



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

TERCERÍA DE POSESIÓN:
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA VALORACIÓN DEL INSTRUMENTO
PRIVADO EN EL JUICIO DE TERCERÍA Y SOBRE EL CONCEPTO DE POSESIÓN
EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

ALUMNA: FERNANDA BARUDY BARRIA
PROFESOR GUÍA: DR. OSCAR SILVA ÁLVAREZ

VALPARAÍSO-2015

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I: TERCERÍA DE POSESIÓN COMO MECANISMO QUE PERMITE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL JUICIO EJECUTIVO

1) Intervención procesal en el Juicio Ejecutivo	
a) <i>Fundamento</i>	3
b) <i>Tercerías como mecanismo</i>	3
2) Tercería de Posesión	
a) <i>Concepto</i>	4
b) <i>Fundamento Histórico</i>	4
3) Regulación Normativa	
a) <i>Disposiciones en el Código de Procedimiento Civil</i>	5
b) <i>Sujetos pasivos en la tercería de posesión</i>	6
c) <i>Tratamiento como Incidente</i>	6

CAPÍTULO II: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA VALORACIÓN DEL INSTRUMENTO EN EL JUICIO DE TERCERÍA

1) Aspectos generales del Instrumento privado en el Juicio de Tercería	
--	--

a) <i>Concepto</i>	9
b) <i>Aplicación de normas regulatorias de la prueba del juicio ordinario de mayor cuantía</i>	9
c) <i>Situación actual de la prueba Instrumental privada en la Tercería de posesión</i>	10
2) Boletas y Facturas como medio de prueba en el Juicio de Tercería de Posesión	
a) <i>Estado de la cuestión</i>	10
b) <i>Boletas como instrumentos privados en el Juicio de Tercería</i>	11
c) <i>Forma de incorporarlas al juicio</i>	12
d) <i>Criterios Jurisprudenciales para la valoración de las boletas y facturas como Instrumento privado en el Juicio de Tercería de posesión</i>	14
i. BOLETAS Y FACTURAS SON MEDIO DE PRUEBA IDÓNEO DE INCORPORAR EN UN JUICIO DE TERCERÍA DE POSESIÓN.....	14
ii. LAS BOLETAS Y FACTURAS QUE CONTIENEN LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL BIEN EMBARGADO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL TERCERISTA, TIENEN LA VIRTUD DE ACREDITAR LA POSESIÓN ALEGADA POR ESTE.....	16
iii. BOLETAS SON UN COMPROBANTE DE LAS OPERACIONES DE COMPRAVENTA, POR TANTO PERMITEN ACREDITAR LA POSESIÓN.....	18
iv. LAS BOLETAS ILEGIBLES O IMPRECISAS NO PERMITEN FORMAR LA CONVICCIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA POSESIÓN DEL TERCERISTA SOBRE EL BIEN EMBARGADO	21
v. DEBE ACOMPAÑARSE BOLETA EN TERMINO PROBATORIO O RATIFICARSE EN JUICIO LAS PRESENTADAS EN DEMANDA	23
vi. LAS BOLETAS Y FACTURAS PERMITEN AL TRIBUNAL DAR FE DEL DOMINIO DEL TERCERISTA SOBRE LOS BIENES, PERO NO LA POSESIÓN	23

3) Contrato de arriendo como medio de prueba en el Juicio de Tercería de posesión	
a) <i>El Contrato de arrendamiento de inmueble no permite desprender elementos constitutivos de la posesión de bienes muebles</i>	26
b) <i>El contrato de arrendamiento hace plena fe respecto de los declarantes.....</i>	26
c) <i>Alcance de la presunción del 1942 del Código Civil, no es aplicable en materia de Tercería de posesión.....</i>	28

CAPÍTULO III: CRITERIOS UTILIZADOS PARA ACOGER O RECHAZAR LA TERCERÍA CON
RESPECTO AL CONCEPTO DE POSESIÓN EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE

1) Aspectos Generales	
a) <i>Concepto de posesión del Código Civil.....</i>	30
a) <i>Estado de la cuestión</i>	31
2) Criterios Jurisprudenciales utilizados para acoger o rechazar una Tercería de Posesión	
a) <i>No procede la Tercería de posesión si el tercerista posee el mismo domicilio del ejecutado.....</i>	32
b) <i>Si el Tercerista es dueño del hogar donde guarnece los bienes procede acoger la demanda de Tercería de posesión</i>	36
c) <i>La tercería será acogida o rechaza según la naturaleza de las especies embargadas</i>	38
d) <i>Posesión material como determinante de la tercería de posesión</i>	40
e) <i>Se acoge la tercería de posesión si no existe una relación afectiva entre el tercerista y el ejecutado.....</i>	42

<i>f) Tercerista se encuentra presente durante la diligencia de traba de embargo.....</i>	44
CONCLUSIÓN.....	46
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.....	50
OTRAS FUENTES CONSULTADAS.....	58

INTRODUCCIÓN

La relevancia que actualmente tiene el juicio ejecutivo en nuestro sistema, encuentra su fundamento en el elevado número de causas que actualmente colman los tribunales civiles. Un informe del Centro de Estudios de Justicia de América (CEJA), destinado a conocer y describir la trayectoria de las causas tramitadas en los tribunales civiles de Santiago, reveló que 96,45% de las causas concluidas el 2009, corresponden a juicios ejecutivos, lo que muestra la fuerte presencia, casi absoluta, de estos procedimientos en la carga de los tribunales civiles.¹

De estos datos concretos, surge la importancia de estudiar las instituciones que forman parte del juicio ejecutivo, dentro de ella encontramos las tercerías, institución que permite la intervención de un tercero al juicio, quien alega una pretensión distinta a la del ejecutante y ejecutado. Distinguiendo la pretensión que demanda el tercerista, encontramos 4 tipos de tercerías, la tercería de dominio, de posesión, de prelación y la tercería de pago.

Esta tesis, se centrará en el estudio de la segunda de las tercerías antes enunciadas, la tercería de posesión, en la cual un tercero alega ser poseedor de algunas o de todas las especies embargadas al ejecutado y se solicita al juez que se levante el embargo decretado, para así liberar sus bienes. El fundamento de esta tercería, está en que el mandamiento de ejecución y embargo sólo autoriza al receptor a embargar bienes suficientes de propiedad del deudor, y no así de terceros. La jurisprudencia consideró que, si la legislación reputa como dueño al poseedor de una cosa, no se le puede dejar en indefensión si es que se embarga algo del cual es poseedor y según la ley, presunto dueño.

Esta tercería, tiene el problema de que los terceristas buscan que se suspenda el procedimiento mientras no se resuelva el incidente, por tanto se corre el riesgo de que estas sean interpuestas con el solo propósito de dilatar el juicio y evitar la realización de los bienes embargados, es por ello que se hace necesario controlar los efectos que puede conllevar su interposición.

La escasa regulación que existe sobre esta institución, la que hace sólo 25 años fue incorporada en nuestra legislación, hace que existan una serie de cuestionamientos sobre la aplicación práctica de esta figura. Al ser una creación jurisprudencial, reconocida por los tribunales desde mucho antes a que lo hiciera el Código de Procedimiento Civil, se hace necesario recurrir a los criterios que ocupa nuestra jurisprudencia para fundamentar la aceptación o el rechazo de esta tercería.

Es por este motivo, que en este trabajo se expondrá un estudio jurisprudencial de la tercería de posesión, en el cual se intentará determinar los criterios utilizados por los jueces para resolver dos problemáticas que constatamos, las cuales pasaremos a indicar. Así la estructura de esta tesis será la siguiente:

¹ Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2011): *Informe Final "Estudio de Análisis de Trayectoria de las Causas Civiles en los Tribunales Civiles de Santiago"* (Santiago).

En el capítulo I, se tratarán cuestiones generales sobre la tercería de posesión, sobre su naturaleza jurídica, su tratamiento como incidente, y sobre el fundamento de su inclusión en nuestro Código de Procedimiento Civil.

Se tratará en el capítulo II, una problemática que se presenta en la etapa probatoria. Esta dificultad se produce ya que los terceristas muchas veces prueban su posesión por ciertos instrumentos privados, pero no los acompañan al juicio de la manera que la ley señala. Entre los instrumentos privados, que comúnmente se utilizan, están las boletas o facturas, los contratos, escrituras privadas, entre otras. El uso de estos documentos se justifica de igual manera, ya que estos permiten suspender la tramitación del juicio ejecutivo, ya que son antecedentes que constituyen una presunción grave del derecho en que se funda. En este capítulo, analizaremos específicamente algunos medios de prueba, los que son las boletas o facturas y los contratos de arrendamiento. La elección de estudiar esta prueba documental, se debe en primer lugar a la importancia práctica que tiene, ya que por ejemplo muchos de los casos de tercerías se producen precisamente por el embargo de bienes del arrendatario a causa de un juicio seguido contra el arrendador, o situaciones en las cuales, por un juicio seguido contra el arrendatario, se embargan bienes del arrendador. En segundo lugar y cómo ya se señaló anteriormente, por la forma en la que se incorporan las boletas y facturas, situación que puede presentar ciertas irregularidades. Es por tanto menester precisar los criterios jurisprudenciales que los juzgadores tienen en cuenta al valorar estos medios probatorios.

Otra situación que también suele darse en la tercería de posesión, es la de aquellas personas que siendo poseedores de algo, comparten domicilio con el ejecutado del juicio, lo que ha ocasionado que muchas tercerías sean rechazadas por estimar los tribunales que, en este caso no existe una posesión exclusiva y excluyente del bien embargado. Esto contrasta con el concepto de posesión que regula el Código Civil, que lo establece como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”. Es por esto que en el capítulo 3, se analizarán los criterios jurisprudenciales para acoger o rechazar una tercería de posesión, en los casos en que el tercerista convive o tiene una relación afectiva con el ejecutado, ya que estas situaciones han producido una jurisprudencia vacilante en casos claramente similares, lo que a nuestro juicio atenta contra la equidad y el fin de todo procedimiento que es alcanzar la justicia.

Sintetizando lo ya mencionado, la falta de regulación sobre el tema, hace necesario determinar cuáles son los parámetros que nuestros tribunales tienen en cuenta a la hora de aceptar o rechazar la interposición de una tercería. Es necesario tener una cierta claridad al respecto, porque para nadie es un misterio que las decisiones de los jueces afectan la vida de las personas, en particular la del poseedor de un bien que al ser rechazada su tercería tiene que ver disminuido su patrimonio, o también el caso de un acreedor, que podría ver desmejorada su situación al aceptarse una tercería, con el único objeto de entorpecer la ejecución.

CAPÍTULO I: TERCERÍA DE POSESIÓN COMO MECANISMO QUE PERMITE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL JUICIO EJECUTIVO

1) Intervención procesal en el Juicio Ejecutivo

a) *Fundamento*

Es presupuesto procesal de todo procedimiento judicial la existencia de partes, quienes son el demandante, quien solicita la tutela judicial al órgano jurisdiccional, y el demandado, contra quien se solicita. Es relevante determinar con precisión quiénes son las partes en un proceso, ya que la sentencia con la que culminará tiene efecto relativo, esto es obliga sólo a estos sujetos procesales, salvo en los casos que tienen efecto erga omnes.

El procedimiento ejecutivo no está ajeno a esta estructura, y en éste, tal como en el procedimiento declarativo, la regla general es que los resultados de la sentencia afecten únicamente a quienes tuvieron intervención procesal en el juicio. No obstante ello, un fallo puede afectar a un tercero, o sea a una persona que no ha figurado en el juicio, así pues, es justo y conveniente que esa persona tenga derecho de participar en el proceso antes de que se dicte sentencia para evitar un perjuicio o daño en su contra. La sentencia condenatoria en el juicio ejecutivo, ordena seguir adelante la ejecución hasta la completa realización de los bienes embargados; pero puede suceder que estos bienes sean de posesión o pertenezcan en dominio a un tercero. Este tercero puede actuar durante la tramitación del juicio para alzar el embargo y liberar sus bienes.²

b) *Tercerías como mecanismo*

Las Tercerías, pueden ser definidas como la intervención de un tercero en un proceso pendiente entre dos o más.³

Las Tercerías, son el mecanismo que nuestra ley prevé para que un tercero pueda hacer efectivo sus derechos o intereses en el juicio ejecutivo del cual no es parte. El Código de Procedimiento Civil limita la intervención de terceros principalmente a las Tercerías reguladas en el artículo 518, referido a terceros que tengan como pretensión el dominio, la posesión, la prelación o el pago. El legislador es restrictivo en esta materia, ya que se corre el riesgo de que litigantes de mala fe interpongan estas tercerías con el sólo propósito de dilatar el juicio, y de burlar a los acreedores, es por ello que se hace necesario controlar los efectos que puede conllevar su interposición.

2) Tercería de Posesión

²QUEZADA MELENDEZ, José, *Proceso Ejecutivo* (Santiago, Ed. Librotecnia, 2009) p. 267.

³NAVARRETE VILLEGAS CHILE, Luis Gonzalo, *Embargo, Tercerías y Realización de bienes*² (1994, Santiago, Editorial Jurídica de, 2004), p. 116.

a) Concepto

La Corte Suprema ha señalado que, la “Tercería de Posesión es la intervención de un tercero en el juicio ejecutivo, pidiendo se respete su posesión y se alce el embargo, porque al momento de efectuarse este, los bienes en que recayó la traba se encontraban en su poder y deberán presumirse de su dominio.⁴El titular de ella ha de exteriorizar el convencimiento de "señorío" respecto de la cosa".⁵

De este concepto se desprenden varias características de la Tercería de Posesión:

En primer lugar, y como ya se dijo, esta institución está referida a la intervención de un tercero en el juicio ejecutivo, que en el caso de la Tercería de posesión correspondería a un símil del tercero excluyente, que regula el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil; esto ya que el interés del tercerista será que ese bien embargado en el juicio, no sea realizado.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, la pretensión del tercerista será precisamente que se alce el embargo, para que ese bien que está en su posesión no sea rematado; por tanto es su escrito deberá señalar como petición, que se alce el embargo recaído sobre el bien de su posesión y ahora objeto de la tercería.

Finalmente, la causa de pedir del tercerista será el hecho de que la cosa embargada es de su posesión. El Código Civil define la posesión en el artículo 700 como “La tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.” En el mismo artículo se señala que “el poseedor es reputado dueño de ese bien, mientras otra persona no justifique serlo”, por tanto este es el fundamento de que se permita interponer la tercería de posesión. Si la misma ley reputa al poseedor dueño del bien poseído, no es menester que este pruebe su propiedad a través de una tercería de dominio, lo cual puede resultar muy difícil, sino que basta con que pruebe su posesión.

b) Fundamento Histórico

La versión original del artículo 518 del Código de Procedimiento Civil de 1902, no hacía mención a la Tercería de Posesión, por tanto quien se veía afectado por el embargo de sus bienes en un juicio ejecutivo del cual no era parte, debía interponer una Tercería de dominio, la cual tiene como dificultad la actividad probatoria.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de esta Institución⁶, dando aplicación práctica a la presunción contenida en el artículo 700 del Código Civil, que establece que el poseedor de una cosa se reputa dueño de ella.

⁴ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS PUNTOLEX, *Jurisprudencia de las Tercerías en el Juicio ejecutivo* (Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2010) p.20.

⁵ RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio, *Tratado De Las Tercerías* (Santiago, Ediciones Vitacura Limitada, 1987), III, p. 677

⁶ Véase la Sentencia causa Rol N° 7318-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 14 de agosto de 2009, que establece que “La tercería de posesión de originaria creación jurisprudencial, persigue el respeto de

Con la Ley N° 18.705 del 24 de mayo de 1988, se incorpora a nuestra legislación la tercería de posesión, añadiéndose un numeral al artículo 518 del Código de Procedimiento Civil. “La reforma tuvo su origen en el proyecto del Instituto Chileno de Derecho Procesal, el que fue recogido por el Ejecutivo en su proposición legislativa sin modificaciones. Al Colegio de Abogados le pareció oportuna la consagración de la “tercería de posesión”, sin perjuicio de estimar indispensable definir la institución para diferenciarla de la tercería de dominio, determinar si suspende o no la tramitación del procedimiento de apremio y con cuáles requisitos”.⁷

Esta inclusión legal, sólo vino a regularizar lo que la jurisprudencia ya había reconocido por años, entregando certeza y un procedimiento a esta institución. En cuanto a las observaciones formuladas por el Colegio de Abogados, éstas fueron consideradas al tratar el artículo 522.

3) Regulación Normativa

a) Disposiciones en el Código de Procedimiento Civil

La Tercería de posesión se regula en el artículo 518 n° 2 del Código de Procedimiento Civil, en el cual se establece que “en el juicio ejecutivo sólo son admisibles las tercerías cuando el reclamante pretende posesión de los bienes embargados”. Sin embargo, este artículo solo enumera las tercerías que son posibles de interponer en el juicio ejecutivo, sin contener mayor regulación de fondo ni forma.

El artículo 521 inciso 2 del Código, establece que se le dará tramitación incidental a la Tercería de posesión, por tanto toda su regulación se remite a las normas que regulan los incidentes.

Finalmente el artículo 523 parte final, señala que tratándose de la Tercería de posesión, el procedimiento de apremio se suspende sólo si se acompañan a ella antecedentes que constituyan al menos presunción grave de la posesión que se invoca. “Pensamos que la exigencia establecida por el legislador para suspender el procedimiento de apremio en la tercería de posesión, responde a una razón de elemental equidad: la tercería entraña un quebranto lo suficientemente grave como para someterla a un adecuado control, tanto más justificado cuanto que la actividad del ejecutante se apoya en un título ejecutivo”.⁸

la posesión, amparada por una presunción legal, otorgando tutela rápida y eficaz para aquellos casos en que se embarga bienes que están en poder de un tercero que, en cuanto tal, se halla amparado por la presunción del artículo 700 del Código”.

Véase la sentencia causa Rol N° 5747-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que establece “Que la tercería de posesión, que en sus orígenes es de creación jurisprudencial, viniendo la ley sólo a consagrar legislativamente la solución que habían dado los Tribunales de Justicia”.

⁷ OTERO LATHROP, Miguel, *Derecho procesal Civil: Modificaciones a la legislación 1988-2000* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000) p. 319-320

⁸ NAVARRETE VILLEGAS, Luis Gonzalo, cit. (n.3), p. 113.

b) Sujetos pasivos en la tercería de posesión

El procedimiento de tercería de posesión, es un juicio que se inserta dentro de un procedimiento ejecutivo principal, en que un tercero ajeno a la ejecución, demanda de tercería tanto al ejecutando como al ejecutado, convirtiéndose ambos en demandados.

c) Tratamiento como Incidente

Examinaremos un fallo de la Excelentísima Corte Suprema, que ha establecido en sentencia del 23 de julio de 1981 (“Sociedad Enrique Zaror y Cía Ltda.” recurso de queja) que “la Tercería de posesión es un incidente de previo y especial pronunciamiento que hace aconsejable la paralización del procedimiento de apremio, puesto que de seguirse este adelante, se podría hacer ilusorio el derecho del tercerista de posesión de rescatar sus bienes”.⁹ Este criterio fue establecido por la Corte Suprema cuando todavía no existía un reconocimiento legal de la tercería de posesión, dándole los tribunales tratos diferentes, puesto que algunos la estimaron como un incidente de exclusión del embargo y por lo tanto un incidente de previo y especial pronunciamiento en el cuaderno de apremio, el cual se suspendía hasta que no se fallara dicha incidencia; en cambio, otros tribunales la asimilaban a la tercería de dominio suspendiendo el procedimiento de apremio cuando el incidente de exclusión de embargo se apoyaba en un instrumento público otorgado de la forma que establece el artículo 523.¹⁰

La regulación vigente de la tercería de posesión, establece que se dará tramitación incidental a la tercería de posesión, sin embargo a diferencia de lo establecido en el fallo de la Corte de 1981, este incidente suspenderá el juicio ejecutivo cuando el tercerista acompañe antecedentes que constituyan una presunción grave de la posesión que se invoca. Por regla general, los terceristas acompañarán instrumentos públicos, o boletas, facturas u otros instrumentos privados para paralizar el procedimiento de apremio, ya que el objetivo de esta institución es que los bienes embargados no sean sacados a remate.

Haremos una explicación general del incidente de tercería de posesión, con la salvedad que, si bien el código establece que es una cuestión accesoria y que por tanto se le tiene que dar la regulación de todo incidente¹¹, hoy en día algunos fallos las consideran un nuevo juicio, que por tanto debe cumplir las formalidades de todo nuevo procedimiento¹².

⁹Sentencia de la Corte Suprema del 23 de julio de 1981 sobre tercería de posesión (recurso de queja) /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXVIII (1981), n° 2, 2ª parte, sección 1ª, p. 81. En el mismo sentido, sentencia de la Corte Suprema del 29 de enero de 1990, rol 15.029, considerando 3°.

¹⁰OTERO LAHTROP, Miguel, cit. (n.7), p. 326.

¹¹ Véase la causa Rol N° 756-2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 22 de agosto de 2014, donde se señala “Que, así las cosas, teniendo en consideración la regla establecida en el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, que establece la tramitación incidental para esta reclamación y entendiendo que por su naturaleza corresponde a una cuestión accesoria al juicio ejecutivo que requiere un pronunciamiento especial del Tribunal”.

¹² Véase la Sentencia causa Rol N° 1225-2014 de la Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 23 de enero de 2015, donde se declara “Que en el contexto en que ha sido promovida la cuestión que esta Corte conoce, es oportuno tener en cuenta que las tercerías, aun considerando la tramitación incidental que tienen asignada ,

En primer lugar ¿desde cuándo puede interponerse? Desde el embargo de los bienes y hasta que estos sean rematados, ya que lo que se va a solicitar al tribunal será que se levante el embargo de los bienes, en virtud de que estos son de su posesión. Esta gestión, se dirige en contra del ejecutante y del ejecutado del juicio principal, a los que se les debe dar el debido emplazamiento, sin embargo en cuanto a la forma de notificar existen diversas opiniones en la jurisprudencia. Por una parte, algunos señalan que al ser un incidente debe notificarse por el estado diario¹³ ya que esta es la regla general; sin embargo, es menester señalar que numerosos fallos establecen que se debe proceder a aplicar otras formas de notificación, como la notificación personal debido a que es un nuevo juicio¹⁴, o en ciertos casos se ordena notificar por cédula. Del análisis de fallos, se desprende que la tendencia de las Cortes parece ser que la demanda de tercería de posesión debe notificarse personalmente, y son los jueces de primer grado quienes siguen dándole notificación por el estado diario a esta demanda.

La Corte de Apelaciones de Concepción, el 12 de enero de 2004, en Sentencia Rol n°1.644-2003, señaló que “La Tercería de posesión constituye un nuevo juicio en que la controversia y las partes son distintas, de modo que la demanda debería notificarse a los demandados conforme a lo preceptuado en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil; esto es, en forma personal por ser la primera del juicio. Esta Corte ha resuelto que las tercerías que admiten los artículos 518 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, si bien están sujetas a tramitación incidental, distintas son las partes y otro el conflicto; no se

constituyen un juicio distinto de la ejecución a la que se relacionan y, la sentencia que en ellas se dicte, en caso de hacer lugar a la pretensión del tercerista, reconociendo el derecho invocado por éste y desconocido por los demandados incidentales ejecutante y ejecutado, formal y fundamentalmente comprende dos acciones, a saber: una, orientada a obtener una declaración que debilita la del demandado ejecutante y otra, enderezada a conseguir una condena respecto del demandado ejecutado”. Véase también la sentencia causa Rol N° 549-2008 de la Corte Suprema “Como se ha resuelto por el máximo tribunal del país, las tercerías - independientemente de la tramitación incidental que les atañe- constituyen un juicio distinto de la ejecución a la que se relacionan, atendida la naturaleza de la pretensión que hace valer el tercerista, siendo la resolución que pone fin a dicho juicio una sentencia definitiva”. Véase en el mismo sentido las sentencias Rol N° 1116-2014 de fecha 27 de noviembre de 2014, la N° 664-2009 y la N° 1249- 2012, todas de la Corte de Apelaciones de Concepción.

¹³ Véase la sentencia causa Rol N° 1073-2008 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 22 de agosto de 2008, que revoca sentencia de primera instancia que señalaba que “se confiere el correspondiente traslado respecto de la demanda antedicha, la que aparece notificada por el estado diario de la misma fecha”.

¹⁴ Véase la Sentencia causa Rol N° 1366-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 11 de noviembre de 2014, que declara que “Así las cosas, constituyendo la tercería de posesión una nueva demanda, la providencia recaída en ella para darle curso y que ordenó conferir traslado ha debido serle notificada personalmente a todos los demandados, por tratarse de la primera notificación que se practica en este nuevo proceso, conforme a la regla del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, siendo improcedente su notificación por el estado diario como se dispuso por el juez a quo. (Considerandos 4° y 5° de la sentencia)”. Véase la Sentencia causa Rol N° 664-2009 de la Corte de Apelaciones de Concepción de 30 de septiembre de 2009, donde se señala “Que de otro lado, si bien la tercería de posesión se tramita "como incidente" no es un incidente, ya que "incidente", según definición legal es "toda cuestión accesoria a un juicio que requiera pronunciamiento especial con audiencia de las partes" del juicio, carácter que no tiene dicha tercería.(...) Que en el entendido que se viene de analizar sobre la naturaleza de la tercería de posesión y considerando que se trata, como se dijo, de un juicio autónomo y distinto del juicio ejecutivo, la demanda de tercería debe notificarse personalmente al ejecutante y al ejecutado”.

trata de una cuestión accesoria al pleito sino que constituyen nuevos juicios, autónomos del juicio ejecutivo, por lo que la demanda debe ser notificada personalmente a las partes”.¹⁵

Ahora, independiente de su forma de notificación se les confiere un plazo de 3 días a los demandados para contestar el incidente. Luego si es necesario se abrirá un periodo probatorio de 8 días, y con posterioridad, el tribunal tiene un plazo de 3 días para dictar un fallo acogiendo o rechazando la tercería. En cuanto a la forma de notificar la sentencia que resuelve la tercería, algunos jueces consideran que sería por cédula¹⁶ mientras que otros jueces mandan a notificar por el estado diario¹⁷

Esta es la estructura de la tercería de posesión, explicada de manera general. Si bien su tramitación no será objeto de los capítulos posteriores, fue presentada para poder contextualizar las temáticas de las que se harán cargo los próximos dos capítulos.

¹⁵DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS PUNTOLEX, cit. (n.4), p. 96.

¹⁶ Véase la sentencia 1225-2014 de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 23 de enero de 2015, que establece “Que, revisados los antecedentes, se advierte que el recurso de apelación presentado en autos lo fue al día de notificado, en razón del artículo 55 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, por no haberse notificado hasta dicho momento por cédula el fallo en mención, esto es, dentro del plazo fatal del que ese tercero disponía para recurrir”. Véase también la Sentencia Rol N° 390-2010 hecho- civil de la Corte de Apelaciones de Arica, del 13 de enero de 2011, donde se establece “Que, conforme a lo reflexionado en el motivo precedente, la notificación de la sentencia definitiva recaída en una tercería de posesión debe practicarse a las partes -tercerista, ejecutante y ejecutado- por cédula, conforme lo ordena el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que dicha disposición, en su inciso primero prescribe que “Las sentencias definitivas, las resoluciones en que se reciba a prueba la causa, o se ordene la comparecencia personal de las partes, se notificarán por medio de cédulas que contengan la copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia”.

¹⁷ Véase la sentencia causa Rol N° 1644-2003 de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 12 de enero de 2004, donde se señala “Sin embargo, hasta ahí llega toda similitud de considerar a la tercería de posesión como un juicio nuevo, pues la ley ordena perentoriamente que su tramitación debe ajustarse a las reglas establecidas para los incidentes, de manera que de no existir norma expresa en contrario, todas las resoluciones deben notificarse por el estado diario, incluida la resolución que falla la tercería, pues no existe norma que establezca lo contrario, por lo que ya se estime dicha resolución como sentencia interlocutoria o como sentencia definitiva, la regla es clara: su notificación a las partes debe hacerse por el estado diario, porque de esa forma se notifican las resoluciones que resuelven incidencias”. Véase sentencia causa Rol N° 437-2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de febrero de 2015, donde se señala “la tercería de posesión fue fallada el día tres de diciembre del año dos mil catorce, siendo notificada por el estado diario con esa misma fecha.” Véase causa Rol N° 20-2014 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 12 de mayo de 2014, donde se declara “Que revisados los antecedentes, se advierte que el recurso de apelación presentado en autos lo fue al décimo día hábil de notificado por el estado diario el fallo en mención, esto es, dentro del plazo fatal que el recurrente disponía para recurrir, por ello, no pudo ser declarado inadmisibile por extemporáneo, razones por las que el presente recurso de hecho deberá ser acogido”.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA VALORACIÓN DEL INSTRUMENTO EN EL JUICIO DE TERCERÍA

1) Aspectos generales del Instrumento privado en el Juicio de Tercería

a) Concepto

Nuestra actual legislación no nos proporciona un concepto de instrumento privado, a diferencia de lo que ocurre con el instrumento público, el cual si se encuentra definido expresamente en el Código Civil. Es por esto que se han esbozado diferentes conceptos sobre lo que se debe entender por instrumento privado, siendo característica una definición por oposición al instrumento público, que entiende al instrumento privado como aquel documento para el cual la ley no ha señalado solemnidades necesarias, ni un funcionario competente para su dictación.

Documento privado, en su más amplio sentido, es todo escrito no protegido por la fe pública y que ha sido hecho únicamente por los particulares¹⁸. En un sentido restringido, se entiende por documento privado el que justifica una o varias obligaciones o su extinción, suscrito por aquellos que intervienen en él, y no autorizado u otorgado por Notario u otro empleado público autorizado para darle fe pública.¹⁹

b) Aplicación de normas regulatorias de la prueba del juicio ordinario de mayor cuantía

En la regulación que hace el Código de Procedimiento Civil a las Tercerías, no se establece una normativa referente a la rendición de la prueba para acreditar la posesión. Por tanto, se aplican las normas que regulan la prueba en el juicio ordinario de mayor cuantía. En cuanto al término probatorio, la tercería de posesión establece que esta tendrá regulación incidental, por lo que el término se reduce a 8 días.

En materia civil, actualmente los medios de prueba que señala la ley constituyen una enumeración taxativa, de lo que se desprende que sean normas de orden público, es decir que las partes y el tribunal deberá acatarlas en todo sentido, sin que puedan introducir modificaciones o alterar su valor.²⁰

El sistema de valoración que impera en nuestro sistema, es el de la prueba legal o tasada, en virtud del cual es la ley quien le señala de antemano al juez, que valor debe darle a cada medio probatorio que se presente en juicio. Esto es una fuerte limitación a la actividad del

¹⁸ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, VI: *De las Obligaciones* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992), p. 695

¹⁹ DIAZ URIBE, Hugo, *Prueba Documental* (Santiago, Ed. Licrotecnia, 2009) p. 125

²⁰ DIAZ URIBE, Hugo, cit. (n.19), p. 58

juzgador, ya que es la ley la que le señala cuándo, en virtud de la prueba rendida, debe tener por acreditado un hecho alegado en el juicio.

c) Situación actual de la prueba Instrumental privada en la Tercería de posesión

Hoy en día, es común que en los procedimientos de Tercería de posesión, la parte demandante se valga de ciertos instrumentos privados para acreditar los hechos objeto de su pretensión. Así por ejemplo, si el tercerista alega ser poseedor de un televisor, es probable que acompañe la boleta de compraventa de ese bien mueble²¹, o que si un tercerista alega ser poseedor de los bienes muebles que guarnecen una casa de su propiedad, pero que tiene arrendada, acompañe en el juicio el contrato de arriendo de esa casa²², cuyos bienes fueron embargados. Así, hemos comprobado que el instrumento privado es un medio de prueba muy importante en el procedimiento de Tercería, por el constante uso que se hace de él.

Dejaremos de lado el examen de otros medios de prueba de los que generalmente se hace aplicación, como lo son la prueba testimonial, y la instrumental referente a documentos públicos, para estudiar en concreto el instrumento privado. En general se analizarán ciertas problemáticas derivadas principalmente de ciertos medios probatorios que son admitidos, y que no encuadrarían en el concepto de instrumento privado; y por otro lado, la forma de acompañar los documentos privados, para lo cual existe una estricta normativa, que le otorga distinto valor según cómo se incorporó este instrumento.

Para el análisis de los criterios que utilizan los juzgadores, para tener por acogida o rechazada una tercería en base a los documentos privados que las partes hacen uso en el juicio, utilizaremos el examen de dos grupos de instrumentos privados, en específico las boletas o facturas, y los contratos de arrendamiento. La elección de estudiar estos documentos, se basa en que estos son los medios probatorios que mayor discrepancia en su tratamiento, causan en la jurisprudencia. Dicho de otro modo, la jurisprudencia de las tercerías de posesión, en las que se rinden como prueba boletas o contratos de arrendamiento, es fluctuante, siendo necesario realizar un estudio de ellas para determinar los criterios que tienen en cuenta los jueces al fallar.

2) Boletas y Facturas como medio de prueba en el Juicio de Tercería de Posesión

a) Estado de la cuestión

²¹ Véase la Sentencia causa Rol N° 3366-2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 14 de diciembre de 2001, en donde declara “Que, por lo razonado en cuanto a la naturaleza de la presente incidencia, las facturas de compra tienen importancia, principalmente, para corroborar la posesión, único hecho substancial en esta materia.

²² Véase la sentencia causa Rol N° 18158-2001 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 21 de enero de 2002, en que se declara que “Puede inferirse que es la arrendataria de la propiedad ubicada en calle Francisco Gana N° 640 de esta ciudad, (...) un contrato de arrendamiento celebrado por ella y el arrendador el 4 de febrero del año 2000, meses antes de que el ejecutado de autos firmara el documento que origina esta causa y un recibo de arrendamiento correspondiente al período comprendido entre el 15 de junio al 15 de julio pasado, oportunidad en que recurre de tercería;

Como ya se ha señalado en este capítulo, uno de los medios de prueba más usados en los juicios de tercería de posesión son las boletas y las facturas de compraventa de los objetos embargados. Esto, ya que suelen embargarse electrodomésticos, y otros aparatos electrónicos, en que los terceristas suelen tener en su poder la boleta de la compra, o puede ser sencillo recuperarla.

Las boletas y facturas de los objetos embargados suelen ser un efectivo medio de prueba, ya que lo que hacen es acreditar la propiedad del tercerista sobre el objeto embargado; sin embargo, en algunas ocasiones por este mismo argumento se han visto rechazadas tercerías de posesión, ya que por medio de la boleta no consta que el actor haya tenido la posesión de la cosa al momento del embargo, sino que simplemente que tiene o alguna vez tuvo el dominio. Asimismo, las boletas y facturas son útiles para poder paralizar el juicio principal, ya que pueden ser consideradas antecedentes que constituyan presunción grave de la posesión que se invoca.

De las boletas y facturas como medio de prueba surgen varias interrogantes que analizaremos en este capítulo, en primer lugar si son realmente un documento privado, en segundo lugar cómo deben ser acompañados en el juicio y cuál es el valor probatorio que debería otorgárseles en el juicio de Tercería de posesión.

b) Boletas como instrumentos privados en el Juicio de Tercería

Las boletas y facturas constituyen instrumentos privados, que por regla general emanan de terceros ajenos al juicio. Como ya hemos señalado con anterioridad, nuestra legislación no nos proporciona un concepto de instrumento privado, pero la doctrina ha ido definiendo ciertas características que estos deben tener. Una cuestión bastante interesante que se presenta en relación a los documentos privados, es la relativa a la necesidad de suscripción o firma para su validez.²³ Hasta ahora la corriente imperante y aceptada como dogma, es que la firma de la o las personas que comparecen a otorgar el acto es indispensable, de manera que el instrumento privado no tiene eficacia si ella falta de cualquier manera.²⁴

Estas boletas que se presentan en juicio de tercería de posesión por el actor, son documentos privados emanados de un tercero. Por ejemplo, si un tercerista quiere probar que es poseedor de un televisor, acompañará la boleta emanada de esa casa comercial, o si es un aparato electrónico adquirido a un vendedor particular, adjuntará la boleta o comprobante de esa compraventa. Por esta razón, al ser un documento privado emanado de

²³DIAZ URIBE, Hugo, cit. (n.19), p.127- 128.

²⁴ En este sentido, véase a Claro Solar quien señala que “es esencial al instrumento privado, que este debe ir firmado por las partes, o la parte contra la cual ha de hacer prueba. La firma es verdaderamente el complemento del documento privado y la característica que lo distingue de otros documentos”, en CLARO SOLAR, Luis, cit (n.9), p. 696. Véase también a Sergio Dunlop, quien señala que “el concepto legal implícito de instrumento privado es el de un escrito que da testimonio de un hecho, y que se encuentra escrito o firmado en original. Decimos que éste es un concepto implícito porque lo artículos 1703. 1704 y 1705 del Código Civil se refieren reiteradamente a la escrituración, la nota escrita y firma. De esta manera el legislador parte del supuesto que el documento privado ha sido escrito o firmado por la persona a quien se le atribuye”, en DUNLOP RUDOLFFI, Sergio, *Nuevas orientaciones de la prueba* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1981), p. 90.

un tercero, estas boletas y facturas deben acompañarse con citación, para que pueda ser tenido como reconocido. En este caso no se percibe a la contraparte, como en el caso de los instrumentos privados emanados de la contraparte, ya que lógicamente, ésta incluso podría desconocer la existencia del instrumento acompañado por el tercerista. Así, solo se acompaña el documento con citación, puesto que este trámite o diligencia es esencial para toda clase de instrumentos sin distinción alguna. Ahora, en cuanto a la manera de tener por reconocido estos instrumentos, no puede ser otra que presentar a ese tercero como testigo dentro del juicio, a objeto de que deponga sobre la autenticidad e integridad del instrumento, y con ocasión de la declaración de éste testigo la contraparte podrá intervenir, aquí se va a dar el carácter contradictorio de la prueba.²⁵

c) Forma de incorporarlas al juicio

No existe en el título XI “De los medios de prueba en particular” del libro II del Código de Procedimiento Civil, disposición alguna que expresamente establezca la forma y términos con los cuales deberán incluirse al juicio los documentos, sean públicos, privados o electrónicos. No lo hacen ni el artículo 342 del Código, referente a los instrumentos públicos, ni el 346 del mismo, referente a los privados. Sin embargo, encontramos la regulación del modo de incorporar estos instrumentos, entre las normas del recurso de casación, específicamente en los artículos 795 N°4 y 800 N°2, disposiciones que fijan como trámites diligencias esenciales en única, primera o segunda instancia, la agregación de los instrumentos presentados por las partes y la citación de aquella contra quien se presenten, pudiendo concluirse de ello que los documentos deben acompañarse con citación de la contraparte.²⁶

Ahora, ¿qué sucede con las boletas y facturas que acompaña el tercerista en el juicio? Al discutir esto con anterioridad, llegamos a la conclusión que son instrumentos privados que emanan de un tercero al juicio, esto porque las boletas y facturas por lo general son un documento que deriva de una compraventa entre el tercerista y un tercero ajeno al juicio, y no entre el actor y los demandados, por lo tanto estos instrumentos siguen las reglas de incorporación de los instrumentos privados emanados de un tercero.²⁷

²⁵ Véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 5 de diciembre de 1980, que señala que “para que los instrumentos privados emanados de terceros tengan valor probatorio en juicio, es indispensable que quienes lo han emitido declaren como testigos en el juicio mismo, reconociéndolos en cuanto a su procedencia y dando fe de la verdad de su contenido. De esta manera el documento pasa a formar parte de la declaración testimonial y tiene el valor que la ley atribuye a dicha prueba. Si los referidos instrumentos no son ratificados por el otorgante carecen de todo valor probatorio”, en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXVII, n°3 septiembre a diciembre, año 1980, p. 154.

²⁶ DIAZ URIBE, Hugo, cit. (n.19), p. 214

²⁷ Véase la sentencia causa Rol N° 207-2008 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de fecha 27 de agosto de 2008, que señala que, “Respecto a la ponderación que se hizo de las cincuenta facturas acompañadas por la tercerista para acreditar la posesión que reclama, se debe tener presente que si bien la manera de reconocer estos instrumentos es acompañándolos al proceso y haciendo concurrir al tercero como testigo para que los reconozca, por lo que en resumidas cuentas el instrumento es una declaración anticipada de testigos, lo que otorga a la parte en contra de quien se presenta el documento el derecho a defenderse ya sea tachando al tercero que depone como testigo o ya sea contra interrogándolo, este instrumento también puede ser considerado como base de una presunción judicial siempre que haya sido reconocido

Pero, ¿cómo se acompañan? No resulta razonable apereibir a la parte contraria²⁸, o tenerlo por reconocido en circunstancias que la contraparte podría tener completo desconocimiento del instrumento. Es por tanto que se debe llamar al tercero como testigo para que reconozca o en su caso impugne el documento. En este caso no hay que confundir el hecho de que igual se acompañe con citación, pero esto se hace porque es menester darle contrariedad al documento, para que los demandados tomen conocimiento de estos.²⁹

La Corte de Apelaciones de Santiago expresó en un fallo que, “para que los documentos privados emanados de terceros tengan valor probatorio en juicio, es indispensable que quienes lo han emitidos declaren como testigos en el juicio mismo, reconociéndoles en cuanto a su procedencia y dando fe de la verdad de su contenido. De esta manera, el documento pasa a formar parte de la declaración testimonial y tiene el valor que la ley le atribuye a dicha prueba. Pero si no son ratificados por el otorgante en la forma señalada, carecen de todo valor probatorio”.³⁰

Pero ¿qué tan efectivo es que en los juicios de tercería de posesión se llame al tercero del cual emana el documento para que lo reconozca? Si el tercerista acompaña una boleta de una de las grandes tiendas del retail, ¿ofrece como prueba testimonial la declaración del representante legal de esta tienda para que reconozca la boleta? Al parecer, en la práctica no sucede así, con lo cual debemos preguntarnos ¿qué valor se les debe dar a estos instrumentos en los juicios de tercería? ¿Qué criterios usa el juez para proveerle o no a estos medios probatorios mérito en su sentencia?, y finalmente con esto, ¿vulneran los jueces las normas de valoración de la prueba, que como dijimos anteriormente son de orden público?

tácitamente por la parte contra quien se presenta, siendo acompañado solamente como testimonio de efectividad de los hechos alegados, circunstancia que precisamente fue la que ocurrió en la especie El hecho de darse por acreditado el dominio del inmueble a favor de la tercerista con el sólo mérito de la escritura de compraventa del mismo carece de relevancia, por cuanto tratándose de una tercería de posesión respecto de bienes muebles, esa circunstancia sólo ha sido considerada por los jueces de la instancia como un indicio más para apoyar su decisión, pero no como un antecedente fundamental para concluir como lo hicieron, lo que le priva de la calidad de norma decisoria litis.

²⁸ Sentencia Corte Suprema, Queja, 20 de julio de 1962, donde se declara que “si bien el apereibiramiento de N° 3 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil no procede respecto de documentos privados que no emanan de ninguna de las partes, ello no obsta a que se agreguen a la causa con citación de la parte contraria” en RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio, *La prueba ante la Jurisprudencia Derecho Civil y Procesal Civil*⁴ (1992, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002), I, pág. 435.

²⁹ En este sentido, véase el fallo Rol N° 4002-08 de la Corte Suprema de fecha 5 de enero de 2010, donde al incorporarse como prueba boletas de los servicios básicos del hogar, la Corte señala “la apreciación legal de la prueba documental allegada a los autos (certificado de residencia, boletas de Essal y Saesa) por tener el carácter de privados y emanar de terceros ajenos al juicios y que no han sido reconocidos por sus otorgantes, sólo hacen fe en contra de quienes lo presentan y que analizada la prueba rendida en autos resulta insuficiente para tener por establecida la posesión de parte de los actores de los bienes trabados con embargo.” De este fallo solo nos interesa destacar que la Corte señala que al no haber sido reconocido los documentos, por los terceros de quienes estos emanaban, la prueba solo hace fe en contra de que lo presenta; esto ya que a nuestro parecer, en este caso la tercería no fue rechazada solo por este motivo, sino que también por no existir prueba suficiente que la permita tener por acreditada.

³⁰ RIOSECOENRIQUEZ, Emilio, *La prueba ante la Jurisprudencia Derecho Civil y Procesal Civil*⁴ (1992, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002), I, pág. 429

“En resumen creo que el instrumento privado emanado de tercero es un documento susceptible de acompañarse en juicio, que su agregación debe solicitarse y decretarse con citación, la cual será variable atendida la forma en que se haya solicitado y su valor probatorio dependerá en definitiva de la actitud que frente a él adopte la parte contraria, objetado carecerá de valor probatorio, a menos que se haya reconocido por la vía de la prueba testifical, no impugnado, podrá ser considerado por el Juez como base de una presunción, pero jamás por sí mismo podrá constituir plena prueba documental”.³¹

d) *Criterios Jurisprudenciales para la valoración de las boletas y facturas como Instrumento privado en el Juicio de Tercería de posesión*

- i. BOLETAS Y FACTURAS SON MEDIO DE PRUEBA IDÓNEO DE INCORPORAR EN UN JUICIO DE TERCERÍA DE POSESIÓN.

Este es el criterio base, por el cual los tribunales le otorgan mérito probatorio a las boletas y facturas. Tiene importancia, ya que como se ha señalado con anterioridad, estos instrumentos, son documentos emanados por un tercero ajeno al juicio, por tanto para poder tener valor probatorio, se debe citar a este tercero a que entregue su testimonio y reconozca los documentos. Una vez cumplida la gestión, la valoración que se le da al instrumento, es la que se le otorgaría a la prueba testimonial, en virtud de la declaración del testigo.

Al analizar jurisprudencia sobre la materia, nos percatamos que los tribunales admiten la incorporación de estas boletas y facturas, y les otorgan valor probatorio sin necesidad de exigir la citación del tercero del cual emanan los instrumentos privados como testigo al juicio. En ocasiones los tribunales establecen que las boletas y facturas constituyen una presunción de la posesión del tercerista sobre el bien embargado, o antecedentes suficientes que permitan tener por probada la posesión.³² Cuando los tribunales realizan esta clase de valoraciones, no están haciendo una correcta aplicación de las normas de valoración de la

³¹ POMES ACORACE, Juan, *Reflexiones sobre la Prueba Documental*, en VERDUGO MARINKOVIC, Mario (editor), *Doctrinas esenciales Gaceta Jurídica Derecho Procesal, Tomo II: 1976-2010* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011), p. 1162.

³² Véase la sentencia causa Rol N° 8860-2013, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de abril de 2014, donde se declara “boleta de consumo de agua potable del mismo mes, más otras tres boletas de compra de una lavadora, una secadora y un comedor y seis sillas, configuran antecedentes suficientes para acceder a la demanda de tercería de posesión de los bienes embargados en dicho domicilio, pues constituyen un conjunto de presunciones que, por ser graves, precisas y concordantes, permiten tener por acreditada la posesión exclusiva y excluyente de doña Iris Margot Alderete Grandi respecto de las especies embargadas”. Véase la Sentencia Causa Rol N° 10914-2000, de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 7 de septiembre de 2000, en donde se declara que “La circunstancia que la tercerista acompañara la boleta de compra de uno de los bienes muebles es indiciaria de su posesión del bien a que se refiere dicha compra. Véase la Sentencia causa Rol N° 3366-2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 14 de diciembre de 2001, en donde declara “Que, por lo razonado en cuanto a la naturaleza de la presente incidencia, las facturas de compra tienen importancia, principalmente, para corroborar la posesión, único hecho substancial en esta materia.

prueba, esto ya que no exigen para otorgarles valor, que el tercero del cual emanan estas facturas sean citados como testigos al juicio.

Si bien esto sucede así con la incorporación de boletas y facturas en el juicio de tercería, no ocurre lo mismo cuando son otros los documentos privados que se acompañan al juicio, y estos emanan de un tercero, ya que en estos casos los jueces han negado valor probatorio, por no incorporarse en el juicio de manera correcta.³³ Esto ya que la regla general, como ya se ha señalado, es que este tipo de documentos, no adquieren fecha cierta sino desde que son reconocidos, por tanto en este caso no tienen ningún tipo de valor probatorio en juicio si no son reconocidos por el tercero del cual emanan dentro del juicio.

Es por esto, que debe considerarse como criterio jurisprudencial el hecho de que se permita la incorporación y la posterior ponderación de estos medios probatorios.³⁴ Creemos que los tribunales terminan dando valor probatorio a las boletas y facturas en juicio, sin que medie su reconocimiento por parte del tercero del cual emanan, por la dificultad y lo engorroso que significaría esta gestión; no sería posible que el gerente de una multitienda, o algún miembro de su personal concurra a cada juicio en calidad de testigos, a reconocer cada una de las boletas que emiten en sus sucursales. Por esto, y unido a otros criterios como la validez que se le reconoce a las boletas y facturas, por el hecho de tener que cumplir con ciertas normativas y fiscalización del SII, es que la mayoría de los tribunales terminan valorando estos documentos y considerándolo como medio que hacen plena fe en el juicio, o como base de una presunción judicial grave.

En cuanto a la parte en el proceso que incorpore las boletas o facturas, no es menester para que los sentenciadores le den valor probatorio, que éstas sean acompañadas al juicio por el tercero incidentista, independiente de que el onus probandi recaiga en él, ya que podría

³³ Véase la sentencia causa Rol N° 8241-2002, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 15 de noviembre de 2006, la que declara que “La posesión es un hecho que consiste en la tenencia de una cosa determinada, con ánimo de señor y dueño. En cuanto hecho, la posesión debe ser demostrada y ha de serlo por la parte que la alega a su favor, a través de los medios de prueba legal. En tal sentido, la tercerista produjo únicamente la prueba documental, constituida por instrumentos privados emanados de la propia parte que los presenta y de terceros ajenos al juicio que no los han reconocido ni han declarado en este juicio acerca de su tenor y contenido. Consecuentemente, amén de que carecen de fecha cierta, los aludidos documentos están desprovistos de todo mérito probatorio. Al ser así, sólo puede concluirse que la demandante no acreditó los fundamentos de su pretensión, motivo por el que ella debe ser desestimada”.

³⁴ Véase la Sentencia Rol 4226-05 de la Corte Suprema de fecha 25 de junio de 2007, que establece que “habiendo el tercerista de autos rendido prueba documental y testifical, tendiente a comprobar que los bienes muebles objeto del embargo, se encontraban al momento de la traba en su posesión; acreditándose fehacientemente esta circunstancia respecto de algunas de las especies embargadas cuya posesión se estableció con el mérito de las boletas, facturas, guías de despacho que dan cuenta de su adquisición y compra, en forma exclusiva y excluyente por parte del demandante, deberá acogerse su pretensión respecto de dichos bienes”. Al analizar este fallo se aprecia que el incidentista solo acompañó estas boletas y facturas en el juicio, sin citar como testigo al tercero del cual emanaban dichos documentos, y así y todo el tribunal considero y dio valor a este medio de prueba. Véase también la sentencia Rol C-2299-2011, del décimo sexto juzgado civil de Santiago, de fecha 13 de octubre de 2011, que señala “que a fin de probar sus dichos, la tercerista rindió la siguiente prueba documental (...) diversas fotocopias de boletas y comprobantes de pago del comercio, que indican la compra de un Notebook, una mesa de centro, lavadora y televisor maraca Sony”.

perfectamente ser el ejecutante quien presente prueba para intentar enervar la demanda de tercería.³⁵

- ii. LAS BOLETAS Y FACTURAS QUE CONTIENEN LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL BIEN EMBARGADO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL TERCERISTA, TIENEN LA VIRTUD DE ACREDITAR LA POSESIÓN ALEGADA POR ESTE.

Cuando los tribunales valoran las boletas y facturas incorporadas como medio de prueba al juicio de tercería de posesión, le otorgan valor a estas, siempre y cuando sean precisas en individualizar el bien embargado y en determinar la identidad del tercerista que alega ser poseedor.³⁶

Esto es así, ya que se entiende que el tercerista debe probar la identidad de los bienes embargados y que son materia de la tercería. Este requisito de la identidad es del todo racional, pues es uno de los hechos constitutivo de la acción de tercería cuya prueba corresponde al actor; y consiste no solo en describir los bienes identificándolos perfectamente, sino que se integra además, con la demostración de que los objetos así identificados son los que se comprenden en los títulos que se esgrimen como fundamento de la acción.³⁷

Es completamente lógico este fundamento, ya que para que los medios de prueba puedan hacer fe en el juicio del hecho que se busca probar, es necesario que esta prueba sea pertinente, lo que se logra con la idoneidad de ésta para acreditar el hecho controvertido. Para cumplir con la aptitud del medio de prueba, es necesario que la boleta o factura, detalle de manera completa las características del bien con el objeto de singularizarlo y por

³⁵ Véase la sentencia Rol 12058-13 de la Corte Suprema, de fecha 30 de enero de 2014, en la cual se declara que “la prueba rendida con tal objeto es insuficiente, puesto que la ejecutante ha acompañado copia de una factura emitida a nombre del ejecutado, instrumento en que consta la adquisición por parte de éste del caballo, cuestión que se encuentra conteste con la solicitud de cambio de tenencia de animales, para que se tomara nota en el registro genealógico, documento que se encuentra firmado por el ejecutado, por lo que se puede presumir que el caballo en cuestión era de su propiedad”. En este caso es el ejecutante quien incorpora como prueba la boleta de la cual se desprende que el objeto embargado es de posesión del ejecutado, y por tanto que no corresponda proceda la tercería interpuesta.

³⁶ Véase la sentencia Rol N° 1428-2005 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 17 de octubre de 2005, la que señala “que también de la nota de crédito de fs. 23 vuelta emana una presunción que, unida a la que deriva de los documentos de fs 1, y 19 a 21 vuelta, según queda dicho, llevan al convencimiento del tribunal de que el tercerista Christian Llénenes Garcés se encontraba, al tiempo de trabarse el embargo de autos, en posesión de la cómoda de madera de 4 cajones que menciona el acta de embargo corriente a fs. 5 del cuaderno de apremio, pues dicha nota de crédito singulariza ese bien, señala el nombre de la persona y su domicilio de calle Marambio N° 292 del Cerro Cordillera, y se trata de un documento emitido por la casa comercial De Miranda que aparece registrado en el Servicio de Impuestos Internos, haciendo mención de una boleta de venta. Por ende, procede también acoger la tercería respecto de la especie mencionada”. Véase también la sentencia causa Rol N° 4381-2011, de la Corte Suprema, de fecha 22 de junio de 2011, en la que se señala que “la tercerista no probó la identidad de las especies embargadas y las que son objeto de su acción”. En el mismo sentido véase la Causa Rol N° 921-2007 de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 17 de marzo de 2008 y la Sentencia Causa Rol N° 589-2009 de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 24 de septiembre de 2009

³⁷ NAVARRETE VILLEGAS, Luis Gonzalo, cit. (n.3), pág. 138.

supuesto que permita la identificación de su comprador. En ciertos tribunales son más exigentes en cuanto al cumplimiento de estos requisitos, teniéndose por algunos jueces confirmada la posesión sobre un objeto, cuando la boleta detalla las particularidades de la cosa³⁸, y en otros se entiende satisfecha la exigencia, con una mención genérica de la naturaleza del bien embargado.

Es posible constatar ciertos casos, en los que terceristas de posesión acompañan al proceso boletas o facturas que figuran a nombre de un tercero ajeno al juicio de tercería, a saber una persona distinta al tercerista, al ejecutante y al ejecutado.³⁹ En estos casos, se ha señalado que no corresponde acoger la demanda de tercería, ya que del mérito de la prueba no se puede presumir que el tercerista se encuentre en posesión de las especies embargadas, toda vez que las boletas y facturas se encuentran a nombre de un tercero. En cuanto a este tercero que figura en los documentos, al no hacer valer sus derechos sobre las especies embargadas dentro del proceso, se continúa con la tramitación del juicio, a no ser que interponga su propia demanda de tercería, antes de la realización de los bienes.

Hemos constatado que la jurisprudencia es proclive a acoger una tercería de posesión, cuando el actor respalda su pretensión con esta clase de medios probatorios. Se consideran por tanto las boletas y facturas como medios eficaces para la comprobación de la posesión

³⁸ Véase la sentencia Rol N° 4.226-2005 de la primera sala de la Corte Suprema, de fecha 25 de junio de 2007, que declara que el tercerista acompañó con citación y sin que fueran objetadas por los demandados los siguientes documentos que dan cuenta de la adquisición de determinadas especies: boletas de venta N° 24436 de Ripley S.A., correspondiente a un video grabador marca Panasonic; factura de venta N° 37520 de Sánchez y Sánchez limitada, relativa a un equipo de música Aiwa, modelo 707 y a dos parlantes de la misma marca; factura de venta N° 02454 de Sánchez y Sánchez limitada, por un televisor Aiwa 20 pulgadas, factura N° 00059 de Ingeniería Profesional S.A., por un computador 5X/133 8MB RAM 850 HDD; factura de venta N°0039790 de Villa Ormeño Limitada, correspondiente a un scanner; y guía de despacho N° 005495 de Pialcomp Limitada, por un lector grabador Creative. Sin perjuicio de lo dicho, el tercerista aportó prueba que el tribunal ponderó en uso de las facultades que le son privativas, dando por establecida su calidad de poseedor respecto de diversas especies muebles”.

³⁹ Véase la sentencia causa Rol N° 13989-13, de la Corte Suprema, de fecha 15 de enero de 2014, en la que se declara que “Por su parte, los documentos de fojas 13, 14 y 16, si bien dan cuenta de la compra de algunos bienes, ellos se encuentran a nombre de un tercero ajeno al juicio, que no ha comparecido al efecto alegando sus derechos respecto de ellos, y el de fojas 15, guía de despacho, el cual no tiene la virtud de probar el dominio y/o posesión del bien allí descrito. Véase la sentencia causa Rol N° 1171-2008, del 1° Juzgado de Letras de Copiapó, de fecha 5 de enero de 2011, en el que se señala que Que, la tercerista a fin de acreditar su pretensión, acompañó a fojas 8 y siguientes, Factura N° 018384, de fecha 10 de mayo de 2000, de la Distribuidora Don Alvaro Limitada, a nombre de Clara Castro Román, en que consta la compra efectuada por ésta de una mesa de centro deco oval y un rack melody simel 364, y guía de despacho N° 3513482, de fecha 8 de febrero de 2007, emitida por Johnson’s S.A., a nombre de Patricio Gómez Sánchez, que da cuenta de la compra efectuada por éste de un TV 21” Owen 2305294-6. (...) Que en cuanto a la guía de despacho N°3513482, no se valorará atendido que el nombre que consta en ella, no corresponde a ninguno de los terceristas, por lo que no acredita el punto de prueba fijado en autos. Véase la Sentencia causa Rol N° 1696-2008 del 3° Juzgado Civil de Viña del Mar, del 3 de enero de 2011, en el que se señala "Que sin embargo de la prueba rendida no es posible presumir que la demandante doña Magdalena de la luz González Fica, estuviere en posesión de los bienes embargados, toda vez que la factura acompañada figura a nombre de un tercero no compareciente en este proceso, y que se identifica como “Alvarado Ortiz” quien detentaría el dominio de una lava- centrifuga LC6.500, sin que sea medio de prueba suficiente para presumir la posesión alegada”.

de los determinados bienes embargados, prefiriéndose por los demandantes estos medios probatorios ante otros más generales, como lo es la prueba del dominio sobre el bien raíz donde guarnecen los bienes.

En ocasiones la jurisprudencia señala que estos medios de prueba, permiten desvirtuar la presunción simplemente legal que perjudica al tercerista, y que permiten acreditar su posesión sobre las especies embargadas.⁴⁰ Sin embargo, en otras se han considerado las boletas y facturas presentadas en juicio, como base de una presunción grave, que unida a los demás medios de prueba permiten tener por acreditada también la posesión.⁴¹ Independiente de la valoración que el juez le otorgue a estos medios probatorios, es evidente la importancia que tienen en el juicio de tercería de posesión, teniéndose prácticamente por acreditada la posesión al incorporar este medio de prueba al juicio, ya que influye de manera relevante en la convicción del tribunal acerca de este hecho controvertido.

iii. BOLETAS SON UN COMPROBANTE DE LAS OPERACIONES DE COMPRAVENTA, POR TANTO PERMITEN ACREDITAR LA POSESIÓN.

Las boletas y las facturas constituyen comprobantes de operaciones de compraventa de bienes⁴², y en el caso de las boletas, también del hecho de haberse pagado las cosas compradas. Estos documentos al dar fe de la compraventa realizada, permiten acreditar el dominio del comprador sobre las especies señaladas en los recibos, o por lo menos de la posesión, ya que podría darse el supuesto que el vendedor no sea el propietario y no pueda por tanto transferir este derecho, pero sí de todos modos el comprador adquirirá la posesión sobre las especies.

Por este motivo, es que los tribunales consideran que las boletas y facturas son instrumentos que permiten tener por acreditado el hecho controvertido en juicio, esto es la posesión, ya que si quien compró una cosa embargada es el tercerista de posesión, por

⁴⁰ Véase la sentencia Rol N° 4226-05, de la Corte Suprema, del 25 de junio de 2007, que señala que “sin perjuicio de lo dicho, el tercerista aportó prueba que el tribunal ponderó en uso de las facultades que le son privativas, dando por establecida su calidad de poseedor respecto de diversas especies muebles. Atendido lo expresado debe concluirse que el tercerista logró desvirtuar, mediante prueba en contrario, la presunción simplemente legal que perjudicaba sus pretensiones”.

⁴¹ Véase la sentencia Rol N° 1428-2005 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 17 de octubre de 2005, la que señala “que también de la nota de crédito de fs. 23 vuelta emana una presunción que, unida a la que deriva de los documentos de fs. 1, y 19 a 21 vuelta, según queda dicho, llevan al convencimiento del tribunal de que el tercerista Christian Llévenes Garcés se encontraba, al tiempo de trabarse el embargo de autos, en posesión de la cómoda de madera.

⁴² Véase la causa Rol N° 7030-2008, de la Corte Suprema, de 23 de diciembre de 2009, en la que se señaló “A mayor abundamiento, y particularmente referido a la procedencia de una prueba distinta de la testimonial para efectos de acreditar la posesión, la jurisprudencia ha dicho, y con razón, que “las boletas y facturas acompañadas a la tercería dan fe de las operaciones de venta de bienes muebles a que se refieren” (Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de Julio de 1997, Gaceta Jurídica, año 19 97, Julio, N° 205, págs. 101 y ss.)”. Véase la sentencia causa Rol N° 55-2013, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de octubre de 2013, en la que se declara “Que según consta de las diversas copias autorizadas de facturas emitidas por distintos proveedores Comercial LF S.A. compró en las diversas ocasiones los bienes muebles que dan cuenta las mismas y respecto de las cuales se trabó embargo”.

medio de este documento los jueces dan por probado el requisito esencial de la tercería. Estos medios de prueba configurarían una presunción grave del hecho que se intenta tener por probado, el que unido a otros elementos como por ejemplo que los bienes se encuentran en el domicilio del tercerista, permite dar por probado el supuesto de la posesión.⁴³

Ahora, la importancia de este criterio también se debe a que las boletas o facturas, en su emisión deben cumplir con ciertas formalidades establecidas en la normativa del SII, y esta regularidad hace que produzcan una convicción en el juzgador⁴⁴. Dentro de los requisitos de las boletas, están por ejemplo el deber del vendedor de emitir dos ejemplares, numerados en forma correlativa y timbrados por el SII, la copia se debe entregar al cliente y el original deberá ser conservado por el vendedor o prestador de servicios para su posterior revisión por el mencionado organismo.

Los jueces confían en la información de estos medios de prueba, y esto se debe a que existe un deber tributario de emisión de ciertos documentos, dentro de los cuales se encuentran las boletas y facturas. Este deber de otorgar boletas y facturas, “reviste una trascendencia distinta de la meramente registral, pues generalmente su objetivo es dejar constancia de la celebración de actos o contratos mediante el otorgamiento de documentos de índole tributaria, los que están diseñados para consignar el monto de las operaciones que constituyen el hecho imponible que grava el respectivo impuesto. En resumen, se trata de documentos que constituyen una formalidad probatoria de la celebración de un acto jurídico consensual, cuyo cumplimiento importa proveerse de un medio de acreditación que, además de ser utilizado en una eventual causa civil, permite a la administración tributaria verificar el cumplimiento de la obligación tributaria que surge de la realización del supuesto de hecho gravado, que no es otro que la operación que consta en ella.”⁴⁵

Las boletas y facturas, son documentos considerados por la ley como válidos para acreditar la compra de un bien sujeto a IVA, por tanto, al hacer uso de este criterio, los jueces

⁴³ Véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25/7/1997, Gaceta Jurídica N° 205, P. 101; donde se señala que “Que las boletas y facturas son comprobantes de las ventas y servicios gravados con el correspondiente impuesto fiscal, que los contribuyentes afectos a la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios están obligados a emitir, y que deben extenderse en formularios que cumplan con las especificaciones y exigencias legales y reglamentarias y cuyos duplicados deben ser mantenidos por dichos contribuyentes para los efectos de su fiscalización. Las boletas y facturas acompañadas a la tercería dan fe de las operaciones de venta de los bienes muebles e inmuebles a que se refiere. Si a ellos agrega que las especies embargadas se encontraban en el domicilio del tercerista, y son de aquellas que normalmente guarnecen una casa habitación, cabe presumirse que se encontraban en posesión de aquel en forma exclusiva, dado su carácter de jefe de hogar y padre de familia”.

⁴⁴ Véase en CORREA SELAMÉ, Jorge, *Juicio ejecutivo doctrina- jurisprudencia* (Santiago, Ed. LexisNexis, 2003), pág. 151; la sentencia dictada en la apelación N° 3.259-97, en que declara “Que las boletas y facturas son comprobantes de las ventas y servicios gravados con el correspondiente impuesto fiscal, que los contribuyentes afectos a la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios están obligados a emitir, y que deben extenderse en formularios que cumplan con las especificaciones y exigencias legales y reglamentarias y cuyos duplicados deben ser mantenidos por dichos contribuyentes para efectos de su fiscalización.

⁴⁵ ÁLVAREZ DUGUEL, Claudia, *Deberes Tributarios Documentales* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2000), p. 80, 81.

parecen extender la validez que se le otorgan a las boletas como comprobantes de pago, para considerarlas como medio válido para comprobar el dominio y a su vez la posesión del bien embargado. Existe una confianza por parte de los juzgadores, en las boletas y facturas, ya que los locales comerciales deben llevar un registro de estos instrumentos que se pretenden hacer valer en juicio, y deben cumplir con ciertas exigencias legales.

Ahora, debido a la confianza que los jueces otorgan a estos documentos, nos hemos cuestionado ¿puede esto afectar la clasificación tradicional de los instrumentos, en públicos y privados? Como ya se ha señalado en numerosas oportunidades durante el desarrollo de esta tesis, las boletas y facturas son consideradas instrumentos privados que emanan de terceros ajenos al juicio, pero la interrogante es si podríamos considerarlas un documento público independiente que los sujetos de las cuales emanen sean privados.

En el proceso civil chileno, el documento público es un medio de prueba legal y pre constituido, consistente en una cosa representativa de hechos confeccionada con la concurrencia de fe pública o durante el ejercicio de funciones públicas, con sujeción a formalidades legales.⁴⁶ Existe una reciente doctrina, formulada por el profesor Dr. Claudio Meneses, en la que él propone reformular la clásica categorización de instrumentos regulada en el Código Civil, ya que existirían otras clases de documentos públicos que se alejan de los regulados en el mismo código. Esto lo basa en la expresión “con la concurrencia de fe pública” que se extrae del concepto de documentos públicos, ya que existen distintas interpretaciones de lo que es la fe pública.

Uno de los criterios que nos permiten encasillar las boletas y facturas dentro de los documentos públicos, es la acepción “publicística-normativa”, según la cual, “una cosa adquiere la calidad de documento público cuando se encuentra investida de valor, un grado de eficacia, llamada fe pública”.⁴⁷ En otras palabras, la fe pública debe ser entendida como una certeza atribuida por el ordenamiento legal a los documentos públicos, de manera que lo verdaderamente importante es la eficacia inherente a la cosa, asignada por ley; es así como la presencia física de ministros de fe, no es un presupuesto esencial.⁴⁸ Otro criterio es el “psicológico- naturalista”, este criterio estima que la fe pública es un sentimiento emanado de la sociedad fruto de las necesidades que la vida impone a sus integrantes, de tal suerte que la eficacia no deriva propiamente de la ley ni de los ministros de fe, sino finalmente de la convicción social.⁴⁹ Estas interpretaciones de lo que es la fe pública, nos

⁴⁶ MENESES PACHECO, Claudio, *El documento Público como medio de prueba en el Proceso Civil Chileno* (Santiago, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho dirigida por el Profesor Dr. Alejandro Romero Seguel, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2014) p. 491

⁴⁷ NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y Derechos en el Documento Público* (Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1950) p. 329, 362

⁴⁸ MENESES PACHECO, Claudio, *El documento Público como medio de prueba en el Proceso Civil Chileno* (Santiago, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho dirigida por el Profesor Dr. Alejandro Romero Seguel, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2014) p. 168.

⁴⁹ MENESES PACHECO, Claudio, *El documento Público como medio de prueba en el Proceso Civil Chileno* (Santiago, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho dirigida por el Profesor Dr. Alejandro Romero Seguel, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2014) p. 172

permiten considerar a las boletas y facturas como documentos públicos, ya que a estos documentos se les otorga un valor tanto de parte de las Instituciones Públicas como por la misma sociedad.

La consecuencia de que consideremos a las boletas y facturas como documentos públicos, es del todo relevante, puesto que de ser así bastaría acompañar estos instrumentos al proceso con citación, sin necesidad de tener que citar al tercero de quien emanan las boletas al juicio. Sin embargo, esta naciente doctrina no tiene acogida en nuestra jurisprudencia, por tanto, estos medios de prueba no pueden sino seguir siendo tratados como instrumentos privados.

Nosotros vemos un claro problema en el uso de estas boletas, ya que si bien el juez puede confiar en las boletas por ser documentos que deben cumplir con ciertas exigencias y con la fiscalización del SII, en el juicio no se cita al tercero que la emite como testigo, por tanto, en la práctica no se discute dentro del proceso la validez de las boletas y facturas que se presentan. Si bien, pueden los demandados objetar estos medios de prueba, el hecho de que no vaya el emisor de la boleta como testigo al juicio, limita considerablemente la discusión sobre su plena validez y por tanto de igual manera se afecta la contradictoriedad de la prueba, el cual es una característica importante de todo debido proceso.

iv. LAS BOLETAS ILEGIBLES O IMPRECISAS NO PERMITEN FORMAR LA CONVICCIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA POSESIÓN DEL TERCERISTA SOBRE EL BIEN EMBARGADO.

Si bien los tribunales permiten la incorporación de boletas y facturas como medios de prueba, y las valoran como instrumento privado reconocido cuando no son objetadas por la contraparte, no obstante no se cite a quien las emite a declarar en juicio, esta boleta debe cumplir con ciertas exigencias mínimas y razonables para lograr formar la convicción del tribunal referente a la posesión del tercerista sobre el bien embargado.

Es así como, los jueces suelen señalar que de las boletas o facturas emana una presunción que permite sostener que el tercerista se encontraba en posesión del bien embargado, esto ya que la boleta individualiza al tercerista, señala las características del bien que pretende en su demanda el actor, y otros datos que permitan al tribunal el convencimiento del hecho que se discute en juicio.⁵⁰

También se ha señalado en ocasiones, que las boletas o facturas incorporadas al juicio, no permiten acreditar que las especies embargadas correspondan a las descritas en estos

⁵⁰ Véase la sentencia Rol N° 1428-2005 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que señala que también de la nota de crédito de fs. 23 vuelta emana una presunción que, unida a la que deriva de los documentos de fs 1, y 19 a 21 vuelta, según queda dicho, llevan al convencimiento del tribunal de que el tercerista Christian Llévén García se encontraba, al tiempo de trabarse el embargo de autos, en posesión de la cómoda de madera de 4 cajones que menciona el acta de embargo corriente a fs. 5 del cuaderno de apremio, pues dicha nota de crédito singulariza ese bien, señala el nombre de la persona y su domicilio de calle Marambio N° 292 del Cerro Cordillera, y se trata de un documento emitido por la casa comercial De Miranda que aparece registrado en el Servicio de Impuestos Internos, haciendo mención de una boleta de venta. Por ende, procede también acoger la tercería respecto de la especie mencionada.

documentos, lo que claramente también constituye una imprecisión en la prueba rendida, y que no permite formar la convicción de la posesión en los juzgadores.⁵¹

En ocasiones los tribunales no han otorgado valor probatorio a boletas presentadas que estén en un estado ilegible o sean imprecisas, ya que claramente un documento de estas características no permiten formar el convencimiento de los jueces.⁵² Una boleta o factura para ser un medio fiable de prueba, debe especificar el bien que fue objeto de la compraventa, el cual debe corresponderse con el bien embargado del cual el tercerista alega ser poseedor; debe además condecirse las características del bien con el señalado en la boleta, y no podría por tanto corresponder a la misma naturaleza de bien pero ser claramente uno diferente; verbigracia, no sería lógico que un tribunal pondere como prueba suficiente de un televisor pantalla plana de 40 pulgadas que fue embargado, con una boleta de compraventa de un televisor de 20 pulgadas, deben ambos corresponderse.

También como ya se dijo anteriormente, si las boletas y facturas figuran a nombre de una persona distinta al tercerista, esta no se valora, ya que este medio de prueba no se permite dar por probado los puntos de prueba que en general se establecen en juicio de tercería de posesión.⁵³ Este argumento es razonable, ya que si el tercerista alega ser él poseedor de la

⁵¹ Véase la sentencia causa Rol N° 1055-2009 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 21 de enero de 2010, en la que se declara “En efecto, el tercerista, quién es hijo del ejecutado según consta del certificado de nacimiento acompañado, acompañó las facturas que dan cuenta de la venta que el ejecutado hizo a su hijo el tercerista de diversas especies muebles usadas, sin embargo no se rindió prueba alguna para acreditar que las especies embargadas al ejecutado sean las mismas a que se refieren las facturas antes señaladas. Debe tenerse presente que tal como está redactada el acta de traba de embargo, los muebles embargados, no aparecen descritos como "especies" identificables, sino como cosas genéricas, de modo que la prueba singular de las facturas, es insuficiente por sí sola para destruir la presunción antes señalada que favorece al ejecutado” Véase también la sentencia causa Rol N° 2080-2004 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 18 de abril de 2005, en que se señala “ La boleta de compraventa que corre agregada a fs. 6 del cuaderno de apremio de esta causa, que se ha traído a la vista, emitida por la tienda Ripley, de Plaza Victoria de esta ciudad, el 8 de marzo de 2004, por un equipo Phillips 201805056007, sin más especificaciones, de un valor de \$ 118.890. Si bien aparece retirando conforme ese equipo una persona cuyo nombre de pila es "Zunilda", con un apellido ilegible, y con mención de un R.U.T. que coincide con el de la tercerista, esa sola circunstancia resulta insuficiente para inferir que el equipo musical a que se refiere esa boleta sea el mismo que se embargó en estos autos, toda vez que la diligencia de embargo no indica números de serie ni otros datos que permitan identificar la especie y establecer su correspondencia con la comprada en la tienda Ripley, sin que existan en el proceso otros antecedentes”.

⁵² Véase la sentencia Causal Rol N° 1428-2005 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 17 de octubre de 2005, que señala “Que, en cambio, la fotocopia de la boleta de venta de la empresa Din, corriente a fs.24 y 36, y el certificado de validación de la misma, de fs.37, son insuficientes para formar convicción, por cuanto resulta ilegible en la boleta la indicación de la cosa vendida, y el certificado se refiere a un “rack m146”, que no aparece mencionada en el acta de embargo. Tampoco tienen poder de convicción, respecto de la posesión que alegan los terceristas las boletas de venta de fs.22, por no indicar el nombre del comprador y por no especificar suficientemente las cosas vendidas.

⁵³ Véase sentencia Causal Rol N° C-1171-2008 de 1° Juzgado de Letras de Copiapo, de fecha 5 de enero de 2011, donde se señala “Que en cuanto a la guía de despacho N°3513482, no se valorará atendido que el nombre que consta en ella, no corresponde a ninguno de los terceristas, por lo que no acredita el punto de prueba fijado en autos”. Véase la sentencia causa Rol N° 4381-2011, de la Corte

cosa, debe lograr acreditar su posesión y no la de un tercero ajeno al juicio a cuyo nombre figura la boleta.

v. DEBE ACOMPAÑARSE BOLETA EN TERMINO PROBATORIO O RATIFICARSE EN JUICIO LAS PRESENTADAS EN DEMANDA

Ocurre en cierta situaciones, que el tercerista acompaña junto a su demanda boletas y facturas, pero no con un objetivo probatorio de la posesión sobre los bienes, sino con el fin de paralizar el procedimiento de apremio, lo cual solo se logra con el acompañamiento de documentos que constituyan al menos presunción grave de la posesión que se invoca.

Ha sucedido que litigantes acompañan estos documentos junto al libelo, pero luego estos no son nuevamente incorporados ni ratificados en el término probatorio. Es estos casos algunos jueces han considerado, que el actor no ha rendido prueba en juicio que permita tener por acreditada la posesión, y que las boletas y facturas acompañadas junto a la demanda, no pueden considerarse medios de prueba, ya que esta debe ser rendida durante el termino probatorio, y no en otra instancia, o al menos los documentos deben ser ratificados en esta.⁵⁴ Los tribunales rechazan en estos casos las tercerías de posesión interpuestas, y señalan que el tercerista no rindió prueba que permita sustentar su pretensión en el juicio.

Este criterio es del todo incorrecto, una vez que el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 348, establece que “Los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia”. Es por esto que, si los terceristas acompañan debidamente junto al libelo documentos que permitan acreditar su pretensión, no tienen necesidad de volverlos a incorporar o de ratificarlos en el periodo probatorio, ya que es la misma ley la que otorga a los instrumentos un término probatorio mucho más amplio.

vi. LAS BOLETAS Y FACTURAS PERMITEN AL TRIBUNAL DAR FE DEL DOMINIO DEL TERCERISTA SOBRE LOS BIENES, PERO NO LA POSESIÓN.

Este criterio jurisprudencial, es esgrimido por los tribunales en ocasiones con la intención tanto de acoger una demanda de tercería de posesión y en otras de rechazarla. Si bien esto parece una contradicción, no lo es, ya que el criterio que está a la base es el mismo: las boletas y facturas permiten acreditar el dominio del tercerista sobre los bienes embargados, de lo que para algunos jueces se colige que se tiene por tanto que acoger la demanda de

Suprema, de fecha 22 de junio de 2011, en la que se señala que “la tercerista no probó la identidad de las especies embargadas y las que son objeto de su acción, se decide el rechazo de la tercería”.

⁵⁴ Véase la sentencia Causa Rol N° C-166-2013 del Juzgado de Letras de Tocopilla, de fecha 4 de noviembre de 2013, el cual declara que “Acompaña a su libelo copia simple de acta de acuerdo sobre alimentos y relación directa y regular de fecha 12 de noviembre de 2012, boleta electrónica N° 64573693 de fecha 09 de julio de 2011 de las tiendas ABC Din, boleta electrónica N° 66704772, de fecha 09 de enero de 2012 de las tiendas ABC Din, solicitando la suspensión del apremio en cuanto al tercería no sea resuelta. (...)Que para acreditar su pretensión la tercerista no acompañó prueba alguna dentro del término probatorio, ni tampoco ratificó los documentos acompañados en la demanda.”

tercería de posesión y para otros que se tiene que rechazar por acreditarse el dominio y no la posesión.

En los casos en que el tribunal utiliza este argumento para acoger la tercería de posesión, suele señalar que al tenerse probado el dominio de las cosas y por tanto la posesión, se acoge la demanda de tercería de posesión.⁵⁵ Aquí el razonamiento dice relación con que, si se tiene por acreditado el dominio, con mayor razón se tiene probada la posesión, pareciendo utilizar un argumento a fortiori. Cabe recordar que la tercería de posesión es una creación jurisprudencial, que se diseñó con el objetivo de simplificar el restablecimiento de cosas embargadas erróneamente, debido a que se consideró un absurdo tener que interponer una tercería de dominio, cuando el artículo 700 del Código Civil establece una presunción de dominio a los poseedores, por tanto bastaría con probar la posesión para lograr la liberación de sus bienes. Sin embargo, esto no significa que este procedimiento tenga como objetivo la prueba del dominio, sino que al contrario, como se señaló basta con probar la posesión,⁵⁶ debiendo acreditarse la situación fáctica que es tener una cosa en posesión, más no solo el título⁵⁷.

En ocasiones, el tribunal al hacer su valoración sobre los medios probatorios, señala expresamente que tal medio permite tener por acreditado el dominio, o en otros casos, que si bien no logró garantizar de manera plena el dominio si permitieron tener por probada la posesión sobre los bienes.⁵⁸

⁵⁵Véase sentencia 837-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción, del 14 de octubre de 2014, en que se declara “Que en las anotadas circunstancias, siendo la tercerista dueña y poseedora legal de las cosas antes señaladas y que le fueron embargadas, debe también considerársele poseedora material de las mismas, caso en el cual, es evidente que la presunción legal de dominio contemplada en el artículo 700 de código Civil le favorece ampliamente, en perjuicio del ejecutado que a lo más debe considerársele simple tenedor material de dichos bienes”.

⁵⁶Véase sentencia Rol 208-2008 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 27 de noviembre de 2008, donde se señala que “El objeto de la tercería de posesión es obtener el alzamiento del embargo y que se respete la posesión, porque al momento de la traba, se encontraba en poder del tercerista la especie a que dicha diligencia se refiere, razón por la que éste debe presumírsele dueño. Atento lo dicho precedentemente, no se trata de una cuestión de dominio sino de una situación de hecho, cual es la posesión y, por consiguiente, debe probarse por este tercero que él la detenta, respecto de la especie embargada”.

⁵⁷Véase la sentencia causa Rol N° 308-2008, de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 27 de noviembre de 2008, la que declara que “El objeto de la tercería de posesión es obtener el alzamiento del embargo y que se respete la posesión, porque al momento de la traba, se encontraba en poder del tercerista la especie a que dicha diligencia se refiere, razón por la que éste debe presumírsele dueño. Atento lo dicho precedentemente, no se trata de una cuestión de dominio sino de una situación de hecho, cual es la posesión y, por consiguiente, debe probarse por este tercero que él la detenta, respecto de la especie embargada”.

⁵⁸ Véase la sentencia causal Rol N° C-1935-2011, del Juzgado de letras de Puerto Varas, de fecha 11 de enero de 2013, el que señala “Que el documento de fs. 1 y 12, logran acreditar el dominio del inmueble que guarnece los bienes embargados del tercerista. Que, a pesar de no acreditar el dominio pleno de los bienes embargados, los testigos legalmente examinados y no tachados dieron razón de sus dichos permitiendo tener por establecido que la tercerista poseía materialmente con ánimo de señor y dueño los bienes contenidos el Acta de Embargo de fecha 01 de octubre de 2012, ya que ambos señalaron que las especies referidas son de exclusivo dominio y posesión de la tercerista”. Véase causa Rol N° 7729-2012 de la Corte Suprema, de 9 de julio de 2013, donde se señala “En consecuencia, en todo momento ha mantenido la

Ahora, como se señaló anteriormente, este mismo argumento se esgrime para desestimar las tercerías de posesión, por considerar el tribunal que las boletas y facturas permiten acreditar el dominio, y no así la posesión, lo cual sería pertinente en una tercería de dominio, pero en este supuesto debe ser rechazado.⁵⁹ Se señala que las boletas y facturas, son medios de prueba idóneos para probar el dominio del tercerista sobre el bien embargado, pero no así la posesión, que es una situación de hecho. Del análisis de estos documentos, se desprende que el tercerista es el comprador de las especies embargadas, lo cual claramente es un argumento que permite acoger una demanda de tercería de dominio, pero no permite probar la posesión del actor sobre los bienes, por lo que los jueces señalan que la demanda se debe tener por desestimada.⁶⁰

Como señalamos, los tribunales que esbozan este criterio, atienden al objeto de la tercería de posesión, el cual es acreditar que el tercerista se encuentra en posesión de los bienes. Aquí adquiere importancia la materia de estudio del capítulo 3 de esta tesis, en el cual se buscará determinar cuál es el concepto de posesión al que atienden los tribunales cuando fallan en los juicios de tercería de posesión, y si este concepto coincide con el señalado en el artículo 700 del código civil, ya que ciertas expresiones que utilizan los jueces, tales como que no se ha acreditado el supuesto básico para la procedencia de la tercería, el cual es encontrarse en posesión de los bienes⁶¹, parece estar más orientada a señalar que no se ha acreditado la tenencia material, o sea el mero hecho de detentar físicamente las cosas al momento de la traba de embargo y no esta tenencia material acompañada de una actitud de señorío sobre estas cosas, concepto regulado por el código civil.

Así algunos jueces han señalado que el solo acompañamiento de un instrumento que deja constancia de un acto de comercio formal, no es suficiente prueba de posesión por faltar los hechos demostrativos de los elementos que constituyen aquélla, tratándose de un bien

posesión y dominio sobre las especies embargadas.

⁵⁹Véase la sentencia Rol N° 39.487 de 13 de octubre de 2011 del primer juzgado de letras de Buin, el que señala “Que, de acuerdo a lo razonado, la documental acompañada por el actor, consistente en guía de despacho y boleta de compra son documentos que podrían eventualmente ser fundamento de una tercería de dominio mas no una de posesión, pues no se ha acreditado el supuesto básico para su procedencia que es, en definitiva, encontrarse en posesión de los bienes embargados, lo que no se puede establecer con la sola narración efectuada por el tercerista en su acción”.

⁶⁰ Véase la sentencia causa Rol N° 308-2008, de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 27 de noviembre de 2008, la que declara que “El objeto de la tercería de posesión es obtener el alzamiento del embargo y que se respete la posesión, porque al momento de la traba, se encontraba en poder del tercerista la especie a que dicha diligencia se refiere, razón por la que éste debe presumírsele dueño. Atento lo dicho precedentemente, no se trata de una cuestión de dominio sino de una situación de hecho, cual es la posesión y, por consiguiente, debe probarse por este tercero que él la detenta, respecto de la especie embargada”.

⁶¹Véase la sentencia causa Rol N° 39.487-2009, del Primer juzgado de Buin, de fecha 13 de octubre de 2011 que señala “Que, de acuerdo a lo razonado, la documental acompañada por el actor, consistente en guía de despacho y boleta de compra son documentos que podrían eventualmente ser fundamento de una tercería de dominio mas no una de posesión, pues no se ha acreditado el supuesto básico para su procedencia que es, en definitiva, encontrarse en posesión de los bienes embargados, lo que no se puede establecer con la sola narración efectuada por el tercerista en su acción.”

mueble. Esta conclusión probatoria es el resultado de la valoración del instrumento privado que prueba la existencia del acto o contrato, pero que no acredita los elementos constitutivos de la posesión del bien mueble, los que son la tenencia material de cosa determinada y propósito o intención de comportarse como dueño de la misma, que fue objeto de prueba.⁶²

3) Contrato de arriendo como medio de prueba en el Juicio de Tercería de posesión

a. El Contrato de arrendamiento de inmueble no permite desprender elementos constitutivos de la posesión de bienes muebles.

La jurisprudencia, considera que el hecho que entre el tercerista y el ejecutado medie un contrato de arriendo, no es prueba fiel de que el primero tenga la posesión de las especies embargadas.⁶³ Esto podría conducir a muchas injusticias, pero los tribunales son proclives a acoger estas demandas si del mismo contrato de arriendo se desprende que el tercerista es el poseedor de las especies muebles embargadas, este podría ser el caso que junto al contrato de arriendo se anexe un inventario de las especies muebles con las que se arrienda el inmueble. También en ciertos casos se establece que si las especies son de aquellas que normalmente guarnecen un hogar, si este es dado en arrendamiento debe suponerse que aquellos bienes también son dados en mera tenencia.⁶⁴

Los terceristas suelen sostener, tanto es su demanda, como en los recursos que interponen cuando se les rechaza la tercería, que el solo hecho que se tenga por reconocido el contrato

⁶² RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio, *La prueba ante la Jurisprudencia Derecho Civil y Procesal Civil*⁴ (1992, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002), I, pág. 432-433.

⁶³ Véase sentencia Rol 4492-2003 de Corte de Apelaciones de Concepción, del 17 de julio de 2006, que señala que “No se divisa cómo de la existencia de un contrato de arrendamiento de inmueble que por lo demás carece de fecha cierta, pudiera desprenderse los elementos constitutivos de la posesión de bienes muebles. Menos aún puede resultar esa prueba del documento de notificación de cambios en un plan de salud. Los recibos de pago de consumos de gas y electricidad acompañados ni siquiera aparecen emitidos a nombre del tercerista y las boletas de compraventa y de estados de cuenta de establecimientos comerciales nada acreditan respecto de la posesión de los bienes de muebles objeto de la tercería”. Véase también sentencia causa Rol 2-2014, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 16 de junio de 2014, que establece que “Si bien del mérito de la prueba documental, no objetada, se puede tener por acreditado que el tercerista tenía la calidad de arrendatario respecto del inmueble en el cual se trabó el embargo, dicho título no resulta suficiente para establecer en forma fehaciente que aquél tenía a la época del embargo, la posesión exclusiva y excluyente de los bienes objeto de la tercería interpuesta”.

⁶⁴ Véase la sentencia causa Rol N° 32827-2014 de la Corte Suprema, del 8 de abril de 2015, en la que se señala “Que el recurso de casación en el fondo denuncia la vulneración del artículo 700 en relación al artículo 1698, ambos del Código Civil, explicando que la sentencia recurrida ha incurrido en contravención formal de las disposiciones legales citadas, dado que por la naturaleza mueble de las cosas embargadas que de acuerdo al artículo 574 del mismo cuerpo legal constituyen el ajuar de una casa debe presumirse que esos bienes también estaban poseídos al momento del embargo por el dueño, poseedor o arrendador del inmueble que guarnecen, como es el caso de la tercerista, según se acreditó con el contrato de arrendamiento acompañado a los antecedentes, sin objeción de contrario.

de arriendo, se le debe otorgar al arrendador la calidad de poseedor de las especies muebles que en la vivienda arrendada guarnecen. Esto, ya que no parece posible que quien no siendo poseedor, pueda dar bienes en arrendamiento.⁶⁵

La tercería de posesión tiene como objetivo acreditar la posesión, la que tiene dentro de sus elementos el corpus y el animus, por lo que no se puede señalar que del contrato de arrendamiento se pueda desprender los elementos constitutivos de la posesión de bienes muebles.⁶⁶

En todo caso, apreciamos que si el tercerista es el arrendatario, es más probable que la jurisprudencia acoja el incidente, ya que el hecho de que éste sea quien reside en la vivienda objeto del embargo, y no así el ejecutado (esto no aplica en casos de convivencia) le favorece la presunción de posesión de bienes que guarnecen y alhajan su morada.⁶⁷

⁶⁵Véase la sentencia Rol N° 8.751-2011, de la primera sala de la Corte Suprema, dictada el veinte de octubre de dos mil once, que declara que “Asimismo, denuncia error en la sentencia, porque, si bien se tiene por acreditada la celebración del referido contrato de arrendamiento por la tercerista, en calidad de arrendador, sobre los bienes embargados, no se le otorga la calidad de poseedor de los mismos, siendo evidente, en su concepto, que el arrendador es poseedor de los bienes que da en arrendamiento.

Añade que el sólo reconocimiento de la existencia de ese contrato, permite dar por establecida la calidad de poseedor del tercerista sobre los bienes objeto del mismo, es decir, sobre la totalidad de los bienes muebles que guarnecen el inmueble dado en arrendamiento, toda vez que la celebración de la citada convención pone de manifiesto la concurrencia de los dos elementos esenciales de la posesión: el corpus y el animus”.

⁶⁶Véase la sentencia Causa n° 394-2014, de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 30 de Junio de 2014, que declara que “Es así que solo acompaña una copia simple de un contrato de arrendamiento, del inmueble donde se trabo el embargo, no es menos cierto que la existencia de un contrato de arrendamiento de inmueble no permite de forma alguna desprender los elementos constitutivos de la posesión de bienes muebles”. Véase la sentencia causa Rol N° 42-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de abril de 2013, que declara “Que, si bien el tercerista de autos rindió prueba documental tendiente a comprobar que los bienes muebles objeto del embargo, se encontraban al momento de la traba en su posesión; la misma no resulta suficiente a juicio de esta Corte para efectos de acreditar fehacientemente dicha circunstancia respecto de las especies embargadas, cuya posesión no se estableció en forma exclusiva y excluyente por parte del demandante incidental. Es así que solo acompaña una copia simple de un contrato de arrendamiento, del inmueble donde se trabo el embargo, no es menos cierto que la existencia de un contrato de arrendamiento de inmueble no permite de forma alguna desprender los elementos constitutivos de la posesión de bienes muebles”.

⁶⁷ Véase la sentencia causa Rol N° 2155-2003 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso del 31 de diciembre de 2004, en el que se declara “Que, a mayor abundamiento, la tercerista acreditó la legítima adquisición de los bienes muebles embargados, las respectivas boletas y facturas de su adquisición; sin perjuicio de que por el hecho de ser ella la arrendataria del inmueble le favorece la presunción de posesión de bienes que guarnecen y alhajan su morada y por lo demás, son los bienes corrientes de cualquier casa habitación”. Véase también la Sentencia Causa Rol N°10914-2000, de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 7 de septiembre de 2000 Véase también la sentencia causa Rol N° 1626-2011 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 23 de enero de 2012, en la que se señala “Que la tercerista Uptime Computación S.A. ha acreditado ser arrendataria del inmueble de calle San Antonio 378 oficina 506 de Santiago Centro, desde el 19 de Agosto de 1996, según contrato de arrendamiento de la misma data, no objetado, que se guarda en custodia. (...) Que todos los antecedentes referidos precedentemente, y los demás documentos que rolan en autos, no objetados ni contradichos por prueba alguna, constituyen sendas presunciones que por ser múltiples, graves, precisas y concordantes permiten a estos sentenciadores arribar a la fundada convicción de que, efectivamente, la tercerista Uptime Computación S. A. era, a la fecha de la traba de embargo, única poseedora de

b. El contrato de arrendamiento hace plena fe respecto de los declarantes

En cuanto a la valoración del contrato de arrendamiento, este hace plena fe respecto de los declarantes, y por tanto no es idóneo para acreditar que las especies embargadas son de posesión exclusiva y excluyente del tercerista.⁶⁸

Los jueces al ponderar la prueba, señalan que los contratos de arriendo no son oponibles a terceros ajenos al contrato, y por tanto no puede constituir prueba suficiente para acoger la tercería de posesión.

Si bien por sí solo, el contrato de arrendamiento no es prueba suficiente para acoger tercería de posesión, como ya se dijo anteriormente, su incorporación junto a otros medios de prueba debidamente ponderados, sí permiten que la tercería sea aceptada.

c. Alcance de la presunción del 1942 del Código Civil, no es aplicable en materia de Tercería de posesión.

El artículo 1942 inciso 2 del código civil, establece que “podrá el arrendador, para la seguridad de este pago, y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario lo haya guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a

todas las especies ubicadas en su domicilio de San Antonio 378 Oficina 506, entre las cuales se hallaban las especies embargadas.” Véase la sentencia causa Rol N° 1212-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 3 de junio de 2014, en que se señala “Que la prueba rendida en este cuaderno, reseñada en el motivo 4.- del fallo que se revisa, da cuenta que el tercerista Carlos Alfonso Oliveros Candia ocupa en calidad de arrendatario el inmueble donde se encontraban los bienes muebles al momento de trabarse embargo sobre ellos (...) Que, en tales condiciones, no existiendo algún otro antecedente que permita vincular jurídica o materialmente las especies embargadas con el ejecutado, no cabe sino concluir que éstas se encontraban en posesión exclusiva del tercerista. En razón de lo anterior, habiéndose acreditado la posesión del demandante de tercería sobre los bienes embargados, corresponde acoger la acción deducida a fojas 10”.

⁶⁸ Véase la causa Rol N°12910-2013 de la Corte Suprema, de 9 de abril de 2014, en que se señala que “Por ello es que la prueba documental rendida por el tercerista, consistente en copia autorizada del contrato de arrendamiento celebrado entre don William Renato Salomón Morales y don Andrés Graciano Vicencio Auger, de fecha 24 de diciembre de 2012, respecto del inmueble y local ubicado en Avenida Costanera N° 5685, lugar donde se embargaron los bienes muebles, no resulta suficiente para acreditar fehacientemente que la posesión se estableció en forma exclusiva y excluyente por parte del demandante incidental, tanto porque dicha probanza ha debido ponderarse al tenor del artículo 1700 del Código Civil -y, en consecuencia, no hace fe de la verdad de las declaraciones dispositivas que contiene, es decir, de la verdad de los hechos a que la declaración se refiere-, cuanto porque la existencia de un contrato de arrendamiento de inmueble no permite en forma alguna desprender los elementos constitutivos de la posesión de bienes muebles, sobre todo si se considera que los testigos presentados por la tercerista no aluden al señalado contrato ni la fecha en que habría sido celebrado. Véase la sentencia causa Rol N° 366-2011, del segundo juzgado de Letras de Quillota, de fecha 15 de abril de 2013, que declara “Que, en atención a las pruebas aportadas por la tercerista, el certificado de matrimonio, y contratos de arriendo, estos últimos que hacen plena fe solo respecto de los declarantes, no logran acreditar que los bienes embargados son de forma exclusiva y excluyente de la tercerista, que los antecedentes acompañados al juicio no son suficientes para acreditar que los bienes embargados son de su exclusiva propiedad, por lo que se rechazará la tercería de posesión”.

menos de prueba contraria”. Algunos terceristas han interpretado este artículo como una presunción de posesión sobre los bienes del arrendatario ejecutado, y han fundamentado su demanda de tercería de posesión en esta norma.

Los jueces no han dado aplicación a esta norma en esta materia, por lo que la han desestimado como argumento, cuando es invocada por el actor incidentista.⁶⁹

⁶⁹ Véase la sentencia causa N° 683-2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 9 de octubre de 2014, en la que se señala en los vistos “Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones: C.- De las citas legales se excluye la referencia al artículo 1942 del Código Civil.

Véase también la causa N° 396 de 2007, de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 13 de julio de 2007, en la que se señala “Que la cita del artículo 1942 del Código Civil es completamente impertinente, porque esa disposición regula relaciones entre arrendador y arrendatario y establece una presunción en favor del arrendador para seguridad de su crédito por las rentas, cuestión absolutamente ajena a lo que aquí se falla”.

CAPÍTULO III: CRITERIOS UTILIZADOS PARA ACOGER O RECHAZAR LA TERCERÍA CON RESPECTO AL CONCEPTO DE POSESIÓN EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE

En este capítulo se desarrollarán los criterios jurisprudenciales que estimamos se tienen en cuenta al momento de fallar una tercería de posesión, y conceptualizar la noción de posesión que los juzgadores esbozan en sus sentencias, en contraste con la regulada en el Código Civil.

1) Aspectos Generales

a) *Concepto de posesión del Código Civil*

El Código Civil, define la Posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

De esta definición fluye que la posesión consiste en el apoderamiento de una cosa, en la materialidad de tenerla como si fuera propietario, ejecutando los actos de propietario⁷⁰. Por eso decía un autor, con mucha razón, que poseer es ejercer un derecho, sea que se le tenga o no. La característica de la posesión es aparentar ser dueño.⁷¹

La posesión tiene dos elementos constitutivos, el corpus que es la materialidad, la tenencia de una cosa y el animus que es la intención de comportarse como dueño.⁷²

Nuestro código civil ha seguido una teoría clásica de la posesión, según la cual juega un papel preponderante el animus o elemento intelectual de la posesión. De ahí que se puede

⁷⁰ Véase la sentencia Causa Rol N° 5-2011 de la Corte Suprema, de 28 de noviembre de 2011, que señala que “Para adquirir la posesión de un bien mueble es necesario el corpus -que consiste en la manifestación de un poder de dominación, en la posibilidad de disponer de la cosa y el ánimo, que es la intención de comportarse como propietario, como señor y dueño de la cosa-, aunque la mera tenencia siga en poder de otro. La posesión de las cosas muebles se mantiene mientras se conserve el corpus y el ánimo, o sólo este último aunque no se tenga el corpus, hallándose la cosa bajo el poder del poseedor, pese a que éste ignore accidentalmente su paradero o haya entregado la mera tenencia de la cosa. Véase la Sentencia causa Rol N° 7318-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 14 de agosto de 2009, que declara “Que conforme con lo dispuesto por el artículo 700 del Código Civil la posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño. Se materializa con el apoderamiento de la cosa para tenerla como si fuera dueño, ejecutando actos de propietario. Deben concurrir tanto para su adquisición como su conservación el corpus y el animus.

⁷¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Derecho Civil de los bienes, versiones taquigráficas tomadas en la clase del señor Arturo Alessandri Rodríguez por Onias León Gaete* (Santiago, Ed. Zamorano y Caperan, 1937)

⁷² Véase la Sentencia causa Rol N° 108-2012 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 19 de octubre de 2012. Véase la sentencia causa Rol N° 348-2005 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 29 de agosto de 2005, en que se señala que “El embargo trabado sobre bienes que están en posesión de un tercero, que los detenta con ánimo de señor y dueño, hace presumir su dominio de acuerdo al artículo 700 del Código Civil, y basta acreditar ese hecho para hacer procedente la tercería de posesión y alzar el embargo sobre dichos bienes”.

tener la posesión con solo animus, aunque no se tenga momentáneamente el corpus. El que arrienda o da en prenda una cosa, no pierde la posesión de ella.⁷³

De este concepto de posesión del Código Civil, no podemos colegir que si el poseedor de un bien mueble, convive con otras personas, estas se transformen por el solo hecho de tener posibilidades de usar esa cosa en poseedores. No deja de tener la posesión exclusiva este poseedor, por la mera circunstancia de que sus convivientes, parientes por ejemplo, hagan uso de los bienes.⁷⁴ Por ejemplo, si un jefe de hogar compra un televisor, él es el poseedor de ese bien, él detenta la tenencia material y lo tiene con ánimo de dueño, aunque sus hijos también utilicen el televisor, ese solo hecho no configura que pierda la posesión. Es por este motivo que consideramos que los tribunales muchas veces hacen caso omiso a este concepto, haciendo una interpretación errónea del significado de posesión exclusiva y excluyente, permitiendo por tanto que se embarguen bienes pertenecientes a una persona que no es ejecutado, pero que se presumen de él por el hecho de que se encuentren en su domicilio. Se ha hecho por tanto un abuso del artículo 700 del Código Civil, dificultando enormemente la prueba de un tercerista de posesión, en sus bienes erróneamente embargados.⁷⁵

b) *Estado de la cuestión*

La jurisprudencia ha sido vacilante en cuanto a acoger o rechazar una tercería de posesión, cuando el tercerista tiene una relación de parentesco o algún tipo de relación afectiva con el ejecutado. En muchos casos, podemos encontrarnos con un mismo supuesto, la misma relación entre tercerista y ejecutado, el mismo tipo de bienes embargados e incluso el mismo tipo de ejecutante, y así en todo, en ocasiones los tribunales acogen y en otros rechazan la tercería.⁷⁶

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Véase la sentencia causa Rol N° 2882-2005 de la Corte Suprema, de 11 de Octubre de 2006, que señala que “A partir del texto legal transcrito (artículo 700 inciso 2° del Código Civil), la doctrina ha definido dos requisitos necesarios para la adquisición de la posesión, un elemento material -el corpus-, entendido como la aprehensión o contacto físico con la cosa; y un factor intelectual o psíquico el animus-, consistente en tener la cosa como dueño, siendo éste último el fundamental, pues la ley concibe incluso la posibilidad de mantenerse en la posesión de un bien mueble, habiendo perdido temporalmente el corpus. Al haberse establecido que la empresa tercerista y la demandada principal tienen el mismo domicilio, cual es donde se encontraban los Bienes al momento del embargo, no resulta posible que pueda invocar en favor de alguna de ellas, en forma exclusiva, la posesión de aquellos”.

⁷⁵ Véase la Sentencia causa Rol N° 4348-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 6 de septiembre de 2013. El artículo 700 inciso 2° del Código Civil establece una presunción simplemente legal, en orden a que se reputa dueño al poseedor. Consecuencia de ella es que recae sobre el tercerista de posesión la carga de prueba. En esta tercería, el hecho que debe probarse es el siguiente: efectividad de encontrarse los bienes muebles o inmuebles objeto del embargo, al momento de la traba, en posesión del tercero opositor.

⁷⁶ Véase la sentencia causa Rol N° 2058-2005 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 29 de marzo de 2006, en que se declara que “Se rechaza tercería de posesión en primera y segunda instancia, pues el domicilio de la ejecutada y la tercerista es el mismo, confundiendo la posesión de los bienes embargados-asimismo las declaraciones de los testigos presentados resultaron insuficientes para formar la convicción del Tribunal sobre la posesión de la tercerista. Se rechaza casación en el fondo pues impugna los hechos establecidos por los jueces del fondo sin invocar infracción a las leyes reguladoras de la prueba”.

Por ejemplo, un padre es el actor en un juicio de tercería de posesión, y demanda al banco ejecutante y a su hijo quien es el ejecutado en el juicio principal, debido a que le han embargado bienes de su posesión por las deudas que su hijo mantiene con el banco, esto debido a que comparte el mismo domicilio con su hijo. En este caso, el padre rinde prueba suficiente en el juicio para acreditar la posesión que detenta sobre estos bienes, pero al momento de la sentencia, existen tribunales que acogerán esta demanda de tercería, por considerarlo como poseedor de los bienes embargados aunque comparta el mismo domicilio con su hijo, pero en otros tribunales, bajo el mismo supuesto rechazan la tercería de posesión interpuesta por el padre, por considerar que no tiene la posesión exclusiva y excluyente sobre el bien embargado, esto por compartir el inmueble con el demandado.

¿Parece justa esta situación? Nosotros creemos que no. Si bien, es sabido que los fallos de los tribunales tienen efecto relativo y por tanto no obligan a los otros, creemos que esta fluctuante jurisprudencia afecta indebidamente el principio de certeza jurídica, ya que no podremos predecir qué fallará un tribunal, ya que aunque rindamos los mismos medios probatorios que en un caso similar al nuestro, aunque tengamos el mismo mérito que en una demanda de tercería que fue acogida, no sabemos si el juez que conoce de nuestra demanda tiene un concepto de posesión exclusiva y excluyente distinta a otro juez. Por otro lado, considero que afecta de modo indirecto la igualdad jurídica, ya que si bien el tribunal no hace una discriminación inmediata, haciendo diferencia entre uno y otro demandante, si podemos considerar que el poder judicial en su conjunto esta distinguiendo sin razón entre uno y otro demandante con idéntica pretensión. Una de las funciones de la Corte Suprema es uniformar la jurisprudencia, lo que hace a través de ciertos criterios que ella debe respetar para dar la misma solución a casos iguales, pero esta tampoco ha cumplido esta labor, ya que también descubrimos en sus fallos que existen indeterminaciones en sus resoluciones.

2) Criterios Jurisprudenciales utilizados para acoger o rechazar una Tercería de Posesión

- a) *No procede la Tercería de posesión si el tercerista posee el mismo domicilio del ejecutado.*

De los fallos analizados en que tercerista y ejecutado tenían el mismo domicilio, por tener alguna relación afectiva o de parentesco, principalmente por ser padre e hijo, en la gran mayoría la demanda de Tercería era rechazada, por considerarse que el tercerista no tenía la posesión exclusiva y excluyente de los bienes, por convivir con el ejecutado.⁷⁷

⁷⁷ Véase la sentencia Rol 158-2005, del 17 de octubre de 2005 de la Corte de Apelaciones de Concepción, donde se declara que, no habiendo demostrado el tercerista posesión exclusiva y excluyente, puesto que por vivir ambos en el mismo domicilio también debe considerarse que la tiene sobre las cosas embargadas el ejecutado, la tercería de posesión no puede acogerse, porque es requisito sine qua non para que pueda prosperar el que los bienes sobre que recae el embargo se encuentren en poder de una persona distinta del ejecutado, cosa que aquí no ocurre, por no ser posible separar la posesión del tercerista de uno y el otro. Véase sentencia causa Rol N° 7729-2012 de la Corte Suprema de fecha 9 de julio de 2013, en la que se declara que “Se interpone tercería de posesión, alegando el tercerista que tiene la posesión de los bienes muebles embargados, presentes en el inmueble en que reside junto con el ejecutado, quien se trataría únicamente de un

Si se considera que el ejecutado es poseedor de una cosa por el mero hecho de que se encuentren en su domicilio, aunque un tercero tenga esa cosa como poseedor y el ejecutado reconozca la posesión de este tercero, esto significa que los tribunales consideran la posesión como la simple tenencia de un cosa determinada, dejando sin aplicación el elemento subjetivo de la posesión. Están por tanto utilizando un concepto de posesión que claramente se confunde con el de mera tenencia. La jurisprudencia suele señalar este criterio por el cual rechazan las tercerías como “coposesión” de los bienes entre el tercerista de posesión y el ejecutado.⁷⁸

Los ejecutantes suelen oponerse a estar tercerías argumentando que, atendiendo que ambos (tercerista y ejecutado) viven en el mismo domicilio, nada hace suponer que el tercerista sea poseedor exclusivo y excluyente de las especies embargadas y de serlo se deberá así acreditar.⁷⁹

Por lo general, en estos supuestos se establece como punto de prueba a rendir, “Si el tercerista se encontraba en posesión exclusiva de las especies embargadas al momento de la traba del embargo”. En estos casos, se señala en la sentencia que no se logra acreditar con los medios de prueba rendidos por el tercerista la posesión exclusiva del bien embargado, y

allegado. Los jueces del fondo estiman que el tercerista no acreditó la posesión exclusiva de las especies embargadas, razón por la cual se rechazó la tercería deducida. El tercerista recurre de casación en el fondo, pero el Máximo Tribunal coincide con lo resuelto en primera y segunda instancia, razón por la cual desestima el recurso”. Véase la sentencia causa Rol N° 42-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de abril de 2013, en la que se señala “Que, si bien el tercerista de autos rindió prueba documental tendiente a comprobar que los bienes muebles objeto del embargo, se encontraban al momento de la traba en su posesión; la misma no resulta suficiente a juicio de esta Corte para efectos de acreditar fehacientemente dicha circunstancia respecto de las especies embargadas, cuya posesión no se estableció en forma exclusiva y excluyente por parte del demandante incidental.”

⁷⁸ Véase sentencia causa Rol N° 1588-2014, de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 26 de enero de 2015, en la que se señala “Que la tercerista doña Edifania del Carmen Osoreo Yévenes al interponer su demanda de tercería el 04 de abril de 2014, indica el mismo domicilio de la ejecutada (fs. 4). Que la tercerista en su demanda de fojas 4 de este cuaderno señala que "cobijo en mi residencia" a la ejecutada María Ayala Ayala, que sería su asesora del hogar por haber perdido su hogar producto del terremoto. (...) Que de lo expuesto precedentemente, puede concluirse que la tercerista no es poseedora exclusiva y excluyente de los bienes que se embargaron en el domicilio común con la ejecutada; en efecto, al haberse embargado bienes que se encontraban en el domicilio de la ejecutada, mismo de la tercerista, no es posible sostener a priori, que los mismos no sean de dominio de ésta última, pues también se encontraban en su hogar, existiendo, en consecuencia, coposesión de éstos. Y esta circunstancia hace inaceptable la pretensión de la tercerista”.

⁷⁹ Véase la sentencia Rol N° 354-2004 del segundo juzgado civil de Concepción, de fecha 25 de junio de 2007 la que declara que “Lo único que podría ser discutible respecto de la posesión de los bienes es la exclusividad de ella por parte del tercerista, o si ambos son coposedores de las especies objeto del embargo. Que atendiendo que ambos viven en el mismo domicilio, nada hace suponer que el tercerista sea poseedor exclusivo y excluyente de las especies embargadas y que de serlo, deberá acreditarlo. Véase la Sentencia Causa Rol N° 245- 2008 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 29 de julio de 2008, que señala “Que la tercería de posesión tiene lugar cuando se embargan especies de un tercero en el domicilio de otro tercero, situación que no se da en el caso sublite, puesto que los bienes que fueron objeto de la traba del embargo, lo fueron en Pasaje Eduardo Foster N° 10.312, que corresponde al inmueble de propiedad de la tercerista, según da cuenta el documento que se acompaña a fojas 1”.

esto no se consigue, por el solo hecho de convivir con el ejecutado, por lo que se deja casi inaplicable el concepto del artículo 700 del Código Civil.⁸⁰

Acá podemos ver un claro problema probatorio que existe, que deja en una situación de indefensión a los terceristas, ya que la presunción de dominio que ampara al ejecutado, se torna muy difícil de derribar, por el solo hecho de la convivencia.⁸¹ Así los jueces, son muy exigentes al apreciar la prueba rendida por el actor, ya que estiman que es una contradicción el señalar ser poseedor de los bienes embargados en circunstancias que conviven con el ejecutado⁸². Como argumentación esgrimida para desechar la prueba rendida, se suele señalar que no se logró acreditar el elemento animus, ya que no hay por parte del tercerista, una intención de realizar actos de propiedad de manera exclusiva⁸³. Si bien los jueces no suelen hacer una referencia expresa a la prueba del elemento corpus, el hecho de que la tenencia la detente tanto tercerista como ejecutado, en razón de la convivencia que une a ambos, produce como consecuencia que se configure este elemento de la posesión en uno y otro; además en los fallos se suele señalar que “el domicilio de la tercerista y el ejecutado es el mismo, confundándose la posesión de las especies embargadas”⁸⁴, lo que a nuestro parecer no quiere hacer referencia solo a que no se logró probar el elemento anímico, sino también el material.

⁸⁰ Véase la sentencia Rol 1322-2010 de la Corte Suprema, que declara en el considerando 7º que, de este modo, correspondía a la tercerista acreditar la posesión exclusiva de los bienes embargados al momento del mismo, como quedó determinado en la interlocutoria de prueba de fojas 13, que estableció como hecho a probar: "Si el tercerista se encontraba en posesión exclusiva de las especies embargadas al momento de la traba del embargo", lo que no hizo. Véase también la sentencia causa Rol N° 1564-2014, de la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 1 de diciembre de 2014, en la que se señala “Por lo demás, no se encuentra probado, ni siquiera por prueba testimonial, que los muebles embargados hayan estado en la casa de la demandada antes que el ejecutado haya llegado a ésta, supuestamente como nieto y pensionista de la actora incidental, por lo que perfectamente éstos pudieran haber sido de su propiedad y llevados por el ejecutado al irse a vivir a casa de la tercerista, según dicho de ésta, "como pensionista".”

⁸¹ Véase sentencia causa Rol N° 452-2009 de la Corte de Apelaciones de Concepción de 2 de octubre de 2009, que señala que “ Los medios de prueba rendidos, no permiten presumir que el tercerista sea poseedor exclusivo de los bienes embargados, ubicados en el mismo domicilio, pues bien pueden pertenecer a otra persona, como es el caso del ejecutado o de su cónyuge que se encontraba en ese lugar”.

⁸² Véase la causa Rol N° 4830-2008 de la Corte Suprema, de 30 de septiembre de 2009, donde se declara que “Sin embargo, dicha afirmación se ve contradicha por los hechos de la causa, por cuanto, como aparece de autos, tanto el tercerista como el demandado señalan tener el mismo domicilio, supuesto que impidió al tribunal de la instancia concluir que los bienes embargados sean de posesión exclusiva del incidentista”.

⁸³ Véase la sentencia causa Rol N° 333-2005 de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 30 de marzo de 2006, en que se señala que “Para que prospere un a tercería incidental de posesión es imprescindible que se acredite que, al tiempo del embargo, el tercerista tenía la tenencia material o corpus y, que, además, se compruebe su comportamiento de señor y dueño. Si bien es cierto que está probada la posesión de las especies embargadas, no es menos verdad que el segundo elemento, esto es, el comportamiento de señor y dueño, no se encuentra acreditado. A mayor abundamiento, el ejecutado al contratar el crédito, señaló como domicilio el que corresponde al lugar donde se practicó el embargo de autos”.

⁸⁴ Véase la Causa Rol N° 4110-2006 de la Corte Suprema, de 21 de septiembre de 2006, que declara que “Se rechaza el recurso pues el domicilio de la ejecutada y la tercerista es el mismo, confundándose la posesión de los bienes embargados- asimismo las declaraciones de los testigos presentados resultaron insuficientes para formar la convicción del Tribunal sobre la posesión de la tercerista. Véase la sentencia causa Rol N° 3158-2005 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 17 de octubre de 2005, en que se señala “Que por lo expuesto, y no habiendo demostrado el tercerista posesión exclusiva y excluyente, puesto que por vivir ambos en el mismo domicilio también debe considerarse que la tiene sobre las cosas embargadas el ejecutado, la

Sin embargo, hay que tener presente una excepción a este criterio, que se da cuando el tercerista prueba el título por el cual reside en su hogar⁸⁵. Es así en los casos en los que el tercerista es el propietario de la morada en común, en estos es altamente probable que se acoja la tercería. Por esta razón, si el supuesto es que el padre o madre sea el demandante de tercería, y el hijo sea el ejecutado, quien es allegado en la casa de sus padres, muchos casos de demanda de tercería de posesión son acogidos; distinto es el caso que el tercerista sea el hijo que vive en la casa de su padre ejecutado.⁸⁶ Debido a lo anteriormente señalado, es que el certificado de residencia cobra mucha importancia como medio de prueba susceptible de ser presentado en el juicio de tercería de posesión; este criterio será analizado por separado más adelante.

A pesar de que consideramos que esta es la regla general en cuanto a los lineamientos de la jurisprudencia, hay muchos casos en que esta admite tercerías de posesión interpuestas por incidentistas convivientes, sin que este rinda prueba que demuestre que el tercerista es dueño del inmueble, o prueba documental que logre acreditar que el compró las especies embargadas.⁸⁷ Estos son los casos que encontramos problemáticos, ya que en estos

tercería de posesión no puede acogerse, porque es requisito sine quanon para que pueda prosperar el que los bienes sobre que recae el embargo se encuentren en poder de una persona distinta del ejecutado, cosa que aquí no ocurre, por no ser posible separar la posesión del tercerista de uno y el otro”.

⁸⁵ Véase la sentencia causa Rol N° 1-2015, de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 25 de febrero de 2015, en la que se señala “Ni la residencia ni el domicilio, son conceptos de los cuales derive la posesión. El hecho de haber constatado el receptor judicial, según estampado de fojas 6 del cuaderno ejecutivo, que la ejecutada vive allí, en Claudio Bustos 0696 y el reconocimiento del tercerista que ella es su cónyuge, solo lleva a establecer que ese es su hogar doméstico, pero la prueba de la posesión inscrita del inmueble, por parte del marido, es de mejor calidad para determinar la posesión de los bienes que guarnecen esa casa habitación a favor del cónyuge, porque los demandados no aportaron elementos de mérito que la desvirtuaran.

⁸⁶ Véase la sentencia Rol C-13091-2010, del tercer Juzgado Civil de Santiago, que declara que el deudor demandado en el ramo principal es su hijo quien en la actualidad reside en el hogar paterno, pero como mero allegado y no posee bien alguno en el domicilio que le pertenezca, siendo la tercerista y su cónyuge los propietarios y poseedores de los bienes habidos en dicho domicilio.

⁸⁷ Véase la Sentencia causa Rol N° 318-2014, de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en las que se señala que “En el caso de autos, habiéndose trabado el embargo sobre un bien mueble que se encontraban al interior del domicilio que comparte tanto el tercerista como el ejecutado, lo que fue debidamente certificado por un ministro de fe, sin que se haya promovido controversia a ese respecto, era menester aplicar en principio la presunción del artículo 700 inciso segundo del Código Civil, a favor del ejecutante, ya que establecido el domicilio del ejecutado y hallándose las especies en dicho lugar, no podía reputarse dueño de los bienes exclusivamente al demandante de tercería, mientras no justificara serlo. Sin perjuicio de lo dicho, y con el objeto de revertir la conclusión a que naturalmente conducía la institución jurídica precedentemente referida, el tercerista aportó medios probatorios, que el tribunal pondera como es la declaración de dos testigos, hábiles, sin tachas quienes examinados dieron razón de sus dichos y fundamentos para deponer en forma clara y categórica que los bienes que guarnecen del domicilio del tercerista le pertenecen sólo a éste, lo que saben por visitas al domicilio del articulista desde hace bastante tiempo. Con lo anterior, acredita su calidad de dueño de las especies muebles situadas en el interior del domicilio individualizado y sobre las cuales se trabó el embargo, logrando desvirtuar mediante prueba en contrario, la presunción simplemente legal que perjudicaba sus pretensiones”. Véase también la sentencia causa Rol N° 11-2014 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 13 de agosto de 2014, en la que se señala que “La prueba aportada por la tercerista, permitió acreditar que concurren a su respecto los elementos corpus y ánimos establecidos en el artículo 700 del Código Civil, lográndose la convicción suficiente de que al momento del embargo los bienes estaban en su posesión y no en

claramente la jurisprudencia vacilante perjudica o ve desmejorada la situación de un tercerista con respecto a la de otro.

b) *Si el Tercerista es dueño del hogar donde guarnecen los bienes procede acoger la demanda de Tercería de posesión*

La jurisprudencia ha señalado en ocasiones que se presume la posesión exclusiva de un tercerista, cuando este es el jefe de hogar. Así, por tanto, los tribunales han interpretado que si es el dueño de la morada quien interpone esta tercería, por más que conviva con el ejecutado, se debe presumir que el tercerista es poseedor exclusivo y excluyente de los bienes embargados.⁸⁸

Nos parece criticable que se considere que existe posesión exclusiva, solo cuando el tercerista prueba ser el dueño del inmueble donde se encuentran los bienes embargados, esto ya que se está haciendo una diferenciación en base a supuestos. No se justifica darle preferencia a aquellos casos donde el tercerista es dueño por el solo hecho de su derecho sobre la morada, ya que esto sería estar acogiendo una tercería en base a una presunción que es la que establece que el dominio sobre el bien, alcanza a los muebles que lo guarnecen, para desvirtuar otra presunción que es la del artículo 700 inciso 2 del Código civil, que establece que debe reputarse al ejecutado, dueño de tales bienes mientras otra persona no justifica serlo.⁸⁹ Por ejemplo, en muchos casos, el propietario del inmueble es una persona jubilada, que no tiene un gran poder adquisitivo, que vive con un hijo mayor, que trabaja y que es el sostenedor económico de la casa, en casos como estos donde claramente las cosas embargadas pueden haber sido adquiridas y por tanto de posesión del ejecutado, se han acogido tercerías en favor del propietario de la casa.

la del deudor. Al respecto, resulta insuficiente para desvirtuar lo razonado, el hecho de que (el deudor) tenga el mismo domicilio que la tercerista, pues en este supuesto, le cabía al demandante acreditar mediante hechos positivos que la posesión de los bienes embargados le correspondía al demandado, no rindiendo prueba alguna al respecto, lo que lleva a confirmar la decisión apelada, tal como se dirá. (Considerando 8° de la sentencia)

⁸⁸ Véase la sentencia causal Rol N° 483-2014, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 22 de agosto de 2014, la que declara que “no obstante, se ha fallado que es verosímil la afirmación de la tercerista, que el ejecutado vive en esa casa, pero que ella la habita como propietaria desde varios años antes de su llegada. De ello puede presumirse que los bienes que guarnecen dicho domicilio son de su propiedad y que está en posesión de los mismos, toda vez que se desprende que el propietario de un inmueble cuya tenencia no ha cedido, tiene el dominio de las especies que se encuentran en su interior (...) En consecuencia, aun cuando tanto la tercerista como ejecutado tienen su domicilio y residen en el mismo inmueble en que se practicó el embargo, de lo señalado en los motivos anteriores la presunción de posesión de los bienes embargados ampara a la tercerista que es propietaria y reside en ese lugar desde tiempo anterior a que acogiera al ejecutado.

⁸⁹ Véase la sentencia causa Rol N° 619-2006 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 29 de septiembre de 2009, que señala “Que, en tales circunstancias, ha de presumirse que quien es dueño de un bien raíz es también, a lo menos poseedor de los bienes que lo guarnecen, como lo dispone el artículo 700 del Código Civil, de manera que la tercería interpuesta a fojas 20 de este cuaderno de compulsas, debió ser acogida”.

En estos casos, la prueba de la tercería de posesión, se transformaría en una prueba del dominio sobre el inmueble⁹⁰, lo cual sigue reglas distintas, ya que en primer lugar, para proteger el dominio existe una institución diferente, a saber la tercería de dominio, y en segundo lugar, porque lo que se discute en estos supuestos, es la posesión sobre los muebles que guarnecen la vivienda. Es por este motivo que creemos que el incidentista debe probar su posesión sobre los bienes que en particular fueron embargados, ya que sobre ellos se está debatiendo en juicio, por tanto los fallos debieran tomar adicionalmente en cuenta otros antecedentes probatorios presentados en juicio. Ahora bien, nos parece que pueden los tribunales tomar en cuenta esta presunción, pero no fallar solo y exclusivamente en base a esta⁹¹. Si se falla solo en base a esta presunción, la consecuencia que se produce es que los terceristas interpongan este incidente de manera fraudulenta, para así evadir el pago de los deudores y perjudicar consiguientemente a los acreedores.

Para configurar este criterio, en general los terceristas prueban con una copia de la inscripción de dominio del inmueble⁹² y en ocasiones adicionalmente, presentan un certificado de residencia. Los tribunales han señalado que la prueba instrumental de inscripción del dominio del inmueble donde se encuentran los bienes embargados, dado su carácter de jefe de hogar, es una prueba suficiente para tener por acreditada la pretensión del tercerista, siendo por supuesto indispensable que esa inscripción en el Registro del Conservador de Bienes raíces, sea anterior a la fecha del embargo.⁹³

En relación a este criterio, también se ha presentado en muchos casos de tercería de posesión interpuesta por terceristas arrendadores, quienes han alegado y probado ser dueños del inmueble dado en arriendo, y por tanto de las cosas que en este guarnecen. Si bien en

⁹⁰ Véase la Sentencia Causa Rol N° 37-2014 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 27 de agosto de 2014, en que se declara “El artículo 700 del Código Civil, en su inciso segundo, establece que “El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo” y, en razón de lo anterior, debe presumirse que quien es dueño de un bien raíz es, a lo menos, poseedor de los bienes que lo guarnecen. Entonces, al haberse trabado embargo sobre bienes muebles que se encontraban al interior de un bien raíz del tercerista, es menester aplicar en su favor la presunción del artículo 700 inciso 2° del Código Civil, debiendo en este caso el ejecutante desvirtuar, mediante prueba en contrario, la presunción simplemente legal que perjudica sus pretensiones, lo que no ocurrió en la especie. (Considerandos 4° y 5° de la sentencia)

⁹¹ Véase la sentencia causa Rol N° 4381-2011, de la Corte Suprema, de fecha 22 de junio de 2011, en la que se señala que “A juicio de los sentenciadores, la instrumental aportada por la tercerista, forma plena fe del dominio de esta última sobre el inmueble en que se efectuaron el requerimiento de pago, el embargo y el retiro de especies, pero que no ha sido objeto de ejecución alguna, circunstancia que no prueba que las referidas especies sean de dominio de la peticionaria, a lo que se suma que no fue controvertido que es el lugar que sirve de domicilio al ejecutado”.

⁹² Véase sentencia causa Rol N° 5747- 2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de junio de 2008, que señala que “Acreditado como está que la tercerista es poseedora inscrita del inmueble donde se trabó el embargo de los bienes materia de la tercería, y que los mismos estaban en su posesión exclusiva a la época de dicha diligencia, se encuentran comprobados los fundamentos fácticos de la tercería de posesión, por lo que la tercería de posesión debe ser acogida”.

⁹³ Véase la sentencia Rol C-21539-2010 del Segundo Juzgado de Letras de Osorno, de fecha 12 de enero de 2011, la cual declara que “Que de la documental acompañada por la tercerista, consistente en la inscripción de dominio a nombre del tercerista constituye suficiente indicio que sirven de base para presumir de manera grave y precisa, en el sentido señalado por el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, que el tercerista es poseedora de los bienes embargados que se encontraban en dicho inmueble, con una fecha anterior al embargo”.

este caso no tenemos la dificultad de probar la posesión exclusiva porque el arrendador no convive con el arrendatario, tenemos una dificultad mayor, que es probar que el arrendador es poseedor de aquellas cosas dadas en mera tenencia, y que por tanto es poseedor de cosas respecto de las cuales no tiene la tenencia material. En este supuesto, en algunos casos la jurisprudencia se ha pronunciado acogiendo la tercería de posesión interpuesta, y ha señalado que el dueño de un inmueble dado en arriendo se presume poseedor de los bienes que abastecen ese inmueble, pero a esta afirmación se ha hecho un matiz, ya que siempre en los casos en que se acoge, es porque en virtud de la prueba rendida en juicio se ha podido comprobar que al momento del arriendo, la casa fue arrendada amueblada completamente; en este caso por tanto, la presunción es más fuerte ya que se acompaña de otras pruebas que acrediten la posesión de los muebles embargados.⁹⁴ En el supuesto recién señalado, la jurisprudencia ha señalado necesario, que el tipo de bienes de los cuales el tercerista alega ser poseedor, sea de aquellos que normalmente se dan en arriendo, y así no sería prudente acoger una tercería fundada solo en este criterio, si los bienes embargados son computadores, tablets, video juegos u otro aparato electrónico que no es común se incluya en el contrato de arrendamiento.⁹⁵

c) La tercería será acogida o rechaza según la naturaleza de las especies embargadas

Un criterio que es tomado en cuenta por la jurisprudencia, es el tipo de bienes embargados de los cuales el tercerista alega ser poseedor. Así, en ciertas ocasiones este criterio ha sido esbozado por los tribunales, pero por sí solo no es decisivo para acoger o rechazar una tercería, sino que se esgrime acompañado de otros fundamentos que tiene a la vista el juez.

Por ejemplo en algunos fallos se ha señalado que “las especies embargadas son de aquellas que normalmente guarnecen en una casa habitación”⁹⁶, o en ocasiones, este razonamiento

⁹⁴ Véase la sentencia Rol N° 143-2008 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 20 de noviembre de 2008, la cual señala que “es un hecho acreditado que el embargo de los bienes materia de la tercería, se trabó en el domicilio donde el tercerista entregó en arriendo a Marcelo Dávila Alcayaga la propiedad ubicada en Chindo Vera N° 537, de Puerto Aysén, trabándose incluso embargo sobre gran parte de los bienes inventariados al momento del arriendo, ya que la propiedad fue arrendada amoblada completamente. Véase también la sentencia Rol 475-2011 de la Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 2 de enero de 2012.

⁹⁵ Véase la sentencia causa Rol N° 32827-2014, de la Corte Suprema pronunciada en fecha 8 de abril de 2015, en la que se declara “Que el recurso de casación en el fondo denuncia la vulneración del artículo 700 en relación al artículo 1698, ambos del Código Civil, explicando que la sentencia recurrida ha incurrido en contravención formal de las disposiciones legales citadas, dado que por la naturaleza mueble de las cosas embargadas que de acuerdo al artículo 574 del mismo cuerpo legal constituyen el ajuar de una casa debe presumirse que esos bienes también estaban poseídos al momento del embargo por el dueño, poseedor o arrendador del inmueble que guarnecen, como es el caso de la tercerista, según se acreditó con el contrato de arrendamiento acompañado a los antecedentes, sin objeción de contrario.”

⁹⁶ Sentencia Rol N° 143-2008 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 20 de noviembre de 2008. Véase también la sentencia causa Rol N° 32827-2014, de la Corte Suprema pronunciada en fecha 8 de abril de 2015, en la que se declara “dado que por la naturaleza mueble de las cosas embargadas que de acuerdo al artículo 574 del mismo cuerpo legal constituyen el ajuar de una casa debe presumirse que esos bienes también estaban poseídos al momento del embargo por el dueño, poseedor o arrendador del inmueble que guarnecen. Véase también la sentencia causa Rol N° 820-2011, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 29 de

está implícito, esto ya que dependiendo de los bienes que se hayan embargado, los tribunales son más exigentes en los medios probatorios que acrediten esta posesión. Así por ejemplo, si los bienes embargados son principalmente el menaje de un hogar, las estanterías, sillas o mesas, es más fácil que se acoja la presunción del propietario de un inmueble como poseedor de los bienes que lo guarnecen, ya que se entiende que son bienes que comúnmente se encuentran en un hogar, y que serían también de posesión del dueño de la casa.⁹⁷

En casos en que se han embargado solo aparatos tecnológicos, encontramos fallos más exigentes en cuanto a la prueba que acredite la posesión de estos bienes, ya que en una casa donde viven más personas, aparte del dueño, es probable que estos sean poseedores exclusivos de objetos electrónicos y que no por encontrarse dentro de la vivienda de la cual tercerista, este último se va a reputar poseedor de estos. Así por ejemplo, los tribunales exigen que si se va a probar la posesión de un televisor, se rindan pruebas específicas para acreditar la posesión de ese bien particular, y si también se embarga un equipo de música o un computador, exista otro medio de prueba que tenga por objeto confirmar la posesión del tercerista sobre esos bienes, y no por acompañarse la boleta de compraventa de un bien se entenderán que son todos de posesión del incidentista.⁹⁸

Como ya se mencionó, este criterio no se esgrime por sí solo como determinante de la aceptación por parte del tribunal de la acción interpuesta, y está bien que así sea ya que la

septiembre de 2011, en la que se señala que “En efecto, el hecho que a la tercerista le asista la calidad de poseedora de los bienes que reclama está determinado, conforme al listado de especies embargadas, por un conjunto de especies que no constituyen sino que el "menaje de casa" que guarnecen el inmueble y éste, en el caso de autos, tiene respaldo en el instrumento público que ha sido acompañado y que acredita que la tercerista es su propietaria. Enseguida -y para efectos de consagrar el otro supuesto normativo- en la secuela del incidente de tercería nadie más alegó o acreditó que los bienes embargados fueren de pertenencia, propiedad o posesión de una persona distinta de la tercerista.

⁹⁷ Véase la sentencia causa Rol N° 6659-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 14 de junio de 2011, en la que se declara que “De acuerdo con la naturaleza mueble de los bienes embargados y dada la circunstancia de tratarse de cosas que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 574 del Código Civil constituyen el ajuar de una casa, debe presumirse que ellos también estaban siendo poseídos al momento del embargo por el dueño o poseedor del inmueble que guarnecen. Véase también la sentencia causa Rol N° 349-2001 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 12 de abril de 2002, en que se señala “Atendida la prueba testimonial rendida y la naturaleza eminentemente doméstica de las especies embargadas (refrigerador, microondas, equipo de música, etc.) que se encontraban en el domicilio de la tercerista al ocurrir el embargo y, hace presumir por que se encontraban bajo su posesión. Procede en consecuencia acoger la tercería de posesión interpuesta, por haber acreditado la tercerista la posesión de los citados bienes al tiempo de la traba del embargo, esto es, su tenencia con el ánimo de señor o dueño, de conformidad con lo establecido en el artículo 700 del Código Civil”.

⁹⁸ Téngase a la vista el fallo Rol N° 2080- 2004 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 18 de abril de 2005, el cual declara que, en efecto, respecto del televisor embargado a fs. 5 del cuaderno de apremio, marca Sony, de 20”, la tercerista no ha rendido prueba alguna, y en cuanto al equipo de música embargado en la misma actuación de fs. 5, marca Phillips, color gris, con CD y dos parlantes, únicamente ha rendido las siguientes pruebas a) Confesional del ejecutante Sr. Juan Bascuñán Brito, corriente a fs. 27. De este cuaderno, actuación que por su propia naturaleza, solo podría producir prueba en contra del absolvente, pero no en favor de la contra parte, en este caso la tercerista y b) La boleta de compraventa que corre agregada a fs. 6. Del cuaderno de apremio de esta causa, que se ha traído a la vista, emitida por la tienda Ripley, de Plaza Victoria de esta ciudad, el 8 de marzo de 2004, por un equipo Phillips, sin más especificaciones, de un valor de \$118.890.

prueba de la naturaleza de las especies embargadas nada dice con quien es su poseedor, sino que se acostumbra a señalar este criterio como adicional al criterio que dice relación con que el dueño del inmueble donde guarnecen los bienes se presume poseedor de las especies muebles que en él se encuentran.⁹⁹ Así la naturaleza doméstica de los bienes embargados, unido a que el tercerista es dueño del inmueble donde éstos se encuentran, forman una presunción que permite la convicción del tribunal acerca de la posesión del tercero.

Queremos señalar solo una excepción, en virtud de la cual la naturaleza de la cosa embargada es determinante, este caso se configura cuando los receptores embargan especies que son inembargables por ley, en especial las del artículo 445 n° 8 y n° 13 del Código de Procedimiento Civil.¹⁰⁰ En estos supuestos el juez ordena levantar el embargo que recae sobre ese bien por tener la calidad de inembargable, y por tanto se deja fuera de la ejecución; sin embargo tampoco se hace una declaración en cuanto a si es el bien de posesión del tercerista, pero claramente se logra alcanzar la misma finalidad que se busca con la tercería de posesión.

d) Posesión material como determinante de la tercería de posesión

El Código Civil establece que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, “sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”. Esta última frase del concepto, se ha interpretado, como que el poseedor no va a perder la posesión que detenta sobre una cosa por no tener el corpus de esta, otorgándose por tanto mayor importancia al elemento psicológico de la posesión. Se puede ejemplificar esto con el caso de los arrendadores, quienes no pierden la posesión sobre una casa que posean, por darla en arriendo. No se pierde por tanto la posesión por no detentar materialmente la morada, y tampoco el arrendatario adquiere esta, por detentarla físicamente.

Esta interpretación que ha hecho la doctrina sobre la posesión y los elementos de esta según la regulación del código civil, no coincide con el concepto que los tribunales parecen tener de esta institución al fallar en los procedimientos de tercería.

⁹⁹ Véase la sentencia causa Rol N° 6863-2003 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 1 de agosto de 2007, en que se señala que “De acuerdo con la naturaleza mueble de los bienes embargados y dada la circunstancia de tratarse de cosas que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 574 del Código Civil constituyen el ajuar de una casa, debe presumirse que ellos también estaban siendo poseídos al momento del embargo por el dueño o poseedor del inmueble que guarnecen. El concepto que se acaba de señalar, que el dueño o poseedor de un inmueble lo es también respecto de las especies muebles que se encuentren en el bien raíz, deriva del artículo 1.121 del Código Civil; toda vez que, en todo caso, tiene la tenencia y cabe presumir el ánimo hasta que otra persona no se haya apoderado de la cosa con ánimo de hacerla suya. La circunstancia de que la ejecutada también se encuentre domiciliada en la casa habitación del tercerista no altera lo concluido, porque no se probó la existencia de algún título que le habilite para domiciliarse en tal lugar del que también derive presumir la posesión de los bienes aludidos.

¹⁰⁰ Véase la Sentencia causa rol N° 3366-2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 14 de diciembre de 2001, en que se señala “Que, además conviene tener presente que el refrigerador, por constituir un utensilio casero y de cocina, es inembargable, según el artículo 445 N° 13 del Código de Procedimiento Civil.”

Este criterio que señala que los tribunales acogen tercerías de posesión, cuando el tercerista detenta la posesión material lo podemos apreciar en primer lugar en la fijación de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, en los que generalmente se fijan como hechos a probar la efectividad de ser la tercerista poseedora de las especies embargadas.¹⁰¹ Así, los tribunales otorgan mucha importancia a la detención material, olvidando que la posesión también se detenta por tener solo el elemento psicológico, o sea el ánimo de poseer esa cosa. La prueba del tercerista por tanto, debe orientarse a acreditar que al momento del embargo tenía la cosa materialmente, o en su defecto si no la tenía, probar el título por el cual el ejecutado la detentaba.

Avala este argumento, el hecho que los tribunales en ocasiones hayan rechazado tercerías de posesión cuando el tercerista, quien alega ser poseedor de la cosa, la ha dado en “préstamo” al ejecutado. En estos casos los jueces han considerado que al no detentar materialmente la cosa embargada, no es el tercerista legitimado activo de ejercer este incidente de tercería, por tanto no se les da lugar.¹⁰²

Otro supuesto en que los tribunales suelen tener en cuenta el criterio de la posesión material, es como ya antes mencionamos, el caso de los arrendadores. Cuando un arrendador interpone una tercería de posesión, los jueces en ciertos casos señalan, que se rechaza la tercería de posesión por no tener el arrendador la posesión material al momento del embargo, y en algunos casos agregan que en virtud de los medios probatorios se tiene por probado el dominio sobre los bienes embargados y no así la posesión.¹⁰³

¹⁰¹ Véase las sentencias causa Rol N° 1502-2015 de la Corte Suprema, del 13 de abril de 2015, donde se señala “La doctrina enseña que en la tercería de posesión el hecho que debe probarse es el siguiente: efectividad de

encontrarse los bienes muebles o inmuebles objeto del embargo, al momento de la traba, en posesión del tercero opositor”. Véase la sentencia causa Rol N°1995-2005, de la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 21 de julio de 2005 “Agrega que entendiendo que ambos viven en el mismo domicilio, nada hace suponer que el tercerista sea poseedor exclusivo y excluyente de las especies embargadas, y que de serlo deberá así acreditarlo. La ejecutada no evacuó el traslado respectivo. Se recibió la tercería a prueba, fijándose como hecho substancial, pertinente y controvertido, la efectividad que el tercerista poseía los bienes embargados al tiempo del embargo. Véase también las sentencias causa Rol N° 318-2014 de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de fecha 3 de febrero de 2015 y la sentencia causa Rol N° 86-2014 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique.

¹⁰² Véase la sentencia C-2312-2009, del segundo juzgado Civil de Rancagua, de fecha 23 de marzo de 2009, el que declara que “el bien embargado, lo adquirió en la casa comercial “Casa García”, con boleta de ventas y servicios de fecha 24 de agosto del año 2009, la que se encontraba en el domicilio de su amiga, pues se la había prestado para ayudarla, y que estuvieran en su domicilio, la que fue embargada en la presente causa y cuyo alzamiento se solicita. Manifiesta que, los bienes referidos precedentemente, y al momento de su embargo, se encontraban bajo su única y exclusiva posesión, sin perjuicio del dominio que tiene sobre los mismos, el que por lo demás, debe presumirse en conformidad a lo dispuesto en el artículo 700 del Código Civil. (...)Que, recayendo el onusprobandi en el tercerista, pues incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquella o estas. rindió prueba documental a fojas 1, consistente en una boleta ventas y servicios por una lavadora automática modelo WF T6605 a nombre de la tercerista Amparo Cabria Maldonado, resultando insuficiente, para acreditar la posesión exclusiva de la especie, por parte del demandante, debiendo negar lugar a la tercería de posesión”.

¹⁰³ Véase la Sentencia Causa Rol N° 394/2014, de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 30 de Junio de 2014, que declara que “Es así que solo acompaña una copia simple de un contrato de arrendamiento, del inmueble donde se traba el embargo, no es menos cierto que la existencia de un contrato de arrendamiento de

Al analizar los supuestos recién expuestos, es posible vislumbrar que los jueces al fallar las tercerías de posesión, tienen en cuenta un concepto de posesión que no se condice con el concepto establecido en el Código Civil, otorgándole una importancia significativa al hecho del estar el tercerista al momento del embargo en detención material de la cosa embargada. Así, para estos jueces, la posesión de las tercerías es más que nada la tenencia material, siendo poco relevante si tiene o no el elemento psicológico.

Es menester dejar en claro que esta es una tendencia jurisprudencial que se aprecia en nuestros tribunales, y no es por tanto del todo absoluto. Por esto, y como ya se ha dicho en este trabajo, los tribunales también acogen tercerías de posesión interpuestas por el tercerista que no tiene la disposición material al momento del embargo, si es que en el proceso acompañó otros medios de prueba idóneos para probar su posesión, verbi gracia el caso del arrendador que acompaña un contrato de arriendo con inventario.

e) Se acoge la tercería de posesión si no existe una relación afectiva entre el tercerista y el ejecutado

Este criterio aplica principalmente, en el supuesto en que el ejecutado y el tercerista hayan tenido alguna relación afectiva, compartieran domicilio, pero al momento de la traba de embargo esta relación se encuentre terminada y ya no vivan juntos.

En estos casos el tercerista alega que el ejecutado ya no vive en su morada, la cual es el domicilio en que se realizó la diligencia de embargo, esto debido a que la relación que los mantenía viviendo juntos no continua. Nos pareció importante agregar este criterio, porque existen litigantes que actuando de mala fe, crean estas tercerías con el solo objeto de entorpecer la ejecución, por lo que en ocasiones la pareja del deudor interpone una demanda de tercería señalando que los bienes embargados son de su posesión, e intentando desvirtuar la presunción del artículo 700 del código civil, revela que el ejecutado hace ya un tiempo no reside en su casa. De este modo, para lograr la convicción del tribunal de que el ejecutado ya no tiene su domicilio en el hogar objeto del embargo, el tercerista rinde prueba que acredite el término de la relación, por lo que constituye un elemento importante para los jueces al momento de fallar.¹⁰⁴

En estos casos, la prueba sobre la posesión de los bienes embargados queda relegada a un segundo plano, siendo lo primordial acreditar que debido al quiebre de la relación entre el tercerista y el ejecutado, este último ya no reside en la casa donde se embargaron los bienes. Es importante esto porque demostrándose que no vive aquí queda desvirtuada la presunción del artículo 700 del Código Civil, pero en este caso no se invalida la presunción a través de la prueba de un nuevo domicilio del deudor,

inmueble no permite de forma alguna desprender los elementos constitutivos de la posesión de bienes muebles”.

¹⁰⁴ Véase la sentencia causa Rol N° 1916-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 1 de abril de 2007, que señala “motivo por el que les consta que los muebles que lo guarnecen pertenecen a la tercerista, cuyo marido se fue de ese domicilio en enero de 2005, por serias dificultades matrimoniales”

sino que simplemente lo que se hace es probar que la relación sentimental que los unía se acabó. Por ejemplo, en el caso de un matrimonio que ya no convive junto, si es que hubo divorcio o alguna gestión formal que acredite este quiebre, es relevante acompañar esta como prueba al juicio¹⁰⁵, en los casos que la separación sea solo de hecho, la prueba que comúnmente se rinde es la testimonial.

Como se señaló, es importante que la tercerista no solo señale que la deuda le corresponde a su marido, ex marido o ex pareja, sino que debe probar que no tiene vínculo afectivo alguno con el deudor, así ha ocurrido en casos en que la tercerista ha probado que los bienes embargados son de su posesión, pero no ha logrado acreditar que no reside con el deudor, por tanto su tercería ha sido rechazada, porque en este caso no se puede establecer que tenga la posesión exclusiva y excluyente sobre los bienes.¹⁰⁶

Si bien el criterio que hemos esgrimido alude al término de una relación afectiva, es menester para que se configure, que el ejecutado no resida con el tercerista. Así en algunos casos los ejecutantes han contestado las demandas de tercerías que presentan este supuesto, alegando que al momento del embargo se acreditó por el receptor judicial que el ejecutado tiene su domicilio en la morada donde se efectuó el embargo¹⁰⁷, contestación que llama la atención, ya que comúnmente estos incidentes, se resuelven en rebeldía de los demandados, esto ya que al recaer la prueba en el demandante debido a la presunción del artículo 700 del Código civil, no es necesaria la intervención estos en el juicio.

Sin embargo, este no es el único campo de aplicación de este criterio, ya que también algunos jueces suelen señalar, que de la prueba rendida, no se desprende alguna relación entre tercerista y el ejecutado y que por tanto, procede acoger este incidente.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Véase la sentencia causa Rol N° 557-2014 de la Corte Suprema, de 26 de agosto de 2014, en que se señala “Luego, mediante sentencia de divorcio de fecha 17 de julio de 2006, se declaró la disolución de la sociedad conyugal, formándose, ipso iure, una comunidad de bienes entre los ex cónyuges, la cual se conforma, entre otros, por el inmueble ahora embargado, lo que determina que sea poseedora del señalado bien raíz y que por tanto no puede ser embargado en su totalidad como si el ejecutado fuera el único y exclusivo dueño o poseedor del inmueble, debiendo únicamente embargar la parte de los derechos que le corresponden”. Véase también la sentencia causa Rol N° 127- 2013 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 3 de diciembre de 2013.

¹⁰⁶ Véase causa Rol N° C- 4247-2011 del 15 de junio del 2011, dictada por la primera sala de la Corte Suprema, quien señaló “Que la tercerista fundó su pretensión en ser propietaria del inmueble de calle Las Azaleas N° 1116, comuna de La Florida, y poseedora de los bienes que lo guarnecen y que fueron embargados con motivo de la ejecución seguida en contra de su marido, quien no vive en el referido domicilio desde el 14 de febrero de 2009”

¹⁰⁷ Véase la sentencia Rol N° C 166-2013 del Juzgado de Letras de Tocopilla, de fecha 4 de noviembre de 2013, la que declara que “no basta con que el tercerista enuncie que es poseedor de los bienes embargados, sino que debe probar su posesión, además indica el tercerista en su libelo que esta situación se habría producido por que en un momento el ejecutado fue su pareja, pero que ya no lo es más, desde noviembre de 2012, sin perjuicio de lo cual, enuncia el ejecutante, el demandado fue notificado de la demanda ejecutiva con fecha 30 de abril de 2013 en el domicilio de la tercerista y que en esa misma fecha fue buscado en un domicilio distinto, señalando persona adulta el domicilio de la tercerista como el del ejecutado, lo que deja entrever que el domicilio de la tercerista es el del ejecutado, quien continua siendo su pareja, y por tanto es el poseedor de los bienes embargados”.

¹⁰⁸ Véase la sentencia 2155-2003 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 31 de diciembre de 2004, donde se señala “Siendo un hecho cierto, la circunstancia que la propiedad en que se practicó el embargo de

f) Tercerista se encuentra presente durante la diligencia de la traba de embargo

Los tribunales dan también mucha importancia al hecho de si el tercerista se encuentra o no presente durante la diligencia de la traba de embargo, siendo un mecanismo comúnmente utilizado por los tribunales, el señalar que se tiene por probada la posesión exclusiva y excluyente del tercerista sobre determinados bienes embargados, por el hecho de haber presenciado este la diligencia efectuada por el ministro de fe.

Así, en la sentencia, dentro de la valoración de la prueba y la determinación de los hechos que se tienen por probados, se suele señalar si el tercerista se encontraba o no presente al momento en que el receptor efectúa el embargo, y si lo está con mayor probabilidad esta tercería será acogida.¹⁰⁹

La presencia del tercerista en la diligencia no reemplaza los medios de prueba sobre la posesión de los bienes determinados, pero sin duda es muy importante, motivo por el cual los tribunales lo mencionan en su sentencia, permitiendo así este hecho, que se configure una especie de presunción grave de posesión. Suelen señalar los tribunales, que conforme a los medios de prueba y al hecho de encontrarse el tercerista presente al momento de la traba de embargo, debe tenerse por probada su posesión sobre los bienes embargados.¹¹⁰

Creemos que solo puede ser apreciado como una presunción grave de la posesión invocada por el tercerista, y que por tanto el juez debe ser cauteloso cuando en su fallo menciona este hecho, no pudiendo basar toda su argumentación en que el tercerista estaba presente al ocurrir esta diligencia, ya que este solo hecho no permite desvirtuar la presunción del artículo 700 del código civil.

que se trata la ocupa como arrendataria la tercerista, quien no se encuentra acreditado tenga alguna relación con el ejecutado en autos”. Véase la sentencia causa Rol N° 2-2014 de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 16 de junio de 2014, en que se declara “Que si bien del mérito de la prueba documental referida en los motivos noveno y décimo, no objetadas, se puede tener por acreditado que el tercerista tenía la calidad de arrendatario respecto del inmueble en el cual se trabó el embargo, dicho título no resulta suficiente para establecer en forma fehaciente que aquél tenía a la época del embargo, la posesión exclusiva y excluyente de los bienes objeto de la tercería interpuesta, más aun si se considera el lazo de parentesco que vincula al tercerista con el representante legal de la demandada JR S.A., que se desprende de los certificados de nacimiento individualizado en el motivo décimo.

¹⁰⁹Véase la sentencia Rol 8688-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 20 de diciembre de 2013, en que se señala “Que lo anterior, unido a la documental acompañada por la demandante incidental, consiste en inscripción de dominio vigente de dicho inmueble y cuentas de servicios básicos asociados a ese domicilio, permiten a esta Corte tener –por una parte- acreditado el dominio de la tercerista sobre inmueble en el que guardan los bienes embargados, -y por otra- la posesión exclusiva y excluyente de los bienes que existentes en el. Circunstancia refrendada además, con la actuación de la ministro de fe a fojas 61, desde que la tercerista incidental presenció el embargo trabado.”

¹¹⁰ Véase la causa Rol C-13091-2010, del tercer juzgado civil de Santiago, con fecha 19 de diciembre de 2011, que declara que “El tribunal acoge la tercería de posesión por considerar que se encuentra suficientemente acreditado que la tercerista tiene la posesión exclusiva y excluyente de los bienes embargados, conforme a la prueba rendida en el juicio (documental y testimonial), y en base al hecho de que la tercerista se encontraba presente al momento de la traba de embargo”.

También es importante este criterio, porque permite dejar ver a quienes podrían ser terceristas de mala fe. Esto ocurre en aquellos casos en que terceristas alegan ser poseedores exclusivos de los bienes embargados y además suelen señalar que el ejecutado no reside en la vivienda, pero luego se revela en juicio, que el ejecutado estuvo presente al momento de la traba del embargo, y que por tanto convive con el tercerista.¹¹¹

¹¹¹ Véase la sentencia causa Rol N° 448-2008 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 24 de junio de 2010, donde se señala “Que por otra parte en el expediente administrativo de Cobranza Judicial, Rol NDEG501-2004 consta que se embargaron bienes al deudor Andrés Crisosto Cadiz el día 23 de agosto de 2004, de conformidad al artículo 171 del Código Tributario (fs.8), el cual presenció la diligencia y posteriormente firmo dicha acta”.

Conclusión

El punto de partida de este trabajo, radica en la necesidad que constatamos de hacer una sistematización de la jurisprudencia referida a la tercería de posesión. Debido a que es una institución reciente en nuestra legislación, y a que su desarrollo se ha dado precisamente a nivel jurisprudencial, es que consideramos necesario estudiar las decisiones que nuestros tribunales han proferido en esta materia.

En el marco del objetivo general propuesto, decidimos analizar en específico dos cuestiones referentes a las tercerías de posesión:

- Los criterios jurisprudenciales que los tribunales tienen en cuenta para valorar los instrumentos privados emanados de terceros, y dentro de ellos las boletas o facturas y el contrato de arrendamiento.
- Los criterios jurisprudenciales que determinan el concepto de posesión de que se valen los tribunales, para acoger o rechazar una tercería.

Así, teniendo en cuenta estos objetivos, comenzamos una investigación y selección de fallos que nos permitan arribar a los fines propuestos. Entre las sentencias analizadas, trabajamos con sentencias de la Corte Suprema, de las distintas Cortes de Apelaciones y utilizamos algunas de primera instancia, pero previendo que estén firmes y ejecutoriadas.

En cuanto al primer tema analizado, a la determinación de los criterios que los tribunales tienen en cuenta para valorar los instrumentos privados, hemos constatado que en esta labor que realizan los juzgadores existen una serie de irregularidades, en especial en la valoración de las boletas y facturas, entre estas podemos mencionar las siguientes conclusiones:

En primer lugar, queremos analizar la afirmación de que las boletas y facturas son consideradas instrumentos privados emanados de terceros. La discrepancia dice relación con un requisito que la doctrina y parte de la jurisprudencia consideran que debe tener todo instrumento privado, esto es que esté firmado por la parte que lo otorga. Como podremos darnos cuenta, es difícil que las boletas acompañadas al juicio, cumplan con este requisito, por lo que habría que dudar si se pueden considerar las boletas como instrumentos privados. Ahora, la jurisprudencia no discute su naturaleza jurídica, nadie ha puesto en duda su carácter de instrumento privado, y a nuestro parecer, se debe a que en nuestra legislación la clásica distinción del Código Civil entre instrumentos públicos y privados, no permite considerarlas de otra manera.

Ahora, en nuestro país la doctrina ha discutido si el concepto de instrumento público se condice con el de documento público, señalando así un grupo de autores que el instrumento público regulado en el artículo 1700 del Código Civil sería solo un tipo de documento. Dentro de esta discusión, podemos mencionar la doctrina del profesor Meneses, quien señala que se pueden incluir dentro del concepto de documento público otros medios probatorios distintos al de instrumento público, y esto en virtud de la acepción de “fe pública” la cual debe concurrir en la creación de estos documentos. Esta fe pública, puede entenderse de distintas maneras y no solo en el hecho de que el documento emane de una autoridad investida de este poder, así puede entenderse como un sentimiento emanado de la

sociedad fruto de las necesidades que la vida impone a sus integrantes, de tal suerte que la eficacia no deriva propiamente de la ley ni de los ministros de fe, sino finalmente de la convicción social. Si bien no es el tema central de esta tesis, nos parece que la clasificación entre instrumentos públicos y privados merece ser reformulada, permitiendo la inclusión de otros documentos, que si bien no calzan en el concepto del artículo 1700 del Código Civil, hoy en día logran formar una convicción mayor que los demás documentos privados. Consideramos que este puede ser el caso de las boletas y facturas, las cuales tienen una importancia transversal para distintas ramas del derecho, nacieron de la necesidad del derecho comercial de poder dejar constancia de sus operaciones de compraventa, luego fue tomada y regulada por el derecho tributario, y finalmente sirve para probar en el derecho civil las obligaciones de dar objetos por un monto superior a 2 UTM., pues de no escriturarse estas transacciones no se permite la inclusión de prueba testimonial.

Por otro lado, siguiendo la misma idea, si bien se consideran instrumento privado emanado de tercero (del vendedor), la forma en que se acompañan al juicio estas boletas y facturas, difiere de la forma ordenada por la ley. Esta afirmación, la basamos en que en el juicio de tercería, el incidentista al acompañar las boletas, no cita como testigo al tercero del cual emanan estos documentos, requisito necesario para poder otorgarle valor probatorio a este instrumento. Desde este punto de vista, consideramos que los jueces civiles, al acoger estas tercerías parecen hacer caso omiso al sistema de la prueba legal o tasada, otorgándole una valoración errónea a esos medios de prueba, distinta a lo establecido en la ley, y teniendo por reconocido ciertos hechos en virtud de la prueba rendida, que de seguir estrictamente las normas en esta materia, llegaríamos a una conclusión diferente. El problema se agrava cuando se tienen por reconocidos ciertos hechos que son decisivos para el fallo, cuando en virtud de la única prueba rendida que fueron instrumentos privados se tiene por reconocido cierto hecho que permite acoger la pretensión del actor, esto es un poco más difícil que ocurra porque de la revisión jurisprudencial conseguimos darnos cuenta que el demandante generalmente hace uso en juicio de la prueba testimonial, por tanto el juez no fundamenta su sentencia solo en la prueba documental rendida sino que también, en el testimonio que ciertos testigos dan de los hechos.

Si bien, este es el razonamiento correcto en cuanto a la naturaleza de instrumento privado emanado de terceros que ostentan las boletas y facturas, creemos que si se hiciera la valoración correcta de estos medios de prueba, tal cual se señala en las normas sobre ponderación probatoria del Código de Procedimiento Civil, esto tendría como consecuencia la indefensión de los terceristas, ya que dificultaría la actividad probatoria de los actores de tercería. Es clara la importancia práctica que tiene la aceptación de uno u otro criterio, ya que de acogerse el razonamiento en cuestión, los terceristas se ven privados del uso de estos comunes medios de prueba, y tendrían que probar mediante testigos o con algún tipo de escritura pública sus compraventas. Creemos que los tribunales terminan dando valor probatorio a las boletas y facturas en juicio, sin que medie su reconocimiento por parte del tercero del cual emanan, por la dificultad y lo engorroso que significaría esta gestión; no sería posible que el gerente de una multitienda, o algún miembro de su personal concurra cada juicio en calidad de testigos, a reconocer cada una de las boletas que emiten en sus sucursales.

Consideramos también, que el hecho de que no se cite en el juicio al tercero como testigo, afecta la contradictoriedad de la prueba, esto ya que los demandados no tendrán posibilidad de contrainterrogar o de tachar al testigo, para poder apreciar de mejor manera los documentos, y aunque de igual modo puede impugnar la prueba acompañada, no tendrá toda la información necesaria, que sí podría obtener si pudiera formular preguntas al deponente.

En cuanto a los criterios que mencionamos en esta tesis, hay algunos que son de toda lógica, a saber que las boletas y facturas deban estar legibles, individualizar el bien, que este bien se corresponda con el embargado, y que la boleta o factura indique como nombre al tercerista. Claramente si el instrumento no contara con estas características, el tribunal no podría llegar a la convicción de que el incidentista es realmente poseedor de estos bienes.

Ahora bien, quiero destacar otro criterio señalado, que es el que las boletas y facturas hacen fe de las operaciones de compraventa y que por tanto permiten acreditar el dominio del tercerista sobre el bien. Esto lo justificamos por dos motivos, uno por el hecho de que la compraventa de cosa ajena en nuestra legislación es válida, y por tanto el tercerista podría haber adquirido el bien de quien no era dueño de la cosa, por tanto que no se haya transferido el dominio sino que solo la posesión. Aunque nos parece que este primer argumento justifica que en una tercería de posesión se hable de dominio (considerando que existe una institución que ampara precisamente ese derecho dentro del juicio ejecutivo, a saber la tercería de dominio) el motivo real por el cual se permite este razonamiento en los fallos de los tribunales, coincide con el motivo de la creación de esta figura. Los tribunales estimaron que no era menester que los terceristas deban acreditar el dominio sobre los bienes, lo cual podría ser muy engorroso, en especial porque el mismo código civil establece una presunción de dominio que favorece al poseedor, por tanto se hacía innecesario tener que probar la propiedad sobre estas cosas. De los demás criterios esbozados, no creemos necesario hacer una mención aquí.

En la segunda parte del capítulo II, analizamos el contrato de arrendamiento como medio de prueba susceptible de acompañar en la tercería de posesión. En relación a este tema, llegamos a la conclusión (que luego reforzamos con lo expuesto en el capítulo III), que los tribunales parecen priorizar la mera tenencia por sobre la posesión. Por ejemplo, está claro que si el tercerista alega ser arrendador del ejecutado y demanda que se levante el embargo sobre sus bienes ya que se embargaron bienes de su posesión, que había cedido en mera tenencia al ejecutado, el medio de prueba más fácil de incorporar será el contrato de arrendamiento. Ahora, la dificultad está en que el contrato de arrendamiento tendría que especificar dentro de los bienes objeto de la convención a las cosas que luego fueron embargadas, lo cual no siempre ocurrirá. La jurisprudencia suele señalar que del contrato de arrendamiento no se desprenden los elementos de la posesión, pero parecen olvidar que la posesión no se conserva solo con la tenencia de la cosa, sino que se puede seguir poseyendo incluso entregando la tenencia de la cosa a otra persona, como en el caso del contrato de arrendamiento. Nuevamente consideramos que en esta situación los arrendadores podrían quedar en indefensión, ya que podría existir algún arrendatario de mala fe que se aproveche de estas circunstancias.

En cuanto al segundo objetivo específico de esta tesis, referente al estudio del concepto de posesión que detentan nuestros tribunales y por el cual acogen o rechazan una tercería de

posesión, el análisis de esto importa ya que la jurisprudencia en esta materia es vacilante, fallando los tribunales de manera distinta en casos similares, lo que nos parece problemático ya que atenta contra la igualdad jurídica, derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución. Si bien el artículo 3 del Código Civil, consagra el efecto relativo de las sentencias, esta situación donde se hace diferenciación sin más motivos que el parecer del juez, nos parece grave, y por tanto reclama una revisión legislativa, considerando que el más del 95% de las causas en tribunales son de juicios ejecutivos y que muchas de ellas por tanto pueden terminar en la interposición de una tercería de posesión.

En un análisis de los criterios esbozados en el capítulo III de esta tesis, hemos concluido que la jurisprudencia si bien en sus fallos siempre alude a la posesión como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño”, concepto de posesión de Código Civil, y que incluso hace referencia a los dos elementos de la posesión, a saber el corpus y el animus, en el momento de decidir si acoge o rechaza la tercería de posesión, tiene en cuenta de manera preponderante el primero de los elementos, relegando el animus a un plano de menor importancia.

Además, en los casos de convivencia, que fueron los principalmente analizados en este capítulo, constatamos que los tribunales esgrimen un concepto para rechazar las tercerías que es la “copesesión”, en virtud de la cual tercerista y ejecutado detentan la posesión del bien embargado, por tanto al no existir una posesión exclusiva y excluyente no puede ser acogida. Ahora, esta coposesión, se constituiría por el solo hecho de haber una convivencia entre tercerista y ejecutado y por tanto en que ambos tienen posibilidad de hacer uso de este bien, sin que nuevamente se exijan actos que acrediten el comportamiento de señor y dueño. ¿Parece justa esta situación? Nosotros creemos que no, los tribunales son quienes finalmente hacen operativa la ley, y de nada sirve que en las normas sustantivas se establezca una regulación, si luego su aplicación será diferente.

Ante el panorama recién expuesto, creemos que la Corte Suprema debe uniformar su parecer, ya que en los propios fallos del Máximo Órgano del Poder Judicial encontramos criterios dispares. Una de las labores de la Corte Suprema es uniformar la jurisprudencia, por tanto de las formas en que se puede terminar con esta situación de incerteza jurídica es siguiendo los lineamientos del máximo tribunal. Pero esto tiene varios problemas, el primero, que ya fue mencionado en este trabajo, es el artículo 3 del Código Civil, el que establece el efecto relativo de las sentencias, en virtud del cual los demás fallos no vinculan a los jueces, sin embargo si la Corte Suprema estableciera ciertos lineamientos, de seguro los demás tribunales los respetarían. El segundo problema dice relación con el excesivo formalismo del Recurso de Casación, por lo cual no en todos los casos procederá y finalmente, la última dificultad la encontramos en los costos de llegar a esta instancia, tanto los costes monetarios como los basados en el tiempo invertido que supone tramitar en primera, segunda instancia y ante la Corte Suprema.

Como conclusión final, consideramos que si bien se logró el objetivo propuesto, ya que se estudiaron y sistematizaron los criterios jurisprudenciales que resuelven las tercerías de posesión, queda mucho por delante en esta materia, y mientras no se uniforme la jurisprudencia, aún hay que seguir intentando determinar con precisión, las razones que motivan a nuestros tribunales a fallar de una u otra manera.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

I. Fuentes Bibliográficas:

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Derecho Civil de los bienes, versiones taquigráficas tomadas en la clase del señor Arturo Alessandri Rodríguez por Onias León Gaete* (Santiago, Ed. Zamorano y Caperan, 1937)

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2011): *Informe Final "Estudio de Análisis de Trayectoria de las Causas Civiles en los Tribunales Civiles de Santiago"* (Santiago).

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, VI: De las Obligaciones* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992)

CORREA SELAMÉ, Jorge, *Juicio ejecutivo doctrina- jurisprudencia* (Santiago, Ed. LexisNexis, 2003)

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS PUNTOLEX, *Jurisprudencia de las Tercerías en el Juicio ejecutivo* (Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2010)

DÍAZ URIBE, Hugo, *Prueba Documental* (Santiago, Ed. Licrotecnica, 2009)

DUNLOP RUDOLFFI, Sergio, *Nuevas orientaciones de la prueba* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1981)

NAVARRETE VILLEGAS, Luis Gonzalo, *Embargo, Tercerías y Realización de bienes²* (1994, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).

NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y Derechos en el Documento Público* (Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1950)

OTERO LATHROP, Miguel, *Derecho procesal Civil: Modificaciones a la legislación 1988-2000* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000)

POMES ACORACE, Juan, *Reflexiones sobre la Prueba Documental*, en VERDUGO MARINKOVIC, Mario (editor), *Doctrinas esenciales Gaceta Jurídica Derecho Procesal, Tomo II: 1976-2010* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011), p. 1162.

QUEZADA MELENDEZ, José, *Proceso Ejecutivo* (Santiago, Ed. Librotecnica, 2009)

RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio, *La prueba ante la Jurisprudencia Derecho Civil y Procesal Civil⁴* (1992, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002), I, pág. 432-433.

RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio, *Tratado De Las Tercerías* (Santiago, Ediciones Vitacura Limitada, 1987), III.

II. Tesis:

ÁLVAREZ DUGUEL, Claudia, *Deberes Tributarios Documentales* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2000)

MENESES PACHECO, Claudio, *El documento Público como medio de prueba en el Proceso Civil Chileno* (Santiago, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho dirigida por el Profesor Dr. Alejandro Romero Seguel, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2014)

III. Jurisprudencia:

Sentencia Rol 4226-05 de la Corte Suprema de fecha 25 de junio de 2007.

Sentencia causa Rol N° 2882-2005 de la Corte Suprema, de 11 de Octubre de 2006.

Sentencia Causa Rol N° 4110-2006 de la Corte Suprema, de 21 de septiembre de 2006

Sentencia causa Rol N° 549-2008 de la Corte Suprema

Sentencia causa Rol N° 7030-2008, de la Corte Suprema, de 23 de diciembre de 2009.

Sentencia causa Rol N° 4002-2008 de la Corte Suprema de fecha 5 de enero de 2010.

Sentencia causa Rol N° 4830-2008 de la Corte Suprema, de 30 de septiembre de 2009

Sentencia causa Rol 1322-2010 de la Corte Suprema de 12 de abril de 2010.

Sentencia Causa Rol N° 5-2011 de la Corte Suprema, de 28 de noviembre de 2011

Sentencia causa Rol N° C- 4247-2011 de la Corte Suprema, de 15 de junio del 2011.

Sentencia causa Rol N° 4381-2011, de la Corte Suprema, de fecha 22 de junio de 2011.

Sentencia causa Rol N° 8.751-2011 de la Corte Suprema, dictada el veinte de octubre de 2011

Sentencia causa Rol N° 7729-2012 de la Corte Suprema de fecha 9 de julio de 2013.

Sentencia causa Rol N° 13989-13, de la Corte Suprema, de fecha 15 de enero de 2014.

Sentencia causa Rol 12058-13 de la Corte Suprema, de fecha 30 de enero de 2014.

Sentencia causa Rol N°12910-2013 de la Corte Suprema, de 9 de abril de 2014.

Sentencia causa Rol N° 557-2014 de la Corte Suprema, de 26 de agosto de 2014.

Sentencia causa Rol N° 32827-2014 de la Corte Suprema, del 8 de abril de 2015.

Sentencia causa Rol N° 1502-2015 de la Corte Suprema, del 13 de abril de 2015

Sentencia causa Rol N° 8241-2002, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 15 de noviembre de 2006.

Sentencia causa Rol N° 6863-2003 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 1 de agosto de 2007

Sentencia causa Rol N° 7318-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 14 de agosto de 2009

Sentencia causa Rol N° 5747- 2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de junio de 2008

Sentencia causa Rol N° 1916-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 1 de abril de 2007

Sentencia causa Rol N° 6659-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 14 de junio de 2011.

Sentencia causa Rol N° 1626-2011 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 23 de enero de 2012.

Sentencia causa Rol N° 4348-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 6 de septiembre de 2013

Sentencia causa Rol N° 42-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de abril de 2013.

Sentencia causa Rol N° 55-2013, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de octubre de 2013.

Sentencia causa Rol 8688-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 20 de diciembre de 2013.

Sentencia causa Rol N° 8860-2013, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de abril de 2014.

Sentencia causa Rol N° 1212-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 3 de junio de 2014.

Sentencia causa Rol N° 437-2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de febrero de 2015

Sentencia causa Rol N° 3366-2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 14 de diciembre de 2001.

Sentencia 2155-2003 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 31 de diciembre de 2004

Sentencia causa Rol 2080-2004 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 18 de abril de 2005

Sentencia Rol N° 1428-2005 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 17 de octubre de 2007.

Sentencia causa Rol N° 2058-2005 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 29 de marzo de 2006

Sentencia causa Rol N° 108-2012 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 19 de octubre de 2012

Sentencia causa Rol N° 349-2001 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 12 de abril de 2002

Sentencia causa Rol N° 820-2011, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 29 de septiembre de 2011.

Sentencia causa Rol 2-2014, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 16 de junio de 2014.

Sentencia causa Rol N° 20-2014 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 12 de mayo de 2014

Sentencia Causa Rol N° 37-2014 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 27 de agosto de 2014

Sentencia Causa n° 394-2014, de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 30 de Junio de 2014.

Sentencia causal Rol N° 483-2014, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 22 de agosto de 2014.

Sentencia causa Rol N° 348-2005 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 29 de agosto de 2005

Sentencia causa Rol N° 619-2006 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 29 de septiembre de 2009

Sentencia causa Rol N° 448-2008 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 24 de junio de 2010.

Sentencia causa Rol N° 207-2008 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de fecha 27 de agosto de 2008.

Sentencia causa Rol N° 308-2008, de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 27 de noviembre de 2008.

Sentencia Rol 158-2005, del 17 de octubre de 2005 de la Corte de Apelaciones de Concepción.

Sentencia Rol n°1.644-2003 de la Corte de Apelaciones de Concepción, del 12 de enero de 2004.

Sentencia Rol 4492-2003 de Corte de Apelaciones de Concepción, del 17 de julio de 2006.

Sentencia causa Rol N°1995-2005, de la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 21 de julio de 2005.

Sentencia causa Rol N° 3158-2005 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 17 de octubre de 2005

Sentencia causa Rol N° 1073-2008 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 22 de agosto de 2008

Sentencia causa Rol N° 452-2009 de la Corte de Apelaciones de Concepción de 2 de octubre de 2009,

Sentencia causa Rol N° 664-2009 de la Corte de Apelaciones de Concepción de 30 de septiembre de 2009

Sentencia causa Rol N° 1055-2009 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 21 de enero de 2010.

Sentencia causa Rol N° 1249-2012 de la Corte de Apelaciones de Concepción.

Sentencia causa Rol N° 1116-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 27 de noviembre de 2014

Sentencia 837-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción, del 14 de octubre de 2014.

Sentencia causa Rol N° 1564-2014, de la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 1 de diciembre de 2014

Sentencia causa Rol N° 1366-2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 11 de noviembre de 2014

Sentencia causa Rol N° 1588-2014, de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 26 de enero de 2015

Sentencia causa Rol N° 18158-2001 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 21 de enero de 2002

Sentencia causa N° 396 de 2007, de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 13 de julio de 2007.

Sentencia causa Rol N° 11-2014 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 13 de agosto de 2014.

Sentencia causa Rol N° 1371-2009, de la Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 6 de noviembre de 2009.

Sentencia causa Rol N° 1225-2014 de la Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 23 de enero de 2015

Sentencia Rol N° 143-2008 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 20 de noviembre de 2008.

Sentencia causa Rol N° 127- 2013 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 3 de diciembre de 2013.

Sentencia causa Rol N° 86-2014 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de 3 de septiembre de 2014.

Sentencia causa Rol N° 333-2005 de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 30 de marzo de 2006

Sentencia causa Rol N° 1-2015, de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 25 de febrero de 2015.

Sentencias causa Rol N° 318-2014 de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de fecha 3 de febrero de 2015

Sentencia Rol N° 390-2010 hecho- civil de la Corte de Apelaciones de Arica, del 13 de enero de 2011

Sentencia Rol 475-2011 de la Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 2 de enero de 2012.

Sentencia Causa Rol N° 245- 2008 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 29 de julio de 2008

Sentencia Causa Rol N° 589-2009 de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 24 de septiembre de 2009

Sentencia causa N° 683-2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 9 de octubre de 2014.

Sentencia causa Rol N° 756-2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 22 de agosto de 2014

Sentencia Causa Rol N°10914-2000, de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 7 de septiembre de 2000

Sentencia Causa Rol N° 921-2007 de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 17 de marzo de 2008.

Sentencia Rol N° 354-2004 del segundo juzgado civil de Concepción, de fecha 25 de junio de 2007.

Sentencia Rol C-21539-2010 del Segundo Juzgado de Letras de Osorno, de fecha 12 de enero de 2011.

Sentencia C-2312-2009, del segundo juzgado Civil de Rancagua, de fecha 23 de marzo de 2009.

Sentencia Rol N° C 166-2013 del Juzgado de Letras de Tocopilla, de fecha 4 de noviembre de 2013.

Sentencia causa Rol C-13091-2010, del tercer juzgado civil de Santiago, con fecha 19 de diciembre de 2011.

Sentencia causal Rol N° C-1935-2011, del Juzgado de letras de Puerto Varas, de fecha 11 de enero de 2013.

Sentencia Causal Rol N° C-1171-2008 de 1° Juzgado de Letras de Copiapo, de fecha 5 de enero de 2011.

Sentencia Rol C-2299-2011, del décimo sexto Juzgado civil de Santiago, de fecha 13 de octubre de 2011

Sentencia causa Rol N° 1696-2008 del 3° Juzgado Civil de Viña del Mar, del 3 de enero de 2011.

Sentencia causa Rol N° 39.487-2009, del Primer juzgado de Buin, de fecha 13 de octubre de 2011

Sentencia causa Rol N° 366-2011, del segundo juzgado de Letras de Quillota, de fecha 15 de abril de 2013.

IV. Jurisprudencia consultada en revistas o libros.

Sentencia de la Corte Suprema del 23 de julio de 1981 sobre tercería de posesión (recurso de queja) /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXVIII (1981), n° 2, 2ª parte, sección 1ª, p. 81.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 29 de octubre de 1980, Sentencia Corte Suprema, Queja, 20 de julio de 1962 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 29 de octubre de 1980, sentencia de la Corte Suprema, de 29 de agosto de 1939, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 16 de diciembre de 1966 todas en RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio, *La prueba ante la Jurisprudencia Derecho Civil y Procesal Civil*⁴ (1992, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002), I.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25/7/1997, Gaceta Jurídica N° 205, P. 101

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 5 de diciembre de 1980, en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXVII, n°3 septiembre a diciembre, año 1980, p. 154.

Sentencia Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de Julio de 1997, Gaceta Jurídica, año 1997, Julio, N° 205, págs. 101 y ss.

CORREA SELAMÉ, Jorge, *Juicio ejecutivo doctrina- jurisprudencia* (Santiago, Ed. LexisNexis, 2003), pág. 151; la sentencia dictada en la apelación N° 3.259-97.

V. Normas

Código Civil de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 23ª edición, Santiago, 2015, artículos: 1698, 1699, 1700, 1702, 1703, 1942.

Código de Procedimiento Civil de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 21ª edición, Santiago, 2015, artículos: 345,346, 348, 518, 519, 521, 522, 795 N° 4, 800.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

I. Manuales:

CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*⁵ (1997, reimp. Santiago, editorial Jurídica de Chile, 2002) IV.

ESPINOSA FUENTES, Raúl, *Manual de procedimiento civil: el juicio ejecutivo*¹¹ (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).

Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los Bienes, la Propiedad y otros Derechos Reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

II. Tesis:

Hernández Medina, Ricardo Adolfo, *Jurisprudencia en torno al artículo 97 n°10 del Código Tributario* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1983)

III. Jurisprudencia:

Causa Rol N° 10017-10 de la Corte Suprema de fecha 11 de noviembre de 2011.

Causa Rol N° 12255-2013 de la Corte Suprema, de 26 de febrero de 2014

Causa Rol N° 4830-08 de la Corte Suprema de fecha 30 de septiembre de 2009.

Causa Rol N° 5402-2012 de la Corte Suprema, de 9 de agosto de 2012.

Causa Rol N° 4348-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de septiembre de 2013.

Causa Rol N° 1212-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago de 3 de junio de 2014.

Causa Rol N° 460-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de junio de 2014.

Causa Rol N° 3259-1997 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de julio de 1997.

Causa Rol N° 740-15 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 20 de abril de 2015.

Causa Rol N° 318-2009 de la Corte de Apelaciones de Concepción de 13 de julio de 2010.

Causa Rol N° 268-2010 de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 21 de marzo de 2011.

Causa Rol N° 6340-2008 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de junio de 2011.

Causa Rol N° 407-2011 de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 16 de junio de 2011.

Causa Rol N° 609-2014 de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 22 de agosto de 2014.

Causa Rol N°481-2008 de la Corte de Apelaciones de Valdivia de fecha 21 de agosto de 2008.

Causa Rol N° 153-2008 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 13 de junio de 2008.

Causa Rol N° 2314-2007 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 4 de abril de 2008.

Causa Rol N° 364- 2008 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 10 de octubre de 2008.

Causa Rol N° 11-2008 de la Corte de Apelaciones de Arica, de 12 de marzo de 2008.

Causa Rol N° 3218-2006 de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 11 de diciembre de 2006.

Causa Rol N° 1201-2006 de la Corte Suprema de fecha 20 de diciembre de 2007.

Causa Rol N° 653-2007 de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 27 de septiembre de 2007.

Causa Rol N° 478-2008 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 24 de octubre de 2008.

Causa Rol N° 183-1999 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 7 de marzo de 2002.

Causa Rol N° 1296-2000 de la Corte Suprema, de fecha 16 de abril de 2001.

Causa Rol N° 16905-2013 de la Corte Suprema, de 26 de junio de 2014.

Causa Rol N° 609-2014 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 22 de agosto de 2014.

Causa Rol N° 37-2014 de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 27 de agosto de 2014.

Causa Rol N° 8738-2010 de la Corte Suprema, de 18 de abril de 2012.

Causa Rol N° 1225-2012 de la Corte Suprema, de 4 de junio de 2012.

Causa Rol N° 37-2013 de Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 4 de abril de 2013.