la demanda, y si le parece que no cumple con el requisito de la ‘denunciabilidad’ de la obra, puede negarse a darle curso a la denuncia, pero caso alguno puede cumplir en parte con su obligación de pronunciarse sobre la denuncia, negando lugar a la suspensión, ya que, por una parte, obliga a la parte denunciante a agregar desde ya pruebas que no le parecen oportunas, le impone cargas procesales que la propia ley no le impone, o lo que es peor, si le parece que la obra no reúne las características de ser denunciante, desde ya, está emitiendo juicio sin perjuicio de las pruebas que en adelante podrá rendir esta parte, pero sin tener encima el perjuicio que ya se está provocando como una presión indebida”.

Destacamos el contenido de esta impugnación, porque demuestra que cuando toca argumentar en contra de una decisión como esta -que no ha negado el curso a la demanda, de modo

²²⁹ “En cuanto a la suspensión provisional de la obra: No reuniendo los requisitos del artículo 565 del Código de Procedimiento Civil, no ha lugar a lo solicitado, por ahora”. Rol C-133-2019 del juzgado civil de La Ligua.

que no existe la opción de fundamentar su posición en la idea de que no se puede afectar el mero ejercicio de la acción- el recurrente se ve en la necesidad de sustentar su pretensión esencialmente, en la concepción de una suspensión automática e imperativa para el juez. Y que al profundizar en las implicancias seguidas de esta interpretación de la normativa, no logra sino evidenciar con una sorprendente claridad, las graves incoherencias que se derivan de esta noción y el absurdo que envuelve semejante conclusión. Se debe agregar que, la denunciada se refirió a lo expresado por el actor señalando que este “confunde dos momentos procesales muy diferentes, a saber, la decisión sobre la paralización provisoria y la sentencia definitiva”, lo que nos parece muy importante, en cuanto, como fue mencionado en el capítulo anterior, la jurisprudencia mayoritaria tiende a sostener una especie de relación de unidad inseparable y necesaria entre la medida y el procedimiento, como si el procedimiento no pudiese existir sin la suspensión provisional, lo que consideramos erróneo.

Justificar la denegación de la medida en que la obra no se vislumbra como denunciable con el mérito de los antecedentes nos parece una expresión ideal²³⁰, ya que es muy precisa en cuanto denota que es el requirente quien no ha logrado fundamentar debidamente su solicitud, poniendo la carga en él, como corresponde que opere en toda petición. Además, tal como fue mencionado por el 1º juzgado civil de Puente Alto, esta decisión no significa que más adelante sea imposible demostrar que la obra tiene efectivamente el carácter de denunciable. Es claro que al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, el tribunal resolverá en base a los antecedentes que tiene a la vista en ese momento, es decir, la demanda y sus documentos respectivos, y si en esa instancia de cognición sumaria no se logra determinar este presupuesto, de todas maneras se podrá concretar luego de que se rinda el resto de la prueba en que el demandante sustenta su pretensión.

Valoramos los efectos que logra esta postura jurisprudencial, en tanto, si tenemos en cuenta la posición del demandante, se está resguardo su derecho al ejercicio derecho a la acción, y tampoco ve gravemente afectada su posibilidad de conseguir la suspensión provisional de la obra, ya que simplemente se requiere que cumpla con el requisito básico de tratarse de una obra nueva denunciable. Aun en el caso que se le deniega la medida al proveer la demanda, aun tiene la opción de continuar con su tramitación y conseguir la paralización de la obra, que corresponde justamente al objetivo de esta acción. Mientras que desde la perspectiva del demandado, podemos considerar que este análisis de mérito previo a decretar la paralización provisional de las obras, significa una considerable mejora en la protección de sus derechos, en cuanto, estos no serán afectados automáticamente, sino que solamente en base a una decisión fundada.

Si bien algunos demandantes han reclamado que estas decisiones estarían vulnerando sus derechos, la realidad es que la posición en que se haya el actor bajo esta interpretación, solamente podría considerarse desmejorada si la comparamos con la que suele tener actualmente, que es de una

²³⁰ Resulta mucho más acertada que, por ejemplo, afirmar directamente que la obra “no es denunciable”, ya que en ese supuesto se podrían levantar cuestionamientos sobre un juicio anticipado sobre elementos de fondo de la acción, que debería revisarse solo en el momento de dictar sentencia definitiva.

ventaja abismante, pero no si atendemos a la lógica, al texto legal, al principio de igualdad ante la ley y a las garantías mínimas de un racional y justo procedimiento.

2. DESDE LA REFORMA AL PROCEDIMIENTO.

En nuestra opinión, los aspectos que deberían tratarse desde esta vereda corresponden en primer lugar, a las condiciones de procedencia de la suspensión provisional, especialmente si se considera que estos tendrían que ser distintos a la simple condición de que se trate de “una obra denunciante”. Aquello se puede abordar ya sea exigiendo los presupuestos de la tutela cautelar o adoptando una mención similar a las contenidas en otras manifestaciones de tutela anticipada, donde se requiere hacer la solicitud con “fundamento plausible”, o acompañar antecedentes. Aquí también incide si el legislador desea consagrar una mención expresa sobre la naturaleza jurídica de la figura, ya que resultaría extremadamente útil contar con esa determinación. Otro elemento que se podría asociar a la concesión de la medida es la exigencia previa de una caución al solicitante. En segundo lugar, es importantísimo que se contemple la posibilidad de alzar la medida provisional durante la tramitación del interdicto, ya sea en el caso que esto se fundamente en que no se cumplen las condiciones para su otorgamiento o mediante la rendición de una caución por parte del afectado.

Una posible reforma debe buscar equiparar los intereses de las partes dentro del juicio. Y en este sentido se ha mencionado que “tanto el examen de las circunstancias de hecho y de derecho previo a la resolución que otorga la suspensión, así como la posibilidad del denunciado de reanudar las faenas previa caución, parecen ser ciertamente los expedientes más recomendables a la luz de la evidencia histórica y comparada, pudiendo establecerse copulativa o disyuntivamente”²³¹.

Por otra parte, también es relevante que este procedimiento sumario cumpla realmente con la característica de ser breve y concentrado, funcionando en la práctica sin que la inactividad del tribunal, de las partes o de terceros, resulte en que la paralización provisional se extienda por períodos que superen manifiestamente lo pertinente. Sea que se establezca una tramitación completamente distinta o que se incorporen normas que faciliten o impulsen un avance más rápido del juicio, como, por ejemplo, que la notificación al denunciado se lleve a cabo en un plazo determinado, bajo el apercibimiento de dejar sin efecto la medida; contemplar sanciones disciplinarias en el caso de un retardo considerable en la dictación de la sentencia; mecanismos que puedan reprimir maniobras dilatorias, especialmente relacionadas con las diligencias probatorias. Teniendo en cuenta como tienden a utilizarse estos juicios, es importante que la inactividad no sea una situación que beneficie a los litigantes, en este sentido, “nos parece que debe existir la carga sobre las partes de dar curso progresivo al procedimiento, para evitar un desgaste de la función jurisdiccional y que se produzca una dilación en la resolución definitiva del asunto”²³².

²³¹ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 389p.

²³² Op. cit. POZO FERNÁNDEZ, F. 167p.

Es evidente que la existencia de la medida de suspensión provisional dentro del procedimiento es necesaria, en cuanto, incluso en un ámbito más general es efectivo que “(...) con el actual nivel de retraso que tienen en general los procesos judiciales, las medidas provisionales son absolutamente imprescindibles si no se desea que la justicia se transforme en una completa burla”²³³. Sin embargo, no se podemos ignorar que existe el peligro de convertirlas en “armas sumamente abusivas, sin que existan en la práctica mecanismos adecuados de contrapeso, ya sea porque éstos o no funcionan correctamente, o más grave aún, ni siquiera han sido previstos por el legislador”²³⁴.

En este sentido, corresponde que se contemplen mecanismos adicionales a la sola condena en costas. Si bien se puede considerar que este corresponde a un “mecanismo sancionador o resarcitorio que se aplica al litigante perdedor”²³⁵, la normativa que actualmente consagra que, en todo caso, la sentencia llevará condena en costas, no parece tener influencia alguna en desincentivar conductas abusivas y tampoco resulta suficiente para compensar los perjuicios que este juicio podría irrogar al demandado.

Finalmente, se debe atender a que “tratándose de medidas provisionales los ordenamientos jurídicos debieran establecer mecanismos que efectivamente resguarden los intereses de la parte demandada y, de este modo, enviar una inequívoca señal a los demandantes para que sean absolutamente conscientes de la responsabilidad que asumen al solicitar una de estas medidas”²³⁶.

Para examinar en concreto como estos mecanismos impactarían la normativa, a continuación, revisaremos algunas reformas consagradas en leyes especiales y estudiaremos como el proyecto del Nuevo Código Procesal Civil aborda este juicio.

2.1. Reformas efectuadas en leyes especiales.

Los desarrolladores de proyectos mineros y energéticos han sido sujetos relevantes y recurrentes en estos juicios, en ocasiones tomando un rol que podría catalogarse como un litigante desprotegido y en otros, como uno que abusa del procedimiento. En razón de aquello, en la última década, la regulación sectorial ha tenido que reformarse en atención a estas circunstancias, sufriendo reformas que permiten a algunos demandados solicitar el alzamiento de la suspensión de la obra durante la tramitación del interdicto, y en otros, aclarando expresamente las limitaciones a la legitimación activa, con el propósito de poner un alto a una arraigada conducta de abuso procesal. Cabe mencionar que estas reformas están contenidas en leyes especiales del rubro y no han afectado nuestro Código de Procedimiento Civil.

²³³ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 65p.

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ Op. cit. ROMERO SEGUEL, A. Curso de derecho procesal civil. Tomo I. 231p.

²³⁶ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 65p.

Las primeras reformas corresponden a las leyes N° 20.701 y N° 20.897, promulgadas en 2013 y 2016, respectivamente, que modificaron la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE), fijando el procedimiento para otorgar concesiones eléctricas y consagrando el artículo 34 bis, que permite suspender los efectos de la paralización provisional si el concesionario eléctrico consigna caución suficiente para responder de la demolición de la obra o de la indemnización de perjuicios que pudieran seguirse al denunciante, en caso que sea condenado a ello por sentencia firme. La norma establece que dentro de los tres días siguientes a la dictación de la resolución que decreta la suspensión, el juez fijará el monto de la caución y que los efectos de la medida se suspenderán desde el momento que se consigne el monto de la caución en la cuenta del tribunal. Las cuestiones que se susciten en relación al monto de la caución se tramitarán como incidente y no afectará la suspensión de la medida si ya se hubiera consignado el monto fijado inicialmente.

Esta iniciativa legal buscaba acortar los plazos de materialización de los proyectos eléctricos, considerando que “la generación, transporte, transformación y distribución de la energía eléctrica son actividades fundamentales para sostener el crecimiento del país y el tan anhelado desarrollo económico. Son actividades que, en su conjunto, reúnen todas las condiciones para ser calificadas con propiedad como de interés nacional: son servicios no interrumpibles, cuya paralización puede provocar graves trastornos a la población en general; son servicios en los que se encuentra comprometida la seguridad nacional y el orden público; y son servicios, en fin, que satisfacen necesidades de prácticamente la totalidad de la población del país”²³⁷, motivo por el cual, la creciente conflictividad y oposición en relación al establecimiento de concesiones eléctricas significaba una importante preocupación. Aquello se vincula con los interdictos posesorios y sus efectos en cuanto una de las principales razones para impulsar esta reforma es que “existen personas que, ejerciendo de mala fe acciones y recursos procesales, persiguen obtener algún enriquecimiento a partir de tales proyectos. En ambas Cámaras se ha intentado encontrar una norma que, por una parte, evite esta situación y, por otra, resguarde los legítimos derechos de los propietarios de los predios. Para satisfacer estos objetivos, añadió, se acordó establecer una excepción consistente en que cuando el juez decreta la suspensión de las obras se pueda dejar sin efecto esta resolución y proseguir la ejecución del proyecto, siempre que se caucionen los daños que ello pueda ocasionar”²³⁸.

Pasando ahora al ámbito minero, las leyes N° 21.420 y N°21.649, promulgadas en 2022 y 2023 respectivamente, complementaron el artículo 94 del Código de Minería, que previamente simplemente establecía que “las acciones posesorias y la acción reivindicatoria proceden respecto de la concesión minera y de otros derechos reales constituidos sobre ella”.

²³⁷ Mensaje boletín 8270-08.

²³⁸ Informe de la comisión mixta encargada de proponer la forma y modo de resolver las discrepancias producidas entre el Senado y la Cámara de Diputados, respecto del proyecto de ley sobre procedimiento para otorgar concesiones eléctricas. Boletín 8270-08. 17p.

Como probablemente ya se evidenció al discutir jurisprudencia a lo largo de este trabajo, muchísimas denuncias son interpuestas por concesionarios mineros, quienes sustentan su legitimación en esta norma, pese a que como ya fue mencionado, en doctrina y jurisprudencia se encuentra asentado que la concesión minera no es un título de ocupación de suelo y por lo tanto, no da titularidad para denunciar una obra que se ejecute en el predio superficial, sino que el concesionario debe contar necesariamente con una servidumbre minera²³⁹ para poder denunciar. Considerando como operan las cosas en la práctica, interponer la DON les resulta extremadamente beneficioso, ya que la suspensión provisional se les concederá automáticamente y sin análisis de mérito alguno y solo cuando la sentencia definitiva esté firme, se mandaría a alzar la medida. En consecuencia, “a pesar de que la denuncia de obra nueva interpuesta por un especulador sin un proyecto minero no tiene posibilidad alguna de llegar a buen puerto, no hay que perder de vista que el verdadero riesgo asociado a esta acción es la paralización que el juez decreta al inicio del juicio posesorio. Es esta paralización lo que ha llevado finalmente a ceder ante los especuladores con el fin evitar tener la construcción del proyecto detenida”²⁴⁰. Es por esto que la denuncia de obra nueva “ha representado históricamente un gran desafío para la ejecución de proyectos en zonas abarcadas por concesiones mineras, en especial en el norte del país, y una herramienta útil tanto para quienes tienen un proyecto minero real como para quienes, teniendo concesiones mineras, amenazan con detener proyectos de terceros exigiendo pagos indebidos a cambio del desistimiento de esta acción”²⁴¹.

Las reformas al Código de Minería nacen en el contexto de una ley que reduce o elimina exenciones tributarias, con el objetivo de aumentar de manera permanente la recaudación fiscal. Junto a la discusión de aspectos tributarios asociados a la actividad minera, también se atendió al problema de la proliferación excesiva de concesiones mineras en el territorio nacional y el uso abusivo de la protección que la ley otorga al concesionario²⁴². Así, la ley N° 21.420, reformó el Código, agregando en el inciso 2° del artículo 94, que las acciones posesorias del concesionario minero solo proceden si este acredita ser titular de una servidumbre minera u otro derecho real que grave el predio superficial.

Por otra parte, la ley N°21.649, fue presentada con el objeto abordar y resolver las inconsistencias y vacíos contenidos en la ley N° 21.420, junto con ajustar y mejorar una serie de disposiciones del Código de Minería, y si bien el proyecto original no contemplaba modificaciones al artículo 94 del Código, durante su tramitación se presentó una indicación para consagrar la

²³⁹ Igualmente, en la regulación minera existen mitigantes que reducen el riesgo de que un eventual especulador minero pueda intentar hacer uso de una demanda de servidumbre minera para obstaculizar el desarrollo de un proyecto. Especialmente si la constitución de la servidumbre ha de realizarse por vía judicial. Al respecto, ver: VIAL CORREA, M. 2021. Uso indebido de concesiones mineras y desarrollo de proyectos de infraestructura y energía en Chile. Revista Derecho Aplicado – LLM UC. (7). 9-18p.

²⁴⁰ *Ibid.* 20p.

²⁴¹ *Ibid.* 18p.

²⁴² Boletines N°14763-05 y N°15510-08.

exigencia de un análisis previo a la concesión de la suspensión provisional y la posibilidad de alzar la medida, rindiendo una caución.

Estas modificaciones fueron sugeridas por el presidente ejecutivo del Consejo Minero de Chile A.G., quien en su exposición hizo presente que una causa relevante del elevado número de concesiones mineras en el país es el artículo 565 del CPC que dispone que la suspensión provisional de la obra nueva será decretada automáticamente por el juez, ya que esto potencia la conducta de algunas personas ajenas al ámbito de la minería que establecen pertenencias con el solo fin de especular y chantajear a los desarrolladores de proyectos de superficie, afectando también a quienes sí se dedican a actividades mineras. Y en forma indirecta, ocurre que “ante este riesgo, por una parte, los desarrolladores de proyectos de superficie (no mineros) tratan de protegerse y se adelantan en constituir concesiones mineras, creando un espiral que ha llevado a la situación actual de exceso de territorio cubierto con concesiones”²⁴³.

Las normas que se incorporaron finalmente corresponden a los incisos 3º a 7º del artículo 94 del Código de Minería, donde se establece, primeramente, que el juez podrá decretar provisionalmente la suspensión de las obras que se llevan a cabo en el predio superficial superpuesto a la concesión minera, siempre que dicho concesionario, además de cumplir con lo dispuesto en el inciso 2º, acompañe antecedentes que justifiquen el peligro grave e inminente que entrañe el no otorgamiento de ella. También consagra que la medida de paralización de las obras podrá siempre ser alzada por el tribunal en caso de que desaparezcan las circunstancias que le dieron lugar. Y finalmente, contempla la posibilidad de alzar la medida otorgando una caución, en términos muy similares a los del artículo 34 bis de la LGSE, con la única diferencia de aquí el monto de la caución debe fijarse en la misma resolución que ordena la suspensión provisional, mientras que la ley eléctrica contempla un plazo de tres días para esto.

Las reformas revisadas constituyen un importante avance en la dirección de equiparar las condiciones en que se encuentran los intervinientes en este proceso y también para limitar la existencia de paralizaciones injustificadas basadas en demandas sin fundamento. En el caso de la LGSE la mejora en la protección brindada al denunciado implica también resguardar una actividad tan esencial como es la desarrollada en torno a la energía eléctrica y por otro lado, las modificación al Código de Minería, son relevante por el considerable número de estas denuncias que son interpuestas por concesionarios mineros que operan bajo fines meramente especulativos y por lo tanto no tiene ninguna utilidad efectiva en el desarrollo de la labor minera. Sin embargo, es evidente que estas modificaciones son sumamente acotadas, puesto que solo aplican en consideración a dos actores específicos y que mientras no se modifique el Código del Procedimiento Civil no tendremos una solución transversal y existirán todavía muchas obras que se encuentren desprotegidas frente a las denuncias y paralizaciones injustificadas. De hecho, en la intervención que impulsó la

²⁴³ Informe comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados, boletín 15.510-08. 48p.

modificación más reciente, se mencionó expresamente que si bien esa ley significaría un avance para resolver este problema, “la solución completa pasa por modificar el señalado artículo 565 del CPC, estableciendo que el juez deba ponderar los antecedentes de las partes antes de decretar la suspensión de la obra”²⁴⁴. Y si bien han existido intentos para modificar directamente el texto de la denuncia de obra nueva en el CPC, estos no se materializaron en ley²⁴⁵.

2.2. El proyecto de Nuevo Código Procesal Civil.

En la primera versión del proyecto contenido en el boletín 8197-07, se replicaba mayoritariamente el texto actual de la regulación de la DON, con la adición de establecer que la suspensión provisional de la obra denunciada será decretada por el juez si se le pide y concurren los requisitos generales establecidos para las medidas cautelares. Modificación que fue considerada como un avance para evitar el ejercicio abusivo de las denuncias de obra nueva, destacando también que aquello se condice con el carácter cautelar que tradicionalmente se atribuye a dicha suspensión²⁴⁶. No obstante, se criticó también que aún “se mantienen ciertas características cuestionables propias del actual Código de Procedimiento Civil, como es la posibilidad de caucionar la continuación de la obra sólo una vez que la denuncia ha sido acogida, y no cuando está todavía en discusión”²⁴⁷.

En todo caso, esta propuesta ha sido modificada durante su tramitación y su versión más reciente, que corresponde a la aprobada en general por el Senado en mayo de 2021, presenta un tratamiento distinto y más completo de la institución, haciéndose cargo además de varias de las problemáticas planteadas. La regulación propuesta está contenida en el libro quinto: “de los procedimientos especiales”, título V: “de los interdictos”, capítulo segundo: “de la denuncia de obra nueva” (Arts. 436 a 440 NCPC).

En cuanto a la concesión de la medida, se establece que el juez decretará la suspensión provisional de una obra nueva denunciada si esto es solicitado por el actor en la demanda o en cualquier estado del juicio y concurren los presupuestos generales de toda medida cautelar²⁴⁸. El tribunal puede otorgarla de plano, con base a los antecedentes acompañados o bien reservar su resolución para la audiencia sumaria. Además, está facultado para exigir al actor que rinda previamente una caución suficiente para garantizar la indemnización por los perjuicios que con su otorgamiento pudieren causarse al denunciado (Art. 436 NCPC).

²⁴⁴ *Ibíd.*

²⁴⁵ Ver boletín 9169-08, de 2013, y boletín 11747-03, de 2018. El primer proyecto fue retirado, sin embargo, su propuesta de modificación a la regulación de la DON fue recogida por el segundo. Si bien el boletín 11747-03 se encuentra aún en tramitación, el artículo destinado a reformar la normativa de la DON en el CPC fue rechazado por el Senado el año 2020. Resulta interesante que estas propuestas tenían como objetivo principal promover la inversión, el primero específicamente en el ámbito minero y el segundo, respecto a una variedad de industrias además de la minera.

²⁴⁶ *Op.cit.* HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 386p

²⁴⁷ *Ibíd.* 387p

²⁴⁸ En este sentido, se establece que para ordenar estas medidas el solicitante deberá acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil: 1. La existencia del derecho que se reclama. 2. El peligro de daño jurídico que entraña para su pretensión, el hecho de que no se conceda de inmediato la medida solicitada (Art. 180 NCPC).

Se innova en la regla del actual artículo 567 CPC, incluyendo en el supuesto de obras indispensables aquellas destinadas a evitar el peligro para terceros y suprime la exigencia de obtener autorización del juez para ejecutar tales obras, estableciendo en su lugar que será necesaria la denegación expresa del tribunal para impedir las (Art. 437 NCPC).

Se incluye una calificación explícita de la figura como medida cautelar, y menciona que, atendida su provisionalidad, el tribunal podrá, a solicitud de parte y en cualquier tiempo, dejarla sin efecto, habiendo desaparecido el peligro, variando las circunstancias que se tuvieron a la vista para su concesión o contando con nuevos antecedentes. Igualmente, contempla que el afectado podrá solicitar su sustitución en cualquier tiempo, acreditando que la continuación de las obras no ocasionará un daño irreparable y ofreciendo constituir caución suficiente para responder de los resultados del proceso (Art. 438 NCPC).

De esta forma, se determina positivamente la naturaleza jurídica de la figura, explicitando que su concesión está condicionada a los presupuestos de procedencia de toda medida cautelar y que cuenta con la característica de variabilidad, corrigiendo así las principales críticas levantadas en este trabajo sobre las inconsistencias generadas al comparar la regulación actual con la naturaleza jurídica que tiene la medida. Con esto, además, se vuelven aplicables las reglas generales sobre las cautelares, como la proporcionalidad e idoneidad, donde se establece que el tribunal deberá tener siempre presente la gravedad y extensión que para el demandado represente la medida decretada (Art. 174 NCPC) y también la responsabilidad (Art. 179 NCPC), que resultan importantísimas en la aplicación de una medida tan drástica como esta.

También se contemplan disposiciones que influyen en que los procedimientos sean más expeditos, así, por ejemplo, se exige que la prueba documental sea acompañada en la demanda, también en ese momento el actor debe ofrecer su prueba testimonial, pericial y otros medios probatorios, lo que resulta importantísimo, ya que no se podrá ofrecer ni producir prueba alguna fuera de las oportunidades previstas en la ley (Arts. 254, 255 y 256 NCPC). Por su parte, el demandado deberá cumplir con esto en su contestación (Art. 273 NCPC).

En cuanto a la tramitación, el artículo 439 NCPC establece que, presentada la demanda, se dará traslado al demandado y se citará a las partes a una audiencia sumaria, la que tendrá lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días contados desde la fecha de la resolución. Esta indicará el día y hora en que se realizará la audiencia. La demanda se notificará con a lo menos quince días de anticipación a la fecha de la referida audiencia (Art. 358 NCPC). El demandado deberá contestar la demanda por escrito, con al menos cinco días de anticipación a la fecha de realización de la audiencia (Art. 359 NCPC). En esta audiencia, se ratificará la demanda y la contestación, se resolverán las excepciones previas, se fijará el objeto de la prueba, esta se rendirá y será observada por las partes y se llamará a las partes a conciliación. Los incidentes deberán promoverse y tramitarse en la misma audiencia (Art. 360 NCPC).

Un factor de dilación del procedimiento que fue discutido anteriormente corresponde a las diligencias probatorias, especialmente el peritaje. Sin embargo, según esta nueva regulación, toda la prueba se ofrecerá en la demanda o contestación y se rendirá en la audiencia sumaria. Y en el caso concreto de la prueba pericial, se contempla que estos peritos serán de confianza de la parte que los ofrezca, y que es su responsabilidad que puedan asistir a la audiencia a declarar sobre su informe (Art. 325 NCPC), de manera que ya no existe la posibilidad de que se extienda indefinidamente la dictación del fallo por estar a la espera del informe pericial.

El plazo para dictar sentencia definitiva es dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubiese terminado la audiencia respectiva, contemplándose excepcionalmente que en caso que la complejidad de la materia a resolver o la cantidad de prueba lo justifique, se postergue hasta por cinco días hábiles adicionales. Se establece además, que si transcurre el plazo respectivo sin que se dicte sentencia, se producirá de pleno derecho la nulidad de la audiencia, constituyendo ello una falta grave que deberá ser sancionada disciplinariamente (Art. 354 NCPC).

Las normas que se refieren la sentencia se mantienen de modo muy similar al vigente en la actualidad, adicionando solamente que la sentencia que ordene la demolición no admitirá ejecución provisional y que para obtener la autorización de continuar con la obra una vez que se ha dictado un fallo condenatorio, este derecho deberá ser ejercido dentro de los sesenta días de ejecutoriada la sentencia definitiva que hubiere acogido la denuncia (Art. 440 y 441 NCPC).

Por otra parte, como regla general, la interposición de un recurso no suspenderá la ejecución ni los efectos de la resolución recurrida, salvo cuando la ley dispusiere lo contrario o autorizare al tribunal para decretar esa suspensión (Art. 364 NCPC), de forma que ya no existen normas que impidan que la medida provisional se pueda alzar una vez que el juzgado dicte sentencia definitiva rechazando la denuncia.

Con este nuevo sistema, se deja completamente atrás la dinámica de conceder la medida sin la necesidad de realizar una revisión mérito y la idea de que el rol del juez se limita a otorgarla mientras se cumplan los requisitos básicos de toda demanda, lo que es congruente con el propio ejercicio de la función jurisdiccional y el deber de fundamentación de las resoluciones que pesa sobre los jueces. También se deja clara la separación de la medida con el resto del procedimiento, sin que pueda llegar a considerarse que ordenar la suspensión provisional es un elemento esencial del juicio y por lo tanto no puede excluirse o que al negarla el juez se ha pronunciado sobre el fondo de la acción. Cumple también con el ideal de equiparar las posiciones de las partes, ya que al demandante simplemente se exige lo básico que corresponde para otorgar una tutela jurisdiccional provisional, sin darle una ventaja abismante por sobre su contraparte. El demandado a su vez tiene un mayor rango de acción y también de protección ante demandas injustificadas y abusivas, a diferencia de lo que ocurre actualmente, donde sus opciones para librarse de la suspensión provisional se limitan esencialmente a esperar que se rechace la denuncia por sentencia firme y ejecutoriada o llegar a un

acuerdo con la contraria. Finalmente, las reglas propuestas impiden que la dilación del procedimiento opere en beneficio de un litigante abusivo.

Se puede afirmar así, que esta propuesta cumple con el fin de “evitar que una de las partes asuma una ventaja que no está dada ni por la mejor calidad de su prueba ni porque en definitiva tenga la razón de su parte, sino por utilizar maliciosamente los instrumentos que el proceso pone a su disposición”²⁴⁹.

Respecto a los daños que pueden irrogarse al afectado por la paralización de obras, aplicaría lo consagrado en cuanto a la responsabilidad por la solicitud de medidas cautelares. En este sentido, se contempla que “los perjuicios que las medidas cautelares dolosas o abusivas pudieran causar, serán de responsabilidad de quien las solicite”, y que dentro del plazo de dos meses desde que se ponga término al procedimiento, el demandado podrá solicitar al tribunal que hubiese conocido de la causa que declare que la medida cautelar fue solicitada en forma dolosa o abusiva, para determinar esto se citará a las partes a una audiencia y luego el tribunal se pronunciará accediendo o denegando la declaración solicitada. En caso de efectuarse la declaración, el demandado podrá demandar la indemnización de perjuicios dentro del plazo de seis meses. El tribunal que se pronuncie sobre esta fundará su fallo en la declaración previa y simplemente determinará la existencia y el monto de los perjuicios que deberá pagar el solicitante (Art. 179 NCPC). El proyecto también contempla de manera general, que la parte vencedora pueda demandar la indemnización por daños y perjuicios que el proceder de mala fe o temerario de su contraparte en el juicio le hubiere ocasionado (Art. 52 NCPC).

El contenido revisado es sumamente esperanzador, ya que es posible apreciar que para la creación de esta propuesta se ha examinado profundamente tanto el procedimiento como la medida. Se están presentando soluciones a las problemáticas planteadas, observando a la vez el mandato constitucional de establecer un procedimiento efectivamente racional y justo, sin embargo, es lamentable no tener certeza sobre cuándo esto se podría hacer efectivo. Ya en 2012, cuando se ingresó el proyecto, se nos advertía que una reforma que evite la instrumentación abusiva de la denuncia de obra nueva y proteja los intereses del denunciado es una modificación legal urgente, que “no necesariamente debe esperar la implementación de una reforma procesal civil global, la que puede tomar varios años”²⁵⁰.

Si consideramos la urgencia de esta reforma específica, y que las modificaciones vigentes han nacido de la mano de leyes especiales, cabe preguntarnos si algunas de las medidas revisadas podrían intentarse como una modificación específica a la regulación actual de la DON en Código de Procedimiento Civil, ya que incluso una pequeña variación en su texto, sería extremadamente útil. Así, por ejemplo, bastaría con que la suspensión provisional se consagre como una medida cautelar y con eso se exija la concurrencia de los presupuestos básicos de toda cautelar, para dejar atrás esa

²⁴⁹ Op. cit. MARÍN GONZÁLEZ, J.C.. 66p.

²⁵⁰ Op.cit. HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 388p.

idea de automaticidad e imperatividad para el juez y mejorar considerablemente, tanto la situación del denunciado, como la coherencia de la medida con el resto del ordenamiento.

CONCLUSIONES

El objetivo trazado para este trabajo fue realizar un análisis crítico del procedimiento de denuncia de obra nueva consagrado en el Libro III del Código de Procedimiento Civil, y especialmente de la medida de suspensión provisional que se contempla al inicio de este juicio especial, para posteriormente proponer algunas soluciones a las críticas y problemáticas levantadas.

La regulación de este procedimiento se ha mantenido sin modificaciones desde su establecimiento en 1902, por lo que existe una clara disonancia entre el contexto en el que se ideó dicha normativa y las circunstancias en que actualmente debe aplicarse, lo que, sumado al aumento en la carga al sistema judicial, el tiempo de la tramitación y la práctica de abuso procesal de la acción, deriva en una situación muy compleja, especialmente desde la perspectiva de quienes buscan acceder a la justicia.

Según lo estudiado, las particularidades de esta institución derivan en que esta se eleve como una gran excepción a varios de los principios que informan nuestro ordenamiento, cuyo tratamiento además difiere bastante del de otras figuras que comparten características similares, lo que, a su vez, puede ser explicado a través de una perspectiva histórica, ya que responde esencialmente a las circunstancias históricas que llevaron a su establecimiento, más que a decisiones de tipo dogmático.

La denuncia de obra nueva es un mecanismo de tutela provisional, ya que se trata de un procedimiento de urgencia o sumario destinado a brindar protección expedita y eficaz a una situación de hecho como la posesión, sin que la sentencia definitiva que resuelve el asunto adquiera inmutabilidad, y si bien cabe una eventual revisión del conflicto en un nuevo procedimiento, esto no significa que el carácter provisorio de este juicio esté asociado a una relación instrumental o accesoria a un procedimiento ordinario.

Donde sí se puede encontrar una función instrumental es en la medida de suspensión provisional de la obra, ya que esta tiene el propósito de proteger la eficacia del procedimiento interdictal y no aspira a resolver directamente el asunto controvertido proporcionando una solución estable, sino que sus efectos durarán solo hasta la dictación de la providencia definitiva, aspecto que coincide con el rasgo distintivo de las medidas cautelares y nos permite calificar esta figura como tal. La medida además tiene una clara finalidad anticipatoria, ya que su concesión implica la satisfacción de la pretensión del denunciante en forma anticipada al pronunciamiento de la resolución definitiva.

De esta manera, al estudiar la naturaleza jurídica de la medida de suspensión provisional de la obra, nuestra conclusión es que esta corresponde a una medida cautelar anticipatoria. Sin embargo,

se presenta una complicación, en cuanto estamos tratando de aplicar conceptos e instituciones modernas para tratar una figura que se desarrolló y consagró sin que existieran todavía una teoría general de las medidas cautelares o de la tutela anticipada, razón por la cual la mayor parte de su regulación no cumple con las características y requisitos bajo los que concebimos estas medidas.

Lo que corresponde entonces, es que la institución sea abordada en conformidad a su naturaleza de medida cautelar anticipatoria. Creemos que, en primer lugar, se debe observar al menos la regulación y presupuestos de toda medida cautelar, exigiéndose que el denunciante justifique la solicitud de la suspensión provisional, demostrando la verosimilitud de su pretensión y el peligro de que la protección pretendida pierda eficacia a causa de la demora de la decisión definitiva. Y que esta justificación opere también en cuanto a la labor del juez, debiendo decidir sobre la procedencia de la medida de forma fundamentada y atendiendo también a la necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la medida. En segundo término, al tratarse de un caso de tutela anticipada, deberá cumplirse necesariamente con un estándar más alto, consistente en la fuerte probabilidad de que la pretensión del requirente sea la jurídicamente correcta y que exista un riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación si la protección no es anticipada. Finalmente, creemos necesario que se contemple un contrapeso adicional para la concesión de esta medida, consistente en que se pueda exigir al requirente que preste una caución que garantice los perjuicios que se puedan derivar de la medida otorgada, en cuanto en un caso de satisfacción anticipada de la pretensión la afectación de los derechos del afectado por la medida es más intensa que en las cautelares tradicionales.

Desde la perspectiva de la tramitación, estimamos que se requiere dar una mayor relevancia al emplazamiento del denunciado, primeramente en lo que respecta al conocimiento de la acción, en el sentido que no se pueda aplicar la medida de suspensión provisional y prescindir de su notificación al afectado por un plazo indefinido, sino que se regule de forma similar a lo que ocurre con las medidas precautorias, que solo se podrán llevar a cabo sin conocimiento del afectado si existen razones graves para ello, y que caducaran si no se le han notificado en un plazo determinado. Por otra parte, que se amplie la posibilidad de contradicción, permitiendo que el denunciado se pueda oponer a la medida. Y también pueda solicitar su modificación o alzamiento si los presupuestos que han determinado su concesión han variado u ofreciendo caución suficiente.

Las problemáticas discutidas a lo largo de este trabajo radican principalmente en que, en nuestro país, se ha consolidado con gran fuerza la idea de que para que el magistrado decrete la suspensión provisional bastaría solamente la presentación válida de la demanda, noción que es ampliamente aceptado en doctrina y respaldado además por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Sin embargo, aquello no es algo que se pueda deducir claramente del texto legal y, por otra parte, al revisar la historia del establecimiento de la norma se puede notar que esta interpretación sería contradictoria al propósito con el que se estableció la disposición.

Al analizar esta jurisprudencia mayoritaria se lograron apreciar los problemas e incoherencias que derivan de esta esta interpretación, junto con determinar sus alcances y

consecuencias, tanto jurídicas como prácticas. Se expone la posición desmejorada en que se encuentra el demandado, vulnerando la garantía fundamental de la igualdad ante la ley; la inobservancia del mandato constitucional en torno al establecimiento de un procedimiento racional y justo; la utilización abusiva del juicio y la medida de suspensión provisional y; como estas circunstancias son potenciadas por la dilación injustificada del juicio.

Los tribunales juegan un rol importantísimo en la cruzada de poner alto a la arraigada práctica de instrumentalización abusiva de este procedimiento, y en este sentido, corresponde destacar la incipiente jurisprudencia minoritaria, donde a partir de una interpretación textual del artículo 565 del CPC se concluye que la suspensión provisional solo es procedente cuando la obra nueva es denunciada en los términos del Código Civil, y que en razón de esto, el juez bien puede estimar que al momento de proveer la demanda no tiene todos los elementos del juicio para pronunciarse sobre dicha calidad y posponer su decisión para la sentencia definitiva. Semejante decisión la creemos adecuada también desde el punto procedimental, puesto que de todas formas se da curso a la demanda, por lo que no existe una vulneración del derecho a la acción, pero sí un resguardo para evitar su instrumentalización abusiva. Ya que el principal riesgo de abuso de este procedimiento radica justamente en la concesión injustificada de la medida de suspensión provisional, la utilidad de esta línea jurisprudencial resulta evidente, en cuanto, por una parte, se protege al denunciado de una paralización injustificada, contra la que no podrá hacer más que recurrir en su contra, y luego simplemente esperar a que la tramitación del juicio termine completamente. Y por otra, se permite al interesado continuar con la tramitación de la denuncia para lograr la suspensión de la obra, junto con desincentivar al que simplemente esperaba lograr esta paralización provisional sin ostentar un interés legítimo para solicitarla.

Además de equiparar un poco más la posición de las partes, esta jurisprudencia es relevante en cuanto propende a que los tribunales ejerzan efectivamente la jurisdicción, analicen el mérito de la denuncia y de la solicitud de paralización de obras y fundamenten la resolución que la conceda, en lugar de proceder sin realmente conocer y juzgar.

Si bien esto es un avance, para lograr una solución más completa a las problemáticas levantadas será necesario optar por la vía legislativa. En este sentido, se han efectuado modificaciones legales con el propósito de establecer mecanismos que mitiguen la posición desmejorada del denunciado y disminuyan la utilización abusiva de la acción, sin embargo, estas reformas recaen en leyes especiales, modificando específicamente la Ley General de Servicios Eléctricos y el Código de Minería, y solo aplican cuando las partes son concesionarios eléctricos o mineros, por lo que todavía existe una importante desprotección para el general de los individuos y es urgente que el procedimiento mismo sea reformado.

Actualmente, la única iniciativa legislativa que aborda este asunto es el proyecto del Nuevo Código Procesal Civil, donde se deja claro que la suspensión provisional no es automática, se explicita su naturaleza cautelar y con esto, la aplicación de los presupuestos de procedencia de las

medidas cautelares, su variabilidad, la posibilidad de ofrecer una caución para lograr su alzamiento, la responsabilidad por su mal uso, etc. De modo que con esta nueva normativa se podrían resolver muchas de las complicaciones expuestas, y en ese sentido se valora positivamente, sin embargo, es evidente que no se trata una solución inmediata. Es por esto, que ante la dilatada y desesperanzada espera de contar pronto con este nuevo código, resulta imperante insistir en la necesidad de abordar directamente una reforma al procedimiento de denuncia de obra nueva del Libro III del Código de Procedimiento Civil, considerando las particularidades del procedimiento de urgencia o sumario especial y tratando la medida de suspensión provisional acorde a su naturaleza jurídica de medida cautelar anticipatoria.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, D. 2000. Sentencia anticipatoria y derechos humanos. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo). Buenos Aires, Rubinzol - Culzoni editores. pp. 589-602.
- ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. 1993. Tratado de los derechos reales. Volumen II. 5ª ed. Santiago, Editorial jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, F. 1935. Explicaciones de Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal. Tomo II. Santiago, Nascimento.
- ANAVITARTE, J.E. 2012. Los interdictos en el Derecho Romano. Academia Lab. [en línea] <<https://academia-lab.com/2012/05/23/los-interdictos-en-el-derecho-romano/#Colofón>> [consulta: 23 de octubre de 2023]
- ARIAS BONET, J.A. 1972. Sobre la denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico. Anuario de historia del Derecho Español. (42): 291-306.
- BARRIENTOS, J. 2016. El Código Civil: su jurisprudencia e historia: edición crítica, concordada, comentada y anotada. Santiago, Thomson Reuters.
- BESSER VALENZUELA, G.; CORTEZ MATCOVICH, G. e HIDALGO MUÑOZ, C. 2020. Procedimientos civiles especiales [en línea]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2020/42876483/v1> [consulta: 30 de octubre de 2023]
- BRAVO LIRA, B. 1983. Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal. Revista chilena de historia del derecho. (9): 191-210.
- BUZETA VARGAS, M. 2019. De la responsabilidad por litigación abusiva en Chile: estándar de diligencia exigido. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- CALAMANDREI, P. 2018. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Santiago, Ediciones Olejnik.
- CARBONE, C. 2000. Los despachos interinos de fondo. Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la exigencia de la urgencia y la irreparabilidad del perjuicio. En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo). Buenos Aires, Rubinzol - Culzoni editores. pp. 75-163.
- CASARINO VITERBO, M. 2005. Manual de Derecho Procesal: Derecho Procesal Civil. Tomo VI. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CAZAYOUS, M.E. 2021. La prueba en el procedimiento de la operis novi nuntiatio y en el interdicto demolitorium y su recepción en la Legislación Argentina. En: Fundamentos romanísticos del Derecho Contemporáneo. Tomo 11. Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- CLARO SOLAR, L. 2015. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen IV. De los bienes. Tomo Noveno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

COLOMBO CAMPBELL, J. 2006. El debido proceso constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 32.

COLOMBO CAMPBELL, J. 2008. La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 39.

CORNEJO GUERRERO, C. 1997. La noción de naturaleza jurídica en el derecho moderno y su influencia en el Código Civil de 1984. BIRA: Boletín del Instituto Riva-Agüero. (24): 103-144.

CORTEZ MATCOVICH, G. 2020. La tutela cautelar en el proceso civil [en línea]. Disponible en: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2016/42070441/v1>> [consulta: 30 de octubre de 2023]

CORRAL TALCIANI, H. 2007. La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial. Revista Chilena de Derecho. 34 (1): 23 – 40.

COUTURE, E. 1979. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Editorial Depalma. Citado por POZO FERNÁNDEZ, F. 2014. La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

DE LA MAZA RODRÍGUEZ, R. 1922. Los interdictos (C. Civil y Procedimiento). Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

DIAZ URIBE, C. 2009. Curso de Derecho Procesal Civil. Santiago, Legal Publishing.

D'ORS. A. 1986. Derecho Privado Romano. Pamplona, 1986. citado por ALBUQUERQUE, J. M. 1995-1996. A propósito de las providencias administrativas urgentes: Los interdictos en el Derecho Romano. En: Derecho y opinión. Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico Sociales de la Universidad de Córdoba. (3-4).

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. 1998. La denuncia de obra nueva en el Derecho Civil Navarro. Revista Jurídica de Navarra (25): 9-49.

Cuadernos de extensión jurídica N°9. El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. 2004. Por Alejandro Guzmán Brito “et al”. Santiago, Universidad de los Andes.

FERRER, S.E. 2000. Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material En: Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo). Buenos Aires, Rubinzol - Culzoni editores. pp. 347-365.

FERRER MARTÍN, D. 1969. Abuso del derecho en el proceso. Revista de Derecho Procesal. Citado por MUÑOZ ARANGUREN, A. 2018. Litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios. Memoria para optar al grado de Doctor. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

FLORES, J. 2019. El mecánico que se “apoderó” del centro de Puerto Montt mediante concesión minera de 57 hectáreas. [en línea] Biobío Chile. 5 de junio, 2019. <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-los-lagos/2019/06/05/el-mecanico-que-se>

apodero-del-centro-de-puerto-montt-mediante-concesion-minera-de-57-hectareas.shtml> [consulta: 1 abril 2024]

GUTIERREZ – ALVIZ ARMARIO, F. 1982. Diccionario de Derecho Romano. 3ª ed. Madrid, Instituto Editorial Reus.

GUZMÁN BRITO, A. 1982. Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile.

HERNANDEZ GIL, A. 1983. Derecho de obligaciones. Nueva edición. Madrid, Ceura.

HIDALGO MUÑOZ, C. 2022. Las acciones posesorias [en línea]. Santiago, Thomson Reuters.

<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2022/43105244/v1/document/F0C0CC6A-20BA-7AB0-C793-A4BF9B677311/anchor/F0C0CC6A-20BA-7AB0-C793-A4BF9B677311>> [consulta: 23 de octubre de 2023]

HUERTA MOLINA, J.M. y RODRIGUEZ DIEZ, J. 2012. Suspensión interdictal de obras nuevas. Desde la “operis novi nuntiatio” hasta el Proyecto de Código Procesal Civil. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (38): 343-392.

Informe de la comisión mixta encargada de proponer la forma y modo de resolver las discrepancias producidas entre el Senado y la Cámara de Diputados, respecto del proyecto de ley sobre procedimiento para otorgar concesiones eléctricas. Boletín 8270-08.

Informe comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputados. Boletín 15.510-08.

LOIS ESTEVEZ, J. 1956. Sobre el concepto de naturaleza jurídica. Anuario de filosofía del Derecho (4): 159-182.

MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 2004. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno: (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado). Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

MARINONI, L. 2011. Antecipação da tutela. São Paulo, Revista dos Tribunais.

MARINONI, L. 2015. Introducción al Derecho Procesal Civil. Lima, Palestra.

MARINONI, L. 2016. Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria. Lima, Palestra.

MATURANA MIQUEL, C. 2016. Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

MENDOZA AYLWIN, S. 1947. Los interdictos ante la jurisprudencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

MENESES PACHECO, C. 2009. La ejecución provisional en el proceso civil chileno. Revista Chilena de Derecho. 36 (1): 21 – 50.

MUÑOZ ARANGUREN, A. 2018. Litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios. Memoria para optar al grado de Doctor. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

OVALLE FAUNDEZ, A. 1990-1991. Iusiurandum calumniae o garantía de corrección procesal en el juicio civil en el derecho romano. Revista Chilena de historia del Derecho (16): 21-25.

PARICIO SERRANO, J. 1981. En torno al concepto clásico de "Opus Novum". Anuario de historia del Derecho Español. (51): 595- 605.

PÉREZ-TEMPLADO JORDÁN, J. 1993. Interdicto de Obra Nueva. En: Los Procesos Interdictales, Cuadernos de Derecho Judicial, Tomo VI. Madrid, Consejo General del Poder Judicial. 247p. Citado por FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. 1998. La denuncia de obra nueva en el derecho civil navarro. Revista Jurídica de Navarra (25)

PEÑAILILLO, D. 2022. Los bienes. La propiedad y otros derechos reales. 5ª ed. Estudiantes. Santiago, Thomson Reuters.

POZO FERNÁNDEZ, F. 2014. La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

PULGAR, M.P. 2019. La denuncia de obra nueva en el desarrollo de proyectos de inversión. ¿Protección inherente de las concesiones mineras o abuso del derecho? En: Actas de las VII, XIII y XV jornadas de derecho de minería. Santiago, Thomson Reuters. pp. 583-597.

QUINTEROS FUENTES, D. 2009. Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la compensación económica (sentencia de la Corte Suprema). Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile 21(2): 233-241.

RISOPATRÓN, C. 1904. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil de Chile. Santiago de Chile, Imprenta Cervantes.

ROMERO SEGUEL, A. 2017. Curso de derecho procesal civil. Tomo I. 3a. ed. actualizada. Santiago, Thomson Reuters.

ROMERO SEGUEL, A. 2002. La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

ROMERO SEGUEL, A. 2001. La tutela cautelar en el Proceso Civil Chileno. Revista de Derecho y Jurisprudencia. (2): 35-67.

SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, R. 2011. Las medidas cautelares en el proyecto de reforma para un nuevo Código de Procedimiento Civil. En Justicia civil y comercial: Una reforma ¿Cercana? Universidad Católica, Universidad Diego Portales y otros.

SERRA, M y RAMOS, F. 1974. Las medidas cautelares en el proceso civil. Barcelona. 69-70p. citado por MARÍN GONZÁLEZ, J.C. 2004. Las medidas cautelares en el proceso civil chileno: (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado). Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SOSA RIED, M. 2004. La influencia del código civil francés en el código civil chileno en materia de bienes y propiedad. En: Cuadernos de extensión jurídica N°9. El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Santiago, Universidad de los Andes. pp. 69-79.

VERGARA BLANCO, A. 2010. Instituciones de Derecho Minero. Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing Chile.

VIAL CORREA, M. 2021. Uso indebido de concesiones mineras y desarrollo de proyectos de infraestructura y energía en Chile. Revista Derecho Aplicado – LLM UC. (7).

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional, 8 de agosto de 2006, rol N°478-2006.
Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2008, rol N°808-2008.
Tribunal Constitucional, 1 de octubre de 2009, rol N°1475-2009.
Tribunal Constitucional, 7 de julio de 2011, rol N°1838-2010.
Tribunal Constitucional, 26 de abril de 2012, rol N°1994-2011.
Tribunal Constitucional, 9 de julio de 2014, rol N°2656-2014.
Tribunal Constitucional, 18 de octubre de 2018, rol N°3470-2017.
Tribunal Constitucional, 14 de mayo de 2020, rol N°7845-2019.
Tribunal Constitucional, 23 de julio de 2020, rol N°8473-2020.
Corte Suprema, 27 julio 2006, rol N°3375-2004.
Corte Suprema, 21 de noviembre de 2007, rol N°1900-2006.
Corte Suprema, 24 de noviembre de 2009, rol N°2275-2008.
Corte Suprema, 15 enero de 2013, rol 9336-2010.
Corte Suprema, 16 septiembre 2013, rol N° 331-2013.
Corte Suprema, 9 enero de 2014, rol N°5251-2013.
Corte Suprema, 19 de junio de 2019, rol N°14963-2018.
Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de mayo de 2014, rol N°72-2014.
Corte de Apelaciones de La Serena, 13 de mayo de 2009, rol N°132-2009.
Corte de Apelaciones de La Serena, 19 noviembre 2010, rol N°557-2010.
Corte de Apelaciones de La Serena, 29 de agosto de 2023, rol N°1173-2022.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de septiembre de 2008, rol N°1130-2008.
Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2015, rol N°12074-2015.
Corte de Apelaciones de Concepción, 12 enero 2009, rol N°3269-2006.
Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de diciembre de 2016, rol N°1801-2016.
Corte de Apelaciones de Concepción, 5 diciembre 2022, rol N°1103-2022.
Corte de Apelaciones de Temuco, 10 de junio de 2021, rol N°951-2020.
1° juzgado de civil de Los Ángeles, 7 de noviembre de 2016, rol C-3150-2016.
2° juzgado civil de Calama, 15 de junio de 2021, rol C-1638-2021.
Causa rol C-16-2013 del juzgado de letras y garantía de Los Vilos.
Causa rol C-61-2020 del 2° juzgado civil de Ovalle.
Causa rol C-2292-2019 del 2° juzgado civil de Puerto Montt.
Causa rol C-10347-2022 del 1° juzgado Civil de Puente Alto.
Causa rol C-133-2019 del juzgado civil de La Ligua.