

Santiago, catorce de diciembre de dos mil veintiuno.

Vistos:

En autos Rol C-173-2017, caratulados “Ayelef con Mellado”, seguidos ante el Juzgado de Letras y Garantía de Pucón, por sentencia de ocho de febrero de dos mil diecinueve, se rechazó la demanda de inexistencia y la subsidiaria de reivindicación, interpuesta por don Francisco Ayelef Curiano, doña Ana Luisa Ayelef Lincoqueo, doña María Felicinda Ñanco Ayelef y doña Mercedes Victoria Ayelef Meliman en contra de don Carlos Bernabé Mellado Muñoz, don José Abelardo Mellado Muñoz y la sociedad Malalco Limitada, acciones deducida conforme a lo dispuesto en la Ley N° 19.253; dando lugar a la demanda reconvencional de prescripción adquisitiva, declarando que el actor reconvencional, don José Abelardo Mellado Muñoz, adquirió los bienes individualizados dejados al fallecimiento de don Cesáreo Ayelef, por el modo de adquirir prescripción adquisitiva.

Se alzaron los actores principales y demandados reconvencionales y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de veinticinco de junio de dos mil veinte, la confirmó.

En contra de esta última decisión, los demandantes principales dedujeron recurso de casación en el fondo, que pasa a analizarse.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la parte recurrente sostiene que la sentencia impugnada infringió los artículos 5 de la Ley N° 17.729; 1, 12 y 13 de la Ley N° 19.253 y 14-1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Refiere, al respecto, que se interpuso demanda solicitando la declaración de inexistencia del acto jurídico celebrado con fecha 5 de octubre de 1983, ante el Notario de Villarrica don Jorge Tampe Maldonado, Repertorio 502. Esta escritura por la cual doña Francisca Lincoqueo Ñancucheo, analfabeta y segunda cónyuge de don Cesáreo Ayelef Raín, cede su porción conyugal a don José Abelardo Mellado Muñoz, agregando que la cedente no tuvo descendientes con don Cesáreo Ayelef Raín. Sin embargo, éste con su primera cónyuge tuvo hijos: Lucía, Andrés y Francisco Ayelef Curinao. Por lo que al fallecer su madre, éstos adquirieron la posesión legal de la herencia en la parte que a ésta le correspondía, al ser el predio un bien propio de don Cesáreo Ayelef. Y, al fallecer su padre heredaron a



éste, conjuntamente con doña Francisca Lincoqueo Ñancucheo, quien tenía derecho sólo a la porción conyugal.

Agrega que en esas circunstancias y tomando en consideración que en el modo de adquirir el dominio tradición, solo se transfiere al adquirente aquellos derechos que tenía el tradente, la cesión resulta inexistente, pues el cedente no tenía facultad alguna para transferir el dominio ni el cesionario capacidad para adquirirlo, atendido lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N° 17.729, vigente al momento de celebrarse el contrato, que prohibía a los ocupantes enajenar, gravar o dar en arrendamiento o aparcerías los goces que posean en la reserva, ni los derechos que les correspondan en la comunidad, disposición que se encuentra en armonía con el actual artículo 13 de la Ley N° 19.253, vigente desde el año 1993, que establece que las tierras de calidad indígena, por exigirlo el interés nacional, gozan de la protección de la ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia, refiriendo, el artículo 12 del mismo cuerpo legal, qué inmuebles deben ser considerados indígenas, estableciendo cuatro categorías, entre ellas los títulos de merced y aquellas regularizadas de conformidad al Decreto Ley N° 2.695 de 1979, como ocurre en el caso de autos.

Por otra parte, refiere que siendo el Convenio 169 de la OIT, una norma a la cual el Estado de Chile adscribió, constituye una disposición de carácter constitucional que debe ser reconocida y no puede ser omitida y menos vulnerada por el sentenciador, por lo que, conforme lo dispone su artículo 14, deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

A su vez, refiere que el precepto sobre propiedad indígena, reviste el carácter de norma especial, por lo tanto prima sobre la norma ordinaria y atendido que establece restricciones específicas debe primar sobre el resto y procede hacerse aplicable su normativa por sobre toda otra norma de derecho común.

Expone que el artículo 13 de la Ley 19.253 establece una serie de restricciones a la libre disposición sobre estas tierras, invocando para ello el interés nacional, agregando que en la jurisprudencia de esta Corte Suprema, se refleja el interés del Estado por proteger lo que se denomina como patrimonio indígena, entendiendo, como lo han hecho la doctrina y jurisprudencia internacional, *“que el derecho a la tierra de los pueblos indígenas del continente es un prerequisite indispensable para el goce de los otros derechos*



fundamentales". En cuanto el territorio ancestral de dichos pueblos correspondería a un legado cultural de importancia fundamental en su cosmovisión, religiosidad e identidad cultural particular, idea que es reconocida expresamente por nuestro legislador en el artículo primero de la Ley 19.253 en referencia, al reconocer en la tierra "*el fundamento principal de su existencia y cultura*", estableciendo un principio general consistente en que las tierras indígenas sólo pueden ser objeto de negocios jurídicos entre personas y comunidades de la misma etnia indígena. En el caso sub-lite, a través del mecanismo de la cesión de derechos hereditarios, se utilizó éste para soslayar con éxito la prohibición del artículo 13 de la Ley 19.253, y más aún para despojar a los verdaderos herederos de la etnia mapuche, de todos sus derechos hereditarios.

Por otro lado, agrega que en el caso de autos, existe una grave infracción en el modo de apreciar la prueba, ya que el peritaje incorporado dio cuenta de que el predio que habitan los demandantes corresponde exactamente al Lote 34 adjudicado a don Cesáreo Ayelef de la Merced de tierras de don Julián Collinao y la prueba documental da cuenta de la superposición de títulos que se inicia precisamente a partir de la cesión de derechos hereditarios a don José Mellado -porción conyugal de la segunda cónyuge de don Cesáreo Ayelef- que éste utiliza para hacerse pasar por único heredero de ambos, por lo que la judicatura hizo caso omiso de las normas hereditarias, sin ponderar la prueba documental y pericial que daba cuenta que el predio objeto del conflicto: Lote 34 adjudicado a don Cesáreo Ayelef de la Merced de tierras de don Julián Collinao coincide con el predio poseído y ocupado inmemorialmente por los demandantes, en forma pacífica y sin interrupción, transcribiendo los aspectos más relevantes de dicho informe.

Finalmente, agregó que la jurisprudencia ha señalado, en reiteradas oportunidades, que a pesar de que la ley no entrega un concepto de lo que debe entenderse por sana crítica, el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, aporta algunos parámetros que deben tenerse en cuenta a la hora de efectuar el análisis y la correspondiente ponderación de los diversos medios probatorios legalmente incorporados al juicio, en consecuencia estima que la sana crítica "*es un método razonado y reflexivo de analizar el material probatorio acompañado al juicio, análisis que debe enmarcarse dentro de los límites de la lógica formal, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*"



En definitiva, concluye que con todos los antecedentes documentales de la parte demandante más el peritaje, no pudo llegarse a otra conclusión que el predio supuestamente heredado en su totalidad -como lo asevera la sentencia del juez a quo- correspondía al Lote 34 adjudicado por Merced de Tierra a don Cesáreo Ayelef. Como, asimismo, que los lotes regularizados por los legítimos herederos de don Cesáreo Ayelef, que ocupan sin interrupción y en forma pacífica desde la adjudicación de la Merced se encuentran dentro del Lote 34, y, por ende, son tierras indígenas que les pertenecen a sus actuales dueños. Tampoco la judicatura se hace cargo que el derecho real de herencia se transmite y no se transfiere por lo que la cesión, si estima que operó, sólo se ha de limitar a la porción conyugal de doña Francisca Lincoqueo Ñancucho. Asimismo, existió una omisión respecto de la existencia de regularizaciones de retazos, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 2.695, por parte de los legítimos herederos de don Cesáreo Ayelef.

Por lo anterior, solicita invalidar el fallo impugnado, dictando uno de reemplazo que revoque la sentencia de primera instancia, acogiendo la demanda principal de inexistencia, o bien, para el caso de estimar que el contrato de fecha 5 de Octubre de 1983 es válido, se anulen las inscripciones que deriven de ella -que comprenden todo el predio adjudicado a don Cesáreo Ayelef- y se indique que sólo la partición de la herencia entre los herederos de don Cesáreo Ayelef y la porción conyugal cedida a don José Abelardo Mellado Muñoz pondrá fin a la comunidad que recae sobre la universalidad jurídica; reconociendo que las regularizaciones de acuerdo al Decreto Ley N° 2.695 son terrenos indígenas y que pertenecen a los actuales propietarios y poseedores inscritos de la misma etnia, que además son legítimos herederos de don Cesáreo Ayelef Raín, los cuales deben excluirse de la comunidad hereditaria, con costas.

Segundo: Que, al decir del profesor Couture “el momento del fallo es el instante definitorio del derecho, aquel en el cual todo ordenamiento jurídico, con sus principios y sistematizaciones, se realiza en cada caso concreto, en la vida real”, por ello es que el sentenciador –en sus diversas instancias- debe hacerse cargo de toda la prueba rendida en autos, indicarla y ponderarla, ya sea complementándola con otros instrumentos o elementos probatorios o bien confrontándola con los producidos de contrario, solo así se cumplirá el mandato normativo del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que ordena efectuar las “consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la



sentencia”. Esta obligación legal se encuentra complementada y detallada en el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la “Forma de las Sentencias” que en sus párrafos 5° a 7° se refiere al establecimiento de los hechos, los que se encuentran justificados con arreglo a la ley y “los fundamentos que sirvan para estimarlos comprobados, haciéndose, en caso necesario, la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales” y “si se suscitare cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos...”

Tercero: Que, en los autos se acompañaron sendos instrumentos emanados de la CONADI (Corporación Nacional Indígena) consistentes en informes y certificado relativos a la cuestión planteada en autos; además, se acompañó un informe pericial respecto del inmueble en litigio, cuya inspección al mismo se efectuó el 2 de octubre de 2017, que aporta antecedentes que debieron ponderarse, según se desprende de la transcripción que de él se hizo en el Considerando Cuarto, últimos párrafos del fallo de primer grado, sin que en éste ni en el de segunda instancia, se diere cumplimiento a las normas referidas en el considerando precedente, limitándose a señalar el fallo de primer grado en el Considerando Octavo que del mérito del contrato de cesión de derechos hereditarios sobre la porción conyugal de 5 de octubre de 1983 de doña Francisca Lincoqueo Ñancucho e informe de Conadi “ha quedado demostrado que el mentado Lote 34 cuya cabida aproximada es de 16 hectáreas y 25 áreas, inscrito a fojas 154 bajo el N° 265 del Registro de Propiedad del año 1937 del Conservador de Bienes Raíces de Pitrufquén, provino de una comunidad indígena...”.

La sentencia de la Corte de Apelaciones efectuó consideraciones relativas a la prescripción adquisitiva y al derecho real de herencia y sus efectos patrimoniales. Empero, dichos elementos probatorios eran relevantes para determinar la prosperidad de la acción y, por lo mismo, su omisión resulta trascendente.

En la especie, se omitió todo análisis de dicha prueba producida en juicio, teniendo influencia en lo dispositivo de la sentencia, puesto que la ausencia de análisis probatorio condujo a desestimar la demanda de inexistencia sin haberse hecho cargo de antecedentes probatorios sobre la base de los cuales se pudo haber arribado a conclusiones diversas.



Cuarto: Que, como se dijo, dichos instrumentos son exhaustivos en señalar los pormenores de los actos jurídicos como de la realidad posesoria existente en los terrenos de que trata el presente juicio, en particular el lote 34 y sus circunstancias, que resultaban y resultan determinantes para la decisión del presente juicio, omitiendo los jueces del fondo toda otra consideración aparte de las descritas, debiendo esta Corte, en consecuencia, hacer uso de la facultad contemplada en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil y anular de oficio la sentencia recurrida, siendo innecesario hacerse cargo del recurso de casación en el fondo, deducido por los demandantes

Por las anteriores consideraciones y lo previsto en las disposiciones citadas, **SE ANULA DE OFICIO** la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco con fecha veinticinco de junio de dos mil veinte; y se procede a dictar acto continuo, pero separadamente, la sentencia conforme a derecho.

Regístrese, comuníquese, notifíquese.

Redacción del Ministro Suplente don Mario Gómez Montoya.

Civil N° 94.239-2020.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Andrea Muñoz S., María Angélica Cecilia Repetto G., ministro suplente señor Mario Gómez M., y los Abogados Integrantes señoras María Cristina Gajardo H., y Leonor Etcheberry C. Santiago, catorce de diciembre de dos mil veintiuno.

ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ
SANCHEZ
MINISTRA
Fecha: 14/12/2021 14:36:10

MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO
GARCIA
MINISTRA
Fecha: 14/12/2021 13:53:50

MARIO RENE GOMEZ MONTOYA
MINISTRO(S)
Fecha: 14/12/2021 14:36:11

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY
COURT
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 14/12/2021 14:36:11



MARIA CRISTINA GAJARDO HARBOE
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 14/12/2021 14:36:12



En Santiago, a catorce de diciembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



Santiago, catorce de diciembre de dos mil veintiuno.

De conformidad a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la sentencia de reemplazo.

Visto:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes enmiendas:

Se eliminan los considerandos Octavo a “Decimo Segundo” (Sic).

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

Primero: Que, la primera línea argumentativa de los demandantes dice relación con la inexistencia; cuya vigencia o fertilidad está lejos de resolverse. La doctrina no está conteste a este respecto, y existen muchos autores a favor de concebir la inexistencia como sanción (Luis Claro Solar, Víctor Vial del Río, entre otros) y muchos que la niegan tajantemente (Arturo Alessandri, José Clemente Fabres, Carlos Ducci Claro, Lilian San Martín Neira, entre otros) e incluso, algunos innovadores que toman una posición ecléctica frente al tema (tales como Ramón Domínguez Águila y Jorge Baraona González). Lo cierto, es que ni la doctrina ni la jurisprudencia de nuestro Tribunales Superiores de Justicia han podido ponerse de acuerdo en este tema. Existen fallos que datan de 1945, en donde se acoge la teoría de la inexistencia ocupando similares argumentos a aquellos fallos dictados en el año 2020. (Belen Lama Gálvez. Inexistencia y Nulidad en el Derecho chileno. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021. Pag 514-531).

Segundo: Que, según la autora citada, citando al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, “la teoría de la inexistencia tuvo su origen en la doctrina francesa, por los trabajos de autores como Zachariae y Aubry et Rau. Esta teoría surgió de una discusión que se produjo a propósito de los requisitos de validez del matrimonio, básicamente a partir del principio que señala que no hay nulidad sin texto, lo que significa que no se puede alegar nulidad sin que exista una disposición expresa que la establezca. La doctrina se encontró con el dilema de que la ley francesa no señalaba sanción alguna para los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, lo que los llevó a preguntarse si acaso ellos eran válidos. Fue entonces cuando se dijo que no era posible hablar de actos nulos, simplemente esos actos no existían, siendo matrimonios aparentes”.

Doña Camila Loretto Díaz Olgún en su Tesis “La inexistencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la última década”. Universidad de Chile.2021, complementa la información “porque el artículo 146 del Código Civil francés, indicaba que *“No hay matrimonio cuando no hay consentimiento”*. Es a



partir de la norma recién señalada que se desprendió el axioma “No hay nulidad sin texto”, al entenderse que *“la nulidad de un matrimonio no puede ser alegada sin el apoyo del texto expreso de la ley”*, proponiéndose que no es posible estimar nulo un acto jurídico sin un texto legal que estableciera dicha nulidad”.

En relación a nuestro país: “Luego, la inexistencia misma como institución, aparece en Chile en la obra de Enrique Rossel, quien fue el primer autor que distinguió, con lógica jurídica y consecuencia para el derecho, la nulidad de la inexistencia. Así, entre los autores que defienden esta teoría, se encuentra Claro Solar, para quien nuestro Código Civil recoge la teoría de la inexistencia jurídica, en términos tales que si falta una de las cosas esenciales a su existencia, el acto jurídico no puede existir, no puede producir efecto alguno; es la nada. Señala, que esto se desprende de numerosos artículos, entre los cuales cita el artículo 1444, según el cual si falta alguna de las cosas esenciales al perfeccionamiento del contrato, éste no produce efecto alguno; y el artículo 1701, en orden a que la falta de instrumento público en los actos o contratos en que la ley requiera esa solemnidad, trae como consecuencia que se miren como no ejecutados.(Belén Lama Gálvez. Op.cit.).

Para el profesor Rodríguez Grez, (citado por doña Camila Loretto Díaz Olguín en su Tesis ya indicada) no es una sanción jurídica, como ha sido postulado por la doctrina tradicional, sino una consecuencia negativa. Agrega que al momento de identificar a la inexistencia como una consecuencia negativa, Rodríguez Grez propone que se debe diferenciar la inexistencia en dos categorías: inexistencia propia e inexistencia impropia. La primera de ellas es *“aquella consecuencia negativa que se sigue de la falta de elementos esenciales instituidos en la ley para que el negocio jurídico surja a la vida del derecho”*; una de las principales características de este tipo de inexistencia es que se presenta frente a la ausencia de uno o más requisitos de la existencia del acto jurídico, así, en caso de faltar voluntad o consentimiento, objeto, causa o solemnidades, nos encontramos frente a ella. La otra característica principal es que aun cuando el acto jurídico se considera como inexistente, pueden producirse consecuencias reconocidas por la ley.

De esta forma, la inexistencia propia puede generar efectos autárquicos, los cuales se producen por la presencia de un determinado elemento que por sí solo provoca una consecuencia jurídica; o puede producirse una apariencia calificada por la ley.



Por su parte, la inexistencia impropia es aquella que se presenta de la mano de la ley, siendo ésta la que califica a un acto determinado como inexistente, a pesar de la concurrencia de los elementos de la esencia del acto jurídico.

Tercero: Que, una de las relevantes diferencias de la inexistencia con la nulidad absoluta, que sí está contemplada de manera indubitable en el Código de Bello, es que los actos jurídicos que adolecen de este sustantivo vicio, pueden sanearse por el transcurso del tiempo, disponiendo para ello de la institución de la prescripción en sus dos modalidades: adquisitiva y extintiva de determinados derechos. En palabras de Vial del Río, citado por la tesista Camila Díaz, (op. Cit., p. 14) *“la nada es la no existencia; y su sanción es la misma inexistencia que ha hecho imposible el perfeccionamiento del acto y la producción del algún efecto. En cambio, la nulidad es la invalidez; es la sanción del vicio de que el acto adolece”*. Añade que dicha distinción se desprende de diferentes artículos, como el artículo 1444 *“según el cual si falta alguna de las cosas esenciales al perfeccionamiento del contrato como tal, éste no produce efecto alguno”* y el artículo 1701, dado que este indica que la falta de instrumento público en los actos o contratos que lo requieran como solemnidad, trae como consecuencia que se miren como no ejecutados o celebrados, es decir, como inexistentes”.

En la jurisprudencia chilena, es útil citar el fallo de esta Corte en la causa “Collilef Millar con Peña Sobarzo”, rol N° 8228-2010, en que se argumentó que *“las normas contenidas en la Ley N° 19.253 son de orden público, en cuanto se fundamentan en razones de interés nacional y tienen sin duda un carácter proteccionista de las tierras indígenas”*, por tanto, al haberse establecido que el inmueble objeto del contrato de promesa de compraventa tiene calidad de tierra indígena, se da pie a la aplicación del artículo 13 de la Ley N° 19.253, encontrándose afecto a la prohibición contenida en dicha norma. De esta forma, al celebrarse el contrato por dos personas que no poseen las calidades exigidas por dicha norma, será éste ineficaz, no produciendo obligación alguna. Esto se debe a que *“el estatuto especialísimo que les es aplicable implica vigencia in actum y efectos inmediatos que prevalecen sobre las normas generales sobre irretroactividad de las leyes e impiden la aplicación y subsistencia de la ley antigua, incluso para aquellas situaciones jurídicas nacidas con anterioridad”*.

Doña Camila comentando el fallo anterior expresa: “Con esta información es posible entender otra arista presente en la decisión de la Corte Suprema. Al rechazarse la aplicación de las normas relativas al saneamiento del contrato por el



transcurso del tiempo, es posible proteger la naturaleza de la Ley 19.253 y su correcta aplicación. Esto se debe a la importancia del resguardo jurídico de la propiedad indígena, la cual se ha visto históricamente afectada por los intereses comerciales del resto de la sociedad. La protección a los pueblos indígenas tiene un valor jurídico mayor, especialmente considerando la ratificación de diversos tratados internacionales sobre derechos indígenas y la vulneración histórica de los pueblos originarios. Si se aplicaran las normas relativas a la nulidad absoluta, no sería posible cumplir con la correcta aplicación de la Ley 19.253. Dicha ley, al ser un estatuto especialísimo, tiene vigencia in actum y efectos inmediatos que prevalecen sobre las demás normas generales, especialmente respecto de aquellas sobre irretroactividad de las leyes, impidiendo la aplicación y subsistencia de la ley antigua, incluso para aquellas situaciones jurídicas originadas con anterioridad a la promulgación de la ley. Es necesario señalar que la aplicación de las normas relativas a la nulidad absoluta es la regla general respecto a la teoría de la inexistencia, por lo que el caso estudiado tiene carácter excepcional.” (Op cit. Pag.46).

Cuarto: Que, es dable precisar que antes de la suscripción de dicho instrumento público se encontraba vigente la Ley N° 17.729 (publicada en el Diario Oficial el 26 de septiembre de 1972), luego se dictó el Decreto Ley N° 2.568 de marzo de 1979, posteriormente, en octubre de 1993 se publicó la Ley N°19.253, que derogó la Ley anterior y “sus modificaciones posteriores”. Ambos cuerpos normativos concebidos y promulgados en democracia dan protección integral a la propiedad indígena, impidiendo que se celebren actos jurídicos con el propósito de sustraerla de la etnia aborígen, cualesquiera sean las fórmulas que utilicen los contratantes.

En correspondencia con lo anterior, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, suscrito por Chile en el año 2008, prescribe en su artículo 14.1 que *“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupados por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.”*. En el punto 2, agrega el mismo artículo 14 **“Los gobiernos deberán**



tomar todas las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión". (El destacado es del redactor).

Si bien el Convenio 169 que se tiene en vista fue adoptado por la OIT con posterioridad a octubre de 1983, que es la data del acto que adolece del vicio de inexistencia que se dirá, sus lineamientos resultan ineludibles y deben ser atendidos al momento de resolver asuntos como el sub lite, atento el bien jurídico que se ampara, esto es, la debida protección de los derechos indígenas.

Quinto: Que, el profesor Hugo Rosende Álvarez, refiere que la simulación supone bilateralidad para engañar a terceros, conteniendo una "*causa simulandi*" "entendiéndose por tal el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado; 'es el porqué del engaño'" (pag.17), siendo contrarias a derecho las que perjudican a terceros o aquellas tendientes a burlar una incapacidad legal o infringir una norma prohibitiva. "La simulación solo será ilícita cuando, adicionalmente al engaño de terceros que le es consubstancial, pretende el perjuicio de aquellos, en cuyo evento reviste también la naturaleza de un delito civil. En la simulación ilícita más que sancionarse el engaño o la disconformidad entre la voluntad y la declaración, lo realmente punible y que justifica la intervención judicial es la mala fe o la intención fraudulenta que representa el hecho de ejecutar una conducta destinada a perjudicar a terceros."(pag.23). Y afirma que el contrato simulado es inexistente "y lo que no existe no adquiere vida por el sólo transcurso del tiempo". (II Curso de Actualización Jurídica "Teorías del Derecho Civil Moderno". "La simulación y los actos fiduciarios". Ediciones Universidad del Desarrollo. Santiago).

A modo de resumen, "*la inexistencia, dada su gravedad, no es susceptible ni de ser corregida o subsanada por quien ha ejecutado el acto inexistente ni convalidada por quien se ve afectado por él*". Sobre esta idea, Vial del Río indica que, a diferencia de la nulidad, el acto inexistente no puede adquirir existencia, ni por voluntad de las partes ni por transcurso del tiempo."

Sexto: Que, en el caso de autos, el demandado José Abelardo Mellado Muñoz suscribió el 5 de octubre de 1983 una escritura pública ante el Notario de Villarrica de la época, don Jorge Tampe Maldonado, de cesión de derechos hereditarios sobre la porción conyugal de doña Francisca Lincoqueo Ñancucheo, analfabeta, de 98 años de edad a la época de suscribir ese instrumento, casada



en segundas nupcias con Cesáreo Ayelef Rain, (no tuvieron hijos). Se pretendía por el señor Mellado el inmueble de 16,25 hectáreas, ubicado en sector San Luis Alto, lote signado con el número 34, que estaba inscrito a nombre de Cesáreo Ayelef Raín, -producto de la sentencia del Juzgado de Indios de Pitrufrquén de 11 de abril de 1933, en el juicio de división de la comunidad indígena de Julián Collinao-, casado con Cecilia Curinao Nahuelche, ambos fallecidos. Los descendientes del matrimonio Ayelef Rain - Curinao Nahuelche son Francisco, Andrés y Lucía, todos de apellidos Ayelef Curinao.

Luego, en 1985, Mellado Muñoz obtiene la posesión efectiva de los bienes quedados al fallecimiento de Cesáreo Ayulef Rain y logra la inscripción especial de herencia en el mismo año 1985, en que se incluye el referido lote N° 34, de 16,25 hectáreas, pretiriendo de todo derecho hereditario a los herederos mencionados, uno de los cuales es el demandante, don Francisco Ayelef Curinao.

A su vez, en el informe del Subdirector de la CONADI, contenido en el Oficio N° 443 de 31 de agosto de 2018, se señala que la cesión de derechos hereditarios de doña Francisca Lincoqueo Ñancucheo, como cónyuge sobreviviente de don Cesáreo Antonio Ayelef Raín, a José Abelardo Mellado Muñoz, se inscribió en el Conservador de Bienes Raíces de Villarrica el 11 de marzo de 1985, a fojas 224 N° 214 del Registro de Propiedad, y aquéllos se precisaron en el lote 34 de 16,25 hectáreas con deslindes de otros lotes asignados a personas con apellidos Ayelef, Piñalef, Liempi, de la misma etnia mapuche. Dicho título se reinscribió en el Conservador de Bienes Raíces de Pucón a fojas 665 N° 431 del año 2008. Luego Mellado vende por escritura pública ante el Notario de Villarrica en abril de 1985 un retazo de 8,125 a Adolfo Ernesto Armanet Bernal, (no se desmintió que fuera su abogado), con deslindes similares a los anteriores. El 31 de mayo de 1993 éste vende la heredad a Jaled Mario Sabra Docmac, efectuándose las respectivas inscripciones en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Pucón. El 11 de febrero de 1997 se inscribe la venta de Jaled a la Sociedad Malalco Ltda.. Y, el 3 de octubre de 2008, José Abelardo Mellado Muñoz vende a Carlos Bernabé Mellado Muñoz el otro retazo de 8,125 hectáreas.

También, en el aludido informe se señaló que el demandado Mellado tiene una casa habitación en el lote 35 (Ver numeral 3. Párrafo final).

Por último, se deja constancia que el título originario del cual se desprende el lote 34, de 16,25 Há. es el juicio de subdivisión de la comunidad indígena de



Julián Cullinao, en el Juzgado de Indios, adjudicándose a Cesáreo (Antonio) Ayelef Raín. A ese documento oficial, se acompañó un informe técnico elaborado por don Gabriel Carrasco Cubillos, constructor civil de la Oficina Técnica, de la misma Corporación de Desarrollo Indígena, ilustrando con fotografías y plano del lugar de que se trata, una vez efectuada visita que se hizo a “los terrenos en litigio” en compañía del funcionario de la misma oficina, don Huenulef Millao Llao.

Séptimo: Que, además, ninguna de las personas naturales demandadas acreditaron pertenecer a una etnia originaria, en alguna de las modalidades o circunstancias que refiere el artículo 2° de la Ley 19.253 o del artículo 3° de su antecesora y derogada Ley N° 17.729, en particular don José Abelardo Mellado Muñoz, de manera que no le resultan aplicables a su respecto las normas especiales de protección que han procurado los diversos cuerpos normativos, a las propiedades y a sus titulares indígenas, estableciendo prohibiciones de celebración de cualquier acto jurídico que permita desprenderse de los inmuebles asignados a sus ascendientes, a menos que se trate de convenciones celebradas entre miembros de la misma etnia, tal como lo establece la Ley N° 19.253 en armonía con el Convenio 169 de la OIT, antes transcrito.

En efecto, la Ley N° 19.253 establece “normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, también conocida como CONADI (En similares términos, se lee en los diversos preceptos de la hoy derogada Ley N° 17.729). Destacan su artículo 1° que prescribe: los indígenas “conservan sus manifestaciones étnicas y culturales siendo para ellos **la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura**”. Agrega, en su inciso final que es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, “a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas para tales fines y **proteger las tierras indígenas**, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”. (El destacado es del redactor). Describe su artículo 12 lo que debe entenderse por tierra indígena, que es aquella que “las personas o comunidades indígenas ocupan en posesión o propiedad” provenientes de los títulos que indica.

Octavo: Que, el instrumento público, repertorio N° 502 ante el Notario Público de Villarrica, señor Tampe, de octubre de 1983, fue un acto que, si bien podría ser considerado de simulado, lo determinante es que se celebró contraviniendo las disposiciones legales sobre protección de la propiedad



indígena, ya indicadas en el considerando precedente, tendiente a perjudicar a los herederos de Cesáreo Ayulef Rain, siendo el demandado José Abelardo Mellado Muñoz su principal artífice de esa actuación, sabiendo que no podía, bajo ningún respecto, adquirir derecho alguno sobre predios indígenas, aunque fuese obteniendo la redacción de un documento intitulado “cesión de derechos hereditarios de la porción conyugal” de la viuda del señor Ayulef Rain, doña Francisca Lincoqueo Ñancucho, para luego ignorar a los herederos de aquél y obtener que se inscribiera, en 1985, mediante la tramitación de la posesión efectiva, a su nombre el lote 34 que figuraba de propiedad de don Cesáreo Ayulef Rain, con la totalidad de su cabida.

Noveno: Que la “cesión de derechos hereditarios” que Mellado Muñoz inscribió en el Conservador de Bienes Raíces de Villarrica y que luego reinscribió en el Oficio similar de Pucón, abarcando el total de la superficie del lote 34 de 16,25 hectáreas, con deslindes de otros lotes asignados a personas con apellidos de la etnia mapuche (Ayelef, Piñalef y Liempi) fue en desmedro de los derechos hereditarios de los demandantes. Ello es efectivo, por cuanto, Cesáreo Ayulef Raín, como se dijo, tuvo hijos de un matrimonio anterior y, al fallecimiento de su primera cónyuge, contrajo un nuevo enlace con doña Francisca Lincoqueo Ñancucho, con quien no tuvo descendencia, de manera que ésta nunca pudo ceder más derechos que los que poseía, no obstante lo cual el demandado José Abelardo Mellado Muñoz obtuvo la posesión efectiva del fallecido causante Cesáreo Ayulef Raín por el total de la heredad, señalando ser el único heredero de éste.

Dicha actuación, entonces, vició y contaminó hasta el presente su proceder jurídico relativo al inmueble de autos y los sucesivos actos de disposición que efectuó desde abril de 1985, cuando enajenó 8,125 hectáreas a don Adolfo Ernesto Armanet Bernales hasta el efectuado en octubre de 2008 a don Carlos Bernabé Mellado Muñoz, por la otra porción de 8,125 hectáreas.

Décimo: Que, en las condiciones anotadas no cabe sino acoger la pretensión principal de la demanda y declarar la inexistencia del acto efectuado ante el Notario Tampe de Villarrica en 1983 por el demandado Abelardo Mellado Muñoz y doña Francisca Lincoqueo Ñancucho, omitiendo, consiguientemente, las consideraciones respecto de las demás pretensiones de los actores.

Undécimo: Que, ya se ha razonado que la inexistencia de determinados actos como el descrito latamente no es posible sanearlo por el transcurso del



tiempo pues no es posible sanear la “nada”. Corolario, no es dable acoger la tesis de la defensa de haber adquirido el demandado Mellado Muñoz la calidad de heredero putativo, pues las actuaciones, gestiones judiciales y conservatorias por él realizadas nunca pudieron surtir efecto, desde que el acto originario, ya tantas veces aludido, es inexistente y por lo mismo careció y carece de total eficacia para convalidar alguna posesión sobre terrenos agrícolas sin tener la condición de tal.

Por las anteriores consideraciones y lo prevenido en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia de ocho de febrero de dos mil diecinueve, dictada por el Juzgado de Letras de Pucón, que negó lugar a la demanda principal y, en su lugar, **se la acoge, y se declara la inexistencia** de lo obrado por el demandado don José Abelardo Mellado Muñoz con doña Francisca Lincoqueo Ñancucho, por escritura pública de 5 de octubre de 1983, ante el Notario de Villarrica don Jorge Tampe Maldonado, **y todos los actos posteriores que derivan de esta**, debiendo retrotraerse la propiedad indígena del lote 34 a su estado anterior a dicha actuación.

En consecuencia, el Conservador de Bienes Raíces de Pucón, deberá efectuar las anotaciones en el Registro de Propiedad que correspondan. Además, cancelará las efectuadas con posterioridad a nombre de los demandados.

Se **previene** que la ministra **Sra. Muñoz** estuvo por no extender los efectos de la inexistencia que se declara en estos autos a terceros que no fueron emplazados en los mismos, sin perjuicio de otros derechos.

Acordada con el **voto en contra** de la ministra **Sra. Repetto**, quien estuvo por confirmar la sentencia apelada en la parte que no accede a la demanda de inexistencia formulada por los actores en forma principal, y por revocar la mencionada sentencia en cuanto rechaza la acción reivindicatoria deducida en subsidio por los actores y acoge la demanda reconvencional deducida por los demandados, declarando en cambio que se acoge la mencionada acción reivindicatoria y se rechaza la demanda reconvencional de prescripción adquisitiva, en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Que sin entrar a pronunciarse acerca de si nuestro Código Civil estableció la institución de la “inexistencia jurídica”, los fundamentos en que ella descansa son que doña Francisca Lincoqueo Ñancucho quien cedió en el año 1983 los derechos que le asistían en su calidad de cónyuge sobreviviente en el matrimonio que celebró con don Cesáreo Ayelef Raín, padre y abuelo respectivamente de los actores, era una persona de



avanzada edad y analfabeta, estando además prohibida la cesión de tierras indígenas a personas ajenas a la etnia mapuche, y si bien no estaba vigente a esa fecha la Ley 19.253 sí lo estaba la número 17.729 sobre protección de las tierras indígenas, que prohibía la cesión de derechos de una comunidad indígena excepto en favor de otros miembros de la misma, con las excepciones que se consignan, cuyo no es el caso.

2. Que lo cierto es que no se rindió prueba útil en el juicio que acreditara que la cedente no contara con discernimiento suficiente para manifestar su voluntad y concurriera con su consentimiento a celebrar dicho acto, o que la condición de analfabeta le impidiera comprender las consecuencias de ese acto, de manera que no puede estimarse que le faltara un elemento de su esencia a aquél contrato, que pueda llevar a estimar que es inexistente, apareciendo entonces que lo indicado en la demanda no es más que una afirmación que no acarrea consecuencias en relación a la existencia del acto.
3. Que es un hecho que a pesar de estar frente a una cesión de derechos hereditarios, por esta vía el cesionario José Abelardo Mellado Muñoz, obtuvo la posesión efectiva de los bienes quedados al fallecimiento del – causante- cónyuge de la cedente y luego practicó la inscripción especial de herencia a su nombre, sobre el Lote 34 y, si bien puede estimarse que se está frente a un acto prohibido, tal como el fallo lo establece, por ser contrario a lo establecido en el artículo 5 del Decreto Ley 2.569 no se afecta la existencia del mismo, sino que dice relación con su validez, que consecuencialmente trae aparejada la nulidad absoluta del mismo, habiéndose ella saneado por el transcurso del plazo de 10 años, sin que nunca fuera alegada.
4. Que en razón de todo lo expresado anteriormente la demanda de inexistencia correspondía ser rechazada, debiendo confirmarse el fallo de primer grado en este aspecto.
5. Que en relación a la acción reivindicatoria deducida en subsidio por los actores, conforme al informe pericial evacuado por el perito designado el cual el fallo consigna aparece que los actores que allí se individualizan en el año 1985 regularizaron ante el Ministerio de Bienes Nacionales en la porción que en cada caso se señala el lote N° 34, afirmando el perito: **“En consecuencia, la superficie efectivamente saneada o regularizada por**



los virtuales herederos de don Cesáreo Antonio Ayelef Raín, alcanza a un total de 13,41 há.”... cuestión que fue reafirmada por el informe evacuado por la CONADI a petición del tribunal, quien además refiriéndose a la calidad del título originario del Lote 34 señala: “Al respecto tenemos que a fs. 15 N° 265 del año 1935 se señala que en el juicio de División de la comunidad indígena de Julián Collinao dicho juzgado-juzgado de indios- adjudicó a Cesario (Antonio) Ayelef Raín, el lote número 3, cuya cabida es de dieciséis veinticinco áreas...”

6. Que contando los actores con inscripciones a su nombre en el Registro del Conservador de Bienes Raíces respectivo y atendido el tiempo transcurrido, no solo son poseedores sino que además, adquirieron el dominio por prescripción conforme lo establece el artículo 15 inciso 2° del Decreto Ley 2.695 de aquellas tierras que se consignan en cada una de sus inscripciones conservatorias.
7. Que por lo demás, de la lectura del fundamento tercero del fallo de segunda instancia ahora invalidado, aparece que así lo entendieron los jueces al establecer como hecho el siguiente :” **“Que en efecto , el heredero no puede reclamar aquellos efectos hereditarios que hayan pasado en dominio de aquellos herederos que hayan sido omitidos en la posesión efectiva de la herencia si lo han adquirido por otro modo diverso a sucesión por causa de muerte,- como acontece con los demandados reconvencionales- al haber estos regularizado el dominio de gran parte de la extensión material el bien hereditario principal de la herencia por el modo prescripción adquisitiva de corto tiempo al amparo del Decreto Ley N° 2695, los que deben quedar excluidos de la herencia en que el demandante reconvencional se ha constituido como único heredero universal, en cuanto sea procedente en derecho”**
8. Que es un hecho acreditado, especialmente con el informe pericial ya referido que han sido los demandantes quienes han ocupado materialmente los inmuebles que han regularizado, quienes tienen allí construcciones de larga data, contando incluso con agua y luz, encontrándose cercados los inmuebles.
9. Que en estas condiciones aparece entonces, que existen en el presente caso inscripciones paralelas entre los actores y los demandados, en una extensión de 13,41 hectáreas.



10. Que siendo los actores los únicos que han poseído en forma ininterrumpida los inmuebles, habiéndose manifestado aquello por diferentes actos que suponen la posesión del suelo como son entre otros, las construcciones que han levantado en sus inmuebles, debe preferirse aquel título que representa una realidad posesoria material y efectiva, por cuanto esos elementos que implican la realización de actos propios del dominio, unido a la existencia de la inscripción con llevan a entender que se está en presencia de un poseedor que tiene el animus y el corpus conforme la definición del artículo 700 del Código Civil.

11. Que en atención a lo anterior esta ministra es de parecer que debe resolverse tal conflicto, en favor de los actores, acogándose de esta manera la acción reivindicatoria deducida en subsidio contra de los demandados, en aquella parte que sus títulos producto de la regularización que efectuaron les llevó a adquirir dichos inmuebles por prescripción, desechándose en lo demás no regularizado por no contar con título que los ampare, correspondiendo revocar el fallo de primera instancia en la parte que rechaza la acción reivindicatoria deducida en forma subsidiaria por los actores, declarando en cambio que se acoge respecto de los 13, 41 hectáreas regularizadas y, en consecuencia, revocar la sentencia de primer grado en cuanto acoge la demanda reconvencional de prescripción adquisitiva deducida por los demandados, declarando en cambio que tal demanda queda rechazada.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvanse.

Redacción del Ministro Suplente, don Mario Gómez Montoya y el voto en contra de su autora.

Recurso de Casación Civil N° 94.239-2020

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Andrea Muñoz S., María Angélica Cecilia Repetto G., ministro suplente señor Mario Gómez M., y los Abogados Integrantes señoras María Cristina Gajardo H., y Leonor Etcheberry C. Santiago, catorce de diciembre de dos mil veintiuno.



ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ
SANCHEZ
MINISTRA
Fecha: 14/12/2021 14:36:13

MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO
GARCIA
MINISTRA
Fecha: 14/12/2021 13:53:52

MARIO RENE GOMEZ MONTOYA
MINISTRO(S)
Fecha: 14/12/2021 14:36:14

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY
COURT
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 14/12/2021 14:36:14

MARIA CRISTINA GAJARDO HARBOE
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 14/12/2021 14:36:15



TJXHJQXXP

En Santiago, a catorce de diciembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

