

FERNANDO ROZAS VIAL

346.04

R893.6

2004

# LOS BIENES

## CAPÍTULO XI

### LAS LIMITACIONES DEL DOMINIO

#### 306. DERECHOS REALES LIMITADOS

Son los que no confieren todas las facultades del dominio. Por ejemplo, la facultad de gozar de la cosa en el derecho de habitación; la facultad de disponer de la cosa en el derecho de usufructo, uso y habitación.

Lo dicho es sin perjuicio de la facultad que tiene el usufructuario de disponer de su derecho de usufructo; facultad que no tiene el usuario ni el habitador.

Se les conoce como “desmembraciones” del dominio o como derechos reales en cosa ajena.

#### 307. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

##### *a) Derechos reales limitados de goce o uso.*

Son aquellos que dando el uso o goce de la cosa, el titular no tiene todas las facultades que confiere el dominio al titular de este derecho.

Los derechos reales limitados de goce son, el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres.

En el fideicomiso, el derecho de dominio que tiene el propietario fiduciario, si bien es derecho de dominio con todos sus atributos, es limitado en cuanto el fiduciario debe conservar la integridad y valor de la cosa sobre la que recae la propiedad fiduciaria (art. 758).

*b) Derechos reales limitados de garantía.*

Son aquellos que sólo dan derecho sobre una cosa para hacer efectiva en ella una obligación.

Son, fundamentalmente, el derecho de hipoteca, el de prenda y el de censo.

### 308. DERECHOS REALES LIMITATIVOS DEL DOMINIO

Son los que limitan o restringen las facultades que otorga el derecho de dominio a su titular.

Por regla general, los derechos reales limitados son limitativos del dominio.

No lo es el fideicomiso ya que la limitación que tiene el propietario fiduciario es en beneficio del fideicomisario que no es titular de ningún derecho real. Es decir, la limitación le es impuesta por la ley y no por otro derecho real.

Tampoco lo serían los derechos de usufructo o uso sobre una cosa mueble abandonada al primer ocupante, pues si bien es cierto que el usufructo y el uso normalmente limitan al derecho de dominio, no lo harían en el caso propuesto por no existir tal derecho mientras la cosa no es ocupada por alguna persona.

### 309. LIMITACIONES DEL DOMINIO

Según el art. 732, el dominio puede ser limitado de varios modos:

a) Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición;

b) Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra; y

c) Por las servidumbres.

Ya hemos visto como hay otras limitaciones del dominio. Por ejemplo, la hipoteca, la prenda, el censo.

También hemos visto que hay limitaciones del dominio que no son derechos reales. Por ejemplo, las obligaciones reales, el abuso del derecho, las que derivan de la vecindad, las que se establecen en razón de la salubridad pública, etc.

## CAPÍTULO XII

### LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

#### 310. CONCEPTO

Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición (art. 733, inc. 1°).

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso (art. 733, inc. 2°).

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria (art. 733, inc. 3°).

La propiedad que no está sujeta a pasar a otra persona en virtud de una condición, se llama propiedad absoluta. Es decir, propiedad absoluta se opone a propiedad fiduciaria.

#### 311. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Generalmente intervienen tres personas:

- a) *El constituyente* que es el que da la cosa a otra persona con el gravamen de entregarla a un tercero en el evento de cumplirse una condición;
- b) *El propietario fiduciario* que es el que recibe la propiedad con el gravamen de restituirla a otra persona si se cumple una condición;

- c) *El fideicomisario* que es la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso. Es la persona que recibirá la propiedad si se cumple la condición.

Hacemos presente que en la propiedad fiduciaria pueden intervenir sólo dos personas, el constituyente y el fideicomisario. Es decir, puede no haberse designado o faltar por cualquier causa el fiduciario. En este caso, mientras pende la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos (art. 748).

### 312. EL DERECHO DE DOMINIO EN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Mientras no se transfiera la propiedad al fiduciario, el constituyente es el dueño de la cosa sobre la que recaerá la propiedad fiduciaria.

Transferida la propiedad al fiduciario, éste es el único dueño de la cosa. Su dominio está sujeto a una condición resolutoria.

El fideicomisario sólo tiene la mera expectativa de hacerse dueño de la cosa si se cumple la condición.

### 313. REQUISITOS DEL FIDEICOMISO

- a) Que la cosa sea susceptible de darse en fideicomiso;
- b) Que haya propietario fiduciario y fideicomisario;
- c) Que haya una condición por cuyo cumplimiento la propiedad pase del fiduciario al fideicomisario, y
- d) Que se cumpla con las solemnidades que la ley prescribe.

### 314. COSAS SOBRE LAS QUE SE PUEDE CONSTITUIR FIDEICOMISO

Según el art. 734 no se puede constituir fideicomiso sino sobre la totalidad de una *herencia* o sobre una *cuota determinada de ella*, o sobre uno o más *cuerpos* ciertos.

### 315. EL FIDUCIARIO

Ya hemos visto que es la persona que tiene la cosa con la obligación de restituirla al fideicomisario si se cumple una condición.

Debe existir el tiempo de deferirse el fideicomiso. Es decir, al celebrarse el contrato o fallecer el testador. Si se nombra en testamento como fiduciario una persona que no existe pero se espera que exista, y al fallecer el testador aún no ha llegado a existir esa persona, en la realidad, es fideicomisario y los herederos del testador son los fiduciarios.

Ya hemos visto que si el constituyente no nombra fiduciario, o cuando falta por cualquier causa, estando pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos (art. 748).

El constituyente puede nombrar no sólo uno, sino dos o más fiduciarios, pero no pueden ser sucesivos. Serán copropietarios.

Siendo dos o más los propietarios fiduciarios, habrá entre ellos derecho de acrecer hasta que se cumpla la condición (arts. 750 y 780, inc. 1º).

### 316. SUBSTITUTOS DEL PROPIETARIO FIDUCIARIO

El constituyente sólo puede nombrar sustituto al fiduciario cuando el fideicomiso se constituye por testamento y para el solo caso de faltar el fiduciario antes de fallecer el testador.

### 317. EL FIDEICOMISARIO

Ya vimos que es la persona que recibirá la cosa de manos del fiduciario en el caso de cumplirse una condición.

- a) El fideicomisario puede no existir al tiempo de constituirse el fideicomiso pero debe esperarse que exista (art. 737).

b) Debe existir a la época de la restitución (art. 738). Esta existencia debe producirse a más tardar en el plazo de cinco años, salvo que la condición de que penda la restitución sea la muerte del fiduciario pues en tal caso debe existir en ese momento (art. 739).

c) *Substitutos del fideicomisario*. El constituyente puede dar al fideicomisario los substitutos que quiera para el caso que deje de existir antes de la restitución, por fallecimiento u otra causa (art. 743, inc. 1º).

Estos substitutos pueden ser de diferentes grados, substituyéndose una persona al fideicomisario nombrado en primer lugar, otra al primer substituto, otra al segundo, etc. (art. 743, inc. 2º).

No se reconocerán otros substitutos que los designados expresamente en el respectivo acto entre vivos o testamento (art. 744).

Los referidos substitutos son vulgares, es decir, sólo pueden tener lugar cuando el fideicomisario falta antes de cumplirse la condición (art. 762).

d) El que constituye un fideicomiso puede nombrar no sólo uno, sino dos o más fideicomisarios (art. 742).

Si se nombran uno o más fideicomisarios de primer grado, y cuya existencia haya de aguardarse en conformidad al art. 737, se restituirá la totalidad del fideicomiso en el debido tiempo a los fideicomisarios que existan, y los otros entrarán al goce de él a medida que se cumpla respecto de cada uno la condición impuesta. Pero expirado el plazo de cinco años prefijado en el art. 739 no se dará lugar a ningún otro fideicomisario (art. 746).

e) *¿Qué sucede si no se nombra al fideicomisario?* Para algunos, por aplicación analógica del art. 748, el constituyente o sus herederos serían los fideicomisarios.

En nuestro concepto, en el caso propuesto no estaríamos en presencia de un fideicomiso sino en el de una simple condición resolutoria. El resultado es el mismo pues la propiedad vuelve al constituyente de la propiedad condicional o a sus herederos.

### 318. FIDEICOMISOS SUCESIVOS

Por diversas razones de orden social, el legislador no mira con buenos ojos la propiedad fiduciaria. El que tiene una cosa con la posibilidad de perderla, no la cuidará ni la hará producir como si fuese dueño absoluto.

Por eso el inc. 1º del art. 745, repitiendo la idea del Mensaje del código establece que se prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.

Si de hecho se constituyen fideicomisos sucesivos, la sanción, aplicando las reglas generales, debiera ser la nulidad absoluta por ser el inc. 1º del art. 745 una norma prohibitiva.

Sin embargo, el inciso 2º de dicho artículo da una solución distinta y dice que si de hecho se constituyeren dos o más fideicomisos sucesivos, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros. Es decir, considera a los fideicomisarios sucesivos al primero como substitutos.

### 319. CONSTITUCIÓN A LA VEZ DE UN USUFRUCTO Y DE UN FIDEICOMISO

El art. 736 dispone que una misma propiedad puede constituirse a la vez en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso a favor de otra.

Mientras pende la condición, el propietario fiduciario es el nudo propietario. Cumplida la condición antes de vencer el plazo del usufructo, el fideicomisario pasa a ser el nudo propietario.

### 320. EXISTENCIA DE UNA CONDICIÓN DE LA QUE DEPENDA LA RESTITUCIÓN

La condición de la que depende la restitución del fideicomiso es resolutoria para el propietario fiduciario y suspensiva para el fideicomisario.

El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la época de la restitución (art. 738, inc. 1°).

Dicha condición es un elemento de la esencia del fideicomiso.

A esta condición de existencia pueden agregarse otras copulativas o disyuntivamente (art. 738, inc. 2°).

Son condiciones *copulativas* las que deben cumplirse las unas y las otras. Si falta una condición copulativa, no tiene lugar la restitución. Por ejemplo, el fiduciario deberá restituir la cosa al fideicomisario si éste se recibe de abogado y va a Europa antes de expirar tres años. Si antes de expirar los tres años, el fideicomisario no va a Europa o no se recibe de abogado, no tiene lugar la restitución.

Son condiciones *disyuntivas* las llamadas a cumplirse las unas o las otras. Por ejemplo, el fiduciario deberá restituir la cosa si el fideicomisario va a Europa o se recibe de abogado antes de expirar tres años. Si éste va a Europa, tiene lugar la restitución aunque no se reciba de abogado.

En todo caso, junto con la o las condiciones copulativas o disyuntivas, debe cumplirse la condición de que el fideicomisario exista al tiempo de la restitución (art. 738).

Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución (art. 739, inc. 1°).

Estos cinco años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria. Esto es desde que se constituye el fideicomiso por acto entre vivos o cuando muere el testador (art. 739).

Cuando la muerte del fiduciario es el evento del que depende la restitución, nos hallamos frente a una condición porque además de la muerte del fiduciario se necesita que en ese momento exista el fideicomisario (art. 738). La sola muerte del fiduciario sería plazo.

Por razones obvias, en este caso no rige el plazo de cinco años a que se refiere el art. 739.

La condición de que pende la restitución, rompiendo las reglas generales sobre condición, no opera con efecto retroactivo.

### 321. FORMALIDADES DEL FIDEICOMISO

Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario (art. 735, inc. 1°).

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente Registro (art. 735, inc. 2°).

Hacemos presente que el fideicomiso constituido en testamento otorgado ante cinco testigos no lo es por instrumento público, pero dicho testamento, una vez protocolizado vale como instrumento público según lo dispone el N° 2 del art. 420 del Código Orgánico de Tribunales.

La inscripción del fideicomiso que ordena el art. 735 debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador o Conservadores que corresponda por la situación del inmueble (art. 32 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces).

### 322. ROL DE LA INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA EN EL FIDEICOMISO

El inc. 2° del art. 735 dice que la constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente Registro.

El inciso primero de ese artículo nos advierte que el fideicomiso no puede constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

Los autores no están de acuerdo en cuál es el Rol de la inscripción que ordena el inciso primero del art. 735 citado.

Vodanovic citando a Alessandri dice que la inscripción del fideicomiso constituido por acto testamentario representa una solemnidad. Según el mismo Vodanovic, a juicio de Claro Solar, la ley exige dicha inscripción como medio de evitar la solución de continuidad de las inscripciones y de dar amplia publicidad a las mutaciones de dominio. (107)(108)

El mencionado autor agrega que para Claro Solar en el fideicomiso constituido por acto entre vivos sobre un inmueble, el único Rol de la inscripción es el de representar la tradición de la propiedad fiduciaria del constituyente o fideicomitente al fiduciario. Pero que en el pensamiento de otros, como Alessandri, la inscripción, además de simbolizar la tradición del fideicomiso constituido entre vivos, sería solemnidad del acto constitutivo, de tal manera que si no se realiza no habría adquisición del dominio ni fideicomiso, pues el acto constitutivo adolecería de nulidad absoluta por falta de un requisito exigido en atención a la naturaleza del acto.

Cita, por último, una sentencia de la Corte Suprema en que dicho tribunal resolvió que aunque es efectivo que debe inscribirse la constitución de un fideicomiso que afecta a un inmueble, esta inscripción no es un requisito esencial para el valor del acto, y de consiguiente su omisión no trae consigo la nulidad del fideicomiso. (109)

Para determinar el Rol de la inscripción que ordena el art. 735 hay que establecer, previamente, dónde debe practicarse esa inscripción. Si debe hacerse en el Registro de Propiedad puede que sea la forma de hacer la tradición del inmueble objeto de la propiedad fiduciaria; si no debe hacerse en ese registro, no hay duda de que jamás será la forma de hacer la tradición del inmueble.

Según los artículos 31 y 32 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, se inscribirán en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, los fideicomisos.

(107) Vodanovic, Antonio, ob. cit., págs. 599 y 600.

(108) C. S., R., T. 24, sec. 1ª, pág. 455.

(109) Id. (108).

En consecuencia, armonizando el art. 735 del Código Civil y los artículos 31 y 32 del Reglamento recién citado, la inscripción del fideicomiso, que ordena la ley, jamás es la forma de hacer la tradición del inmueble que es objetó del mismo ya que debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes.

Otra cosa es que cuando se constituye el fideicomiso por acto entre vivos, además de la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes que ordena la ley, va a ser necesario inscribir dicha constitución en el Registro de Propiedad para que se traspase la propiedad fiduciaria del constituyente al propietario fiduciario.

Hacemos presente, sin embargo, que aunque se constituya la propiedad fiduciaria por acto entre vivos, esa inscripción en el Registro de Propiedad, traslativa de dominio, no es siempre necesaria. No lo será cuando el constituyente no designa propietario fiduciario caso en el cual, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 748, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos. La misma regla se aplica al caso de faltar por cualquier causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición.

Es evidente que en el caso de constituirse el fideicomiso por testamento la inscripción que ordena la ley no puede ser traslativa de dominio ya que el propietario fiduciario adquiere el dominio del fideicomiso por sucesión por causa de muerte.

En resumen, es claro que la ley, en el art. 735 del Código Civil ordena una inscripción para los fideicomisos que comprenden o afectan inmuebles. Es claro, también, que esa inscripción, debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes. Y, por último, es claro que esa inscripción no transfiere el dominio del fideicomiso, sin perjuicio de que en ciertos casos va a ser necesario practicar una inscripción en el Registro de Propiedad para que pase el dominio del fideicomiso del constituyente al propietario fiduciario.

¿Cuál es, entonces, el rol de la inscripción que ordena el art. 735?

Para determinarlo debemos responder a algunas interrogantes:



a) *¿Quién puede solicitar la inscripción del fideicomiso en el Registro de Hipotecas y Gravámenes?*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 60 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, pueden pedir la inscripción los interesados, por sí, por medio de personeros o de sus representantes legales.

Nos parece que el fideicomisario, una vez cumplida la condición, es interesado en que se practique la inscripción. Antes de cumplirse la condición, como sólo tiene una mera expectativa no nos parece interesado. Sin embargo, creemos que puede pedir que se practique la inscripción como medida conservativa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 761 inciso segundo. En esta forma, será oponible a terceros. De no hacerse así podría peligrar la propiedad en manos del fiduciario quien podría transferirla sin el cargo de mantenerla indivisa y sin quedar sujeta al gravamen de restitución que impone el art. 751. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del art. 761 tienen el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia. Llamamos la atención al hecho de que el inciso recién citado habla de "corporaciones y fundaciones *interesadas*" como fideicomisarias.

b) *¿Cómo puede solicitarse la inscripción?*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 57 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, para llevar a efecto la inscripción, se exhibirá al Conservador copia auténtica del título respectivo.

c) *¿Hasta cuándo puede pedirse la inscripción?*

Creemos que puede pedirse la inscripción en cualquier momento. Lógicamente, para que ella surta efecto deberá solicitarse mientras penda la condición, la que se tendrá por fallida si tarda más de cinco años en cumplirse, contados desde la delación de la propiedad fiduciaria (art. 739).

Si la condición consiste en la muerte del fiduciario podrá pedirse siempre que exista el fideicomisario a la fecha de la muerte y dentro de los respectivos plazos de prescripción.

Respondidas las interrogantes anteriores, llegamos a las siguientes conclusiones sobre el rol de la inscripción que menciona el art. 735.

1. No es solemnidad establecida en consideración a la naturaleza del acto. De serlo, la inscripción debería practicarse simultáneamente con el otorgamiento del instrumento público ya que al hacerse posteriormente se estaría ratificando un acto nulo absolutamente;
2. Tampoco es una solemnidad cuya omisión acarree la inexistencia del fideicomisario. Si así fuera, no podría solicitarse la inscripción por el fideicomisario, el que no sería tal sino desde la inscripción, y mientras ésta no se practique no habría ni fideicomiso ni fideicomisario; (110)
3. Creemos que la inscripción que ordena la ley sólo tiene por objeto hacer oponible la propiedad fiduciaria a terceros. Es posible que también tenga por objeto mantener la historia de la propiedad raíz y que por ello la ley ordene la práctica de esa inscripción. Hay que tener presente en este sentido que el art. 52 del Reglamento de Registro Conservatorio de Bienes Raíces menciona entre los títulos que deben inscribirse la constitución de los fideicomisos que comprenden o afectan bienes raíces (Nº 2). Sin embargo, recordamos que lo dispuesto en el art. 696 del Código Civil, no se aplica al fideicomiso en lo que a la inscripción a que nos estamos refiriendo dice relación pues no se menciona esa inscripción en los artículos anteriores al mencionado 696 que comienza con la frase: "Los títulos cuya inscripción se prescribe en los *artículos anteriores*...". El Reglamento no establece sanciones por la omisión de las inscripciones.

Por último, y recalando que la referida inscripción tiene por objeto hacer oponible la propiedad fiduciaria a terceros, no vemos inconveniente en que la restitución, esto es, la traslación de la pro-

(110) Id. (108).

piedad al fideicomisario (art. 733), se haga aunque no se haya inscrito el fideicomiso en el Registro de Hipotecas y Gravámenes.

### 323. LA RESTITUCIÓN

En el fideicomiso, se llama *restitución* la translación de la propiedad de manos del propietario fiduciario a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, esto es, al fideicomisario.

#### a) ¿Cuándo debe hacerse la restitución?

La restitución debe hacerse una vez cumplida la condición de que pende.

Si la condición no se cumple en el plazo de cinco años, la propiedad se consolida en el fiduciario y se extingue la expectativa del fideicomisario (art. 739).

#### b) Necesidad de inscripción en la restitución de fideicomisos que recaen sobre inmuebles.

Aunque la condición de que pende la restitución del fideicomiso es resolutoria ordinaria para el propietario fiduciario y, en consecuencia opera de pleno derecho, creemos que la restitución debe inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, por lo menos para mantener la historia de la propiedad raíz y para que el fideicomisario adquiriera la posesión del inmueble objeto del fideicomiso.

Creemos que el instrumento público entre vivos o el testamento en que se constituye el fideicomiso contiene, respecto del fideicomisario, un título traslativo de dominio.

Según el Código Civil son títulos traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo (art. 703). Esta definición bien poco dice sobre lo que es en sí un título traslativo de dominio. Creemos que es tal el acto jurídico que contiene la voluntad de transferir el dominio o, que hace nacer la obligación de

transferirlo, sea que al hacerse la tradición éste se transfiera o no se transfiera. Por ejemplo, la compraventa es un título traslativo de dominio porque en ella el vendedor se obliga a transferir el dominio, aunque esto no se logra en algunos casos, como en el de la venta de cosa ajena.

Ahora bien, el acto entre vivos constitutivo del fideicomiso es traslativo de dominio respecto del propietario fiduciario y respecto del fideicomisario. En él, el constituyente manifiesta su voluntad de transferir el fideicomiso al propietario fiduciario (puede ser una compraventa por ejemplo). Al aceptar la constitución de la propiedad fiduciaria, el fiduciario, por ese hecho se está obligando a transferir la propiedad al fideicomisario en caso de cumplirse la condición. Si no hay fiduciario, el constituyente se está obligando a hacer esa transferencia al fideicomisario (art. 748).

Si el fideicomiso se constituye en testamento, éste no es título traslativo respecto del fiduciario. Es título del modo de adquirir derivativo sucesión por causa de muerte. En este caso el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria por sucesión por causa de muerte. Pero el fideicomisario la va a adquirir, en caso de cumplirse la condición, por tradición. Respecto de este último, el testamento es título traslativo de dominio, ya que impone al fiduciario la obligación de transferir la propiedad al fideicomisario.

Ahora bien, no siempre se va a poder inscribir el título constitutivo del fideicomiso sino que tendrá que extenderse una escritura de entrega ya que no siempre el cumplimiento de la condición consta de manera que el Conservador de Bienes Raíces se vea obligado a inscribir el título. Pero lo mismo sucede en las ventas con entrega bajo condición suspensiva. Por otra parte, si el fiduciario o el constituyente se niegan a hacer la restitución, habrá que ocurrir al juez para que le ordene. Si la condición de la restitución es la muerte del fiduciario, estimamos posible practicar la restitución mediante la inscripción del testamento acreditando la muerte del fiduciario con el correspondiente certificado de defunción.

Por las razones expuestas y de acuerdo con lo dicho en el art. 52 N° 1 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces

ces, creemos que esa inscripción es necesaria porque la disposición citada señala que deberán inscribirse en el Registro Conservatorio los títulos traslativos de los bienes raíces.

Aclaremos desde ya que, en nuestro concepto, respecto de la propiedad fiduciaria sobre bienes raíces, normalmente habrá dos inscripciones, una relativa a su constitución en el Registro de Hipotecas y Gravámenes (arts. 52 N° 2 y 31 y 32 del Reglamento) y otra u otras relacionadas con las traslaciones de la propiedad, en el Registro de Propiedad.

En el caso de la sucesión por causa de muerte, las inscripciones relacionadas con la traslación de la propiedad (no necesariamente traspasan la propiedad) serán la de la posesión efectiva, la del testamento y las especiales de herencia o de entrega de legado respecto del fiduciario, y la de la restitución respecto del fideicomisario.

### 324. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

### 325. DERECHOS DE FIDUCIARIO

El propietario fiduciario es dueño de la cosa. Su dominio, sin embargo, está sujeto a condición resolutoria.

En su calidad de dueño, tiene los siguientes derechos:

- a) *Puede reivindicar el fideicomiso* si pierde su posesión (art. 893).
- b) *La propiedad fiduciaria puede "enajenarse" entre vivos y "transmitirse" por causa de muerte*, pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución bajo las mismas condiciones que antes (art. 751).

No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso si el fidu-

ciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determina el día de la restitución (arts. 751, inc. 2° y 1317, inc. final). La disposición citada contiene uno de los pocos casos en que el legislador expresamente permite una cláusula voluntaria de *no enajenar*.

- c) *El propietario fiduciario puede gravar la cosa*. Ya sabemos que los gravámenes constituyen enajenaciones, que el art. 751 expresamente permite.

Sin embargo, atendida la naturaleza resoluble de la propiedad fiduciaria, el art. 757 dispone que en cuanto a la imposición de hipotecas, censos, servidumbres y cualquier otro gravamen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de las personas que viven bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario a los del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el art. 761 tengan derecho para impetrar providencias conservatorias, no será obligado el fideicomisario a reconocerlos.

En consecuencia, para la imposición de gravámenes por parte del fiduciario se requiere:

- 1° Autorización judicial dada con conocimiento de causa;
- 2° Audiencia de las personas que señala el art. 761, esto es, el fideicomisario; o si éste es una persona que todavía no existe y cuya existencia se espera, sus ascendientes legítimos; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia.

Si no se cumple con las formalidades dichas, la constitución del gravamen es inoponible al fideicomisario (art. 757 parte final).

- d) *Inembargabilidad del fideicomiso*. La cosa dada en fideicomiso es inembargable mientras la posee el fiduciario (arts. 1618 N° 8 del Código Civil y 445 N° 14 del Código de Procedimiento Civil).

- e) *El fiduciario tiene la "libre administración" de las especies comprendidas en el fideicomiso*, y podrá mudar su forma; pero conservando su integridad y valor (art. 758, inc. 1º).
- f) *El fiduciario tiene derecho a "gozar" de los frutos del fideicomiso* (arts. 754 y 790).

### 326. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO FIDUCIARIO

- a) *Debe "cuidar" la cosa*. Responde de culpa leve. Debe conservar la integridad y el valor de la cosa (art. 758).
- b) *Debe "hacer inventario solemne" de las cosas que recibe en fideicomiso* (arts. 754 y 775).

No está, sin embargo, obligado a prestar caución de conservación y restitución, sino en virtud de sentencia de juez, que así lo ordene como providencia conservatoria, impetrada en conformidad al artículo 761 (art. 755).

- c) Cumplida la condición *debe "restituir" la cosa al fideicomisario*.

Recordamos que la condición en el fideicomiso no opera con efecto retroactivo, y subsisten los actos que haya ejecutado legalmente el fiduciario mientras la tuvo en su poder.

- d) *Debe "indemnizar" los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa* (art. 758, inc. 2º).

### 327. PAGO DE LAS EXPENSAS

Para determinar quién *soporta*, en definitiva, las expensas que haya que hacer en el fideicomiso, hay que distinguir si se trata de expensas necesarias, ordinarias o extraordinarias; o de expensas no necesarias, útiles o voluptuarias.

Todas las expensas, mientras la cosa está en poder del fiduciario las paga él.

El art. 754 relativo a esta materia establece que el propietario fiduciario tiene sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargos del usufructuario, con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan.

#### a) *Expensas necesarias ordinarias de conservación y cultivo.*

Son los gastos indispensables de conservación y cultivo necesarios para hacer producir la cosa.

Como el fiduciario goza de los frutos, él debe hacer las referidas expensas sin que pueda exigir nada al fideicomisario (arts. 754 y 795).

Entre estas expensas necesarias ordinarias podemos incluir las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravado el fideicomiso y que se devenguen antes de cumplirse la condición (arts. 754 y 796 inc. 1º).

También pueden considerarse expensas necesarias ordinarias y debe pagarlas el fiduciario los impuestos periódicos fiscales y municipales que graven el fideicomiso antes de cumplirse la condición (art. 796, inc. 2º).

#### b) *Expensas necesarias extraordinarias.*

Se llaman también obras o refacciones necesarias mayores, y son las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa (art. 798).

Son de cuenta del fiduciario pero como también van a beneficiar al fideicomisario, llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario dichas expensas, reducidas a lo que con mediana inteligencia y cuidado debieron costar, y con las rebajas que van a expresarse:

- 1º Si se han invertido en obras materiales, como diques, puentes, paredes, no se le reembolsarán en razón de estas obras, sino lo que valgan al tiempo de la restitución;

2º Si se han invertido en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca, o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse sin comprometer los derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que hayan costado estos objetos una vigésima parte por cada año de los que desde entonces hubieran transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieran transcurrido más de veinte nada se deberá por esta causa (art. 756).

Hacemos presente que la parte final del artículo citado no tiene aplicación pues la condición no puede tardar más de cinco años en cumplirse (art. 739), salvo que sea la muerte del fiduciario la referida condición.

Ejemplo de expensa necesaria extraordinaria de conservación sería cambiar el techo de una casa, hacer una pared.

Ejemplo de expensa necesaria ordinaria de conservación sería pintar los troncos de los árboles con cal para evitar infecciones.

En ambos ejemplos se trata de la conservación de la cosa y se trata de gastos necesarios, pero el primero sucede a grandes intervalos y el segundo es periódico.

c) *Expensas útiles y voluptuarias.*

*Expensas útiles* son las que no siendo necesarias aumentan el valor venal de la cosa (art. 909, inc. 2º).

*Expensas voluptuarias* son las que consisten en objetos de lujo y recreo, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante (art. 911, inc. 2º).

En cuanto a estas mejoras útiles o voluptuarias el fiduciario no tendrá derecho a reclamar cosa alguna al fideicomisario, salvo en cuanto lo haya pactado con él.

Sin embargo, puede oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras hayan producido en las especies, hasta concurrencia de la indemnización que debiere (art. 759).

Creemos que, además, el fiduciario puede retirar los materiales de las mejoras, útiles y voluptuarias, que pueda separar sin detrimento de la cosa, si el fideicomisario no se allana a pagarle el valor que tendrían los materiales una vez separados de la cosa (arts. 754 y 801). (111)

### 328. DERECHOS DE RETENCIÓN DEL FIDUCIARIO

De acuerdo a los arts. 754 y 800, el fiduciario podrá retener el fideicomiso hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que es obligado el fideicomisario.

### 329. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

### 330. DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo (art. 761, inc. 1º).

Pero como todo acreedor condicional (art. 1492) tiene un germen de derecho que le permite realizar ciertos actos.

- a) *Puede vender su expectativa.* Si se pueden vender las cosas que no existen pero se espera que existan, con mayor razón puede venderse la expectativa del fideicomisario. Se trataría de una compraventa aleatoria (art. 1813). (112)
- b) *Puede impetrar las providencias conservativas que le convengan.* Ello cuando la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario (art. 761, inc. 2º).

Entre esas medidas está la de que el fiduciario rinda caución (art. 755).

(111) C. Santiago, 27 noviembre 1886, G. 1886, T. II, Nº 3671, pág. 2350.

(112) C. S., 10 enero 1918, G. 1918, 1ª sem., T. 16, pág. 59.

Tendrán el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia (art. 761, inc. 3º). Se trata, en el caso de los ascendientes, de una representación legal para ese efecto.

c) *Tiene derecho a ser oído cuando el fiduciario quiera gravar la cosa.* Si no es oído o no lo son personas a que se refiere el art. 761, el gravamen no es nulo pero es inoponible al fideicomisario (art. 757).

d) *Tiene derecho a reclamar la cosa una vez cumplida la condición.*

e) *Tiene derecho a cobrar perjuicios* por los menoscabos o deterioros que provengan del hecho o culpa del fiduciario (art. 758, inc. 2º).

### 331. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

El fideicomisario debe reembolsar las expensas necesarias extraordinarias de acuerdo con lo previsto en el art. 756.

### 332. MUERTE DEL FIDEICOMISARIO ANTES DE CUMPLIRSE LA CONDICIÓN

Ya vimos que de acuerdo al art. 738, el fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la época de la restitución.

Concordante con esa disposición, el art. 762 establece que el fideicomisario que fallece antes de la restitución, no transmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere.

### 333. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

El art. 763 señala las causales por las que se extingue el fideicomiso.

a) *Por la restitución.*

Ya sabemos que es la translación de la propiedad al fideicomisario, esto es, a la persona a cuyo favor se ha constituido el fideicomiso (art. 733, inc. final).

b) *Por la resolución del derecho de su autor.*

Como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa, y se verifica la retroventa.

c) *Por la destrucción de la cosa en que está constituido.*

Ello es conforme lo prevenido en el art. 807 que dispone que el usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa fructuaria; si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante.

Creemos que lo dispuesto en el inc. 2º del art. 807 no se aplica al fideicomiso habida consideración a la naturaleza de esta institución. Si se da en fideicomiso un edificio, creemos que subsiste sobre el terreno aunque se destruya el edificio. Naturalmente que si el edificio destruido pertenece a una heredad, el fiduciario conserva su derecho y el fideicomisario su expectativa (art. 807, inc. 3º).

d) *Por la renuncia del fideicomisario.*

Ella debe hacerse antes de la restitución.

Si, conforme al art. 12, pueden renunciarse los derechos, con mayor razón pueden renunciarse las expectativas.

Naturalmente que la renuncia del fideicomisario es sin perjuicio de los derechos de los sustitutos. Es decir, el fideicomisario,



cuando hay substitutos, no puede renunciar en favor del fiduciario.

e) *Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo.*

Ya estudiamos que toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución. Estos cinco años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria (art. 739).

f) *Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.*

Por ejemplo, cuando se da algo a una persona bajo la condición de que pase a otra al cumplirse una condición y el fiduciario fallece habiendo dejado como único heredero al fideicomisario.

Sucede lo mismo si el fiduciario compra la expectativa al fideicomisario.

### 334. TENEDOR FIDUCIARIO

Según el art. 749 si se dispusiere que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o faltar la condición, adquiriera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un *tenedor fiduciario*, que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes.

Las facultades administrativas de los curadores de bienes están en los arts. 473 y siguientes, particularmente en el art. 487.

Hacemos presente que el artículo que analizamos adolece de un grave error pues dice que la propiedad puede ser adquirida por el fideicomisario en caso de cumplirse o faltar la condición.

La verdad es que cuando falta la condición, el fideicomisario no adquiere la propiedad.

Creemos que Bello quiso referirse al cumplimiento de la condición positiva y de la negativa. Pero es necesario que ambas se cumplan para que el fideicomisario adquiriera la propiedad.

### 335. FIDUCIARIO CON DERECHO DE GOZAR DE LA PROPIEDAD A SU ARBITRIO

Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro (art. 760, inc. 1º).

Creemos que en este caso el fiduciario no es responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su culpa o de su hecho.

Pero estimamos que sería responsable de los deterioros o menoscabos que provengan de su dolo o de su culpa grave y que el fideicomisario puede evitarlos implorando providencias conservativas. La condonación del dolo o de la culpa grave futuras no puede suponerse (arts. 1465 y 44, inc. 1º parte final).

### 336. FIDEICOMISO DE RESIDUO

Es el que sólo da derecho al fideicomisario para reclamar lo que exista al tiempo de la restitución por haberse concedido al fiduciario la libre disposición de la propiedad (art. 760, inc. 2º).

Hay autores que estiman que si las enajenaciones no se hacen en beneficio del fiduciario sino sólo para perjudicar al fideicomisario, éste tendrá derecho a cobrar perjuicios. (113)

En el fideicomiso de residuo, si el fiduciario enajena a título oneroso la propiedad, el fideicomisario no tiene derecho a reclamar lo que se le haya dado. El Proyecto de 1855 así lo establecía en el art. 907 pero fue suprimido en el código.

(113) Ver Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 627.

### 337. LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

Los fideicomisos se llaman también substituciones, substituciones fideicomisarias.

Según Claro Solar,

*“substitución es en general el llamamiento o designación de una persona para que ocupe el lugar de otra que no acepta la liberalidad, o que antes de deferírsele éste llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extingan su derecho eventual. Cuando el llamamiento de la persona que debe ocupar el lugar de ésta se halle sujeta a una condición, se dice que la substitución es fideicomisaria; en los demás casos la substitución es vulgar”. (114)*

Por eso es que el art. 1164 dice que substitución fideicomisaria es aquélla en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

Y agrega que la substitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el título “De la propiedad fiduciaria”.

(114) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. 8, N° 907.

## CAPÍTULO XIII

### EL USUFRUCTO

#### 338. GENERALIDADES

Normalmente el dueño de una cosa ejerce, como una facultad del dominio, el derecho de goce sobre esa cosa.

Sin embargo, ese derecho de goce puede, a veces, pertenecer a terceros.

El derecho de goce de los terceros puede emanar de un derecho personal, como en el arrendamiento, o puede ser un derecho real, como el usufructo.

A su vez, el derecho de goce de los terceros puede recaer sobre todos los frutos (usufructo) o sobre una parte limitada de ellos (uso).

Los derechos reales de goce, esto es, el usufructo, el uso y la habitación son los que en el Derecho Romano constituían las “servidumbres personales” ya que eran gravámenes impuestos en favor de las personas y no de los predios. La denominación de “servidumbres personales” fue suprimida en el código.

#### 339. CONCEPTO

El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia,



y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible (art. 764).

Cuando el usufructo recae en cosas no fungibles se llama usufructo o usufructo propiamente dicho; cuando recae en cosas fungibles, se llama cuasiusufructo.

### 340. PERSONAS Y DERECHOS QUE SE DISTINGUEN EN EL USUFRUCTO

En el usufructo, necesariamente, hay dos personas, el nudo propietario, que estando despojado de las facultades de usar y gozar de la cosa, conserva la facultad de disposición; y el usufructuario, que tiene las facultades de uso y goce de la cosa (art. 765).

Además de las personas mencionadas puede existir el constituyente, si el usufructo se da a una persona y a otra la nuda propiedad. Si el dueño de la cosa le da en usufructo a otra, se confunden el constituyente y el nudo propietario.

Consecuencia de lo dicho es que en el usufructo concurren dos derechos, el del nudo propietario, que es la nuda propiedad, y el del usufructuario.

El usufructuario es mero tenedor de la cosa (arts. 714 y 725).

Sin embargo, es dueño de su derecho de usufructo (art. 583). Por eso puede reivindicarlo (art. 891).

### 341. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE USUFRUCTO

- a) Es un derecho *real* (arts. 577 y 764);
- b) Es un derecho *de goce*. El usufructuario ejerce las facultades de uso y goce que da el dominio. El usufructuario se hace dueño de los frutos naturales y civiles que produzca la cosa;
- c) Es un derecho *limitado y limitativo* del dominio. Es una *limitación* del dominio (art. 732 N° 2).

Es un derecho en cosa ajena. Es un título de mera tenencia (arts. 714 y 725);

- d) Tiene una *duración limitada*, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad (art. 765, inc. 2°);
- e) Es un derecho *sujeito a plazo* (art. 765, inc. 2°);
- f) Es *intransmisible* por causa de muerte (art. 773, inc. 2°).

La nuda propiedad puede transferirse por acto entre vivos, y transmitirse por causa de muerte (art. 773, inc. 1°).

### 342. COSAS SOBRE LAS QUE SE PUEDE CONSTITUIR USUFRUCTO

La verdad es que sobre esta materia el código no estableció limitación alguna. En consecuencia, pueden darse en usufructo las cosas corporales e incorporeales; las universalidades; las cosas fungibles y las no fungibles; las consumibles y no consumibles.

### 343. USUFRUCTO DE COSAS FUNGIBLES. CUASIUSUFRUCTO

La doctrina discute si el usufructo sobre cosas fungibles es o no es usufructo y parte de ella cree que el concepto tradicional de usufructo no puede aplicarse a las cosas fungibles.

También se discute si el código al referirse a cosas fungibles quiso referirse a las consumibles solamente. (115)

Creemos que esas discusiones no tienen cabida en nuestro derecho dado lo dispuesto en los arts. 764 y 789.

Este último artículo dice que si el usufructo se constituye sobre cosas *fungibles*, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual

(115) Vidarovic, Amorin, ob. cit. págs. 641, 642, 643.

cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo.

#### 344. DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y EL CUASIUSUFRUCTO

- a) El usufructo es un derecho real; el cuasiusufructo hace nacer derechos personales;
- b) El usufructuario es mero tenedor de la cosa; el cuasiusufructuario se hace dueño de ella;
- c) El usufructuario es obligado a restituir la misma especie que se le dio en usufructo; el cuasiusufructuario sólo es obligado a entregar igual cantidad de cosas de igual calidad, o su valor en dinero;
- d) El usufructo recae sobre especies o cuerpos ciertos; el cuasiusufructo recae sobre cosas de género;
- e) En el usufructo el riesgo de la cosa es del nudo propietario; en el cuasiusufructo del cuasiusufructuario.

#### 345. DIFERENCIAS ENTRE EL CUASIUSUFRUCTO Y EL MUTUO

La verdad es que estas dos instituciones son muy semejantes.

Según el art. 2196, el mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad. Por su parte, el art. 2197 dice que no se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.

Como se puede ver, salvo casos especiales que no es oportuno analizar, hay gran semejanza entre el mutuo y el cuasiusufructo.

Sin embargo, podemos señalar las siguientes diferencias:

- a) El cuasiusufructo puede constituirse por ley, por testamento o por contrato; el mutuo siempre es un contrato;

- b) El cuasiusufructuario está obligado a rendir caución de que restituirá otras tantas cosas del mismo género y calidad, o su valor. El mutuario no está obligado a rendir caución alguna;
- c) El cuasiusufructuario es obligado a confeccionar inventario solemne de las cosas que recibe. El mutuario no;
- d) El cuasiusufructo y el mutuo se extinguen por causales diversas.

#### 346. ¿CÓMO PUEDE CONSTITUIRSE EL USUFRUCTO?

Según el art. 766, el derecho de usufructo se puede constituir de varios modos, que señala:

- a) *Por ley*, como el del padre de familia, sobre ciertos bienes del hijo;
- b) *Por testamento*;
- c) *Por acto entre vivos*, que puede ser donación, venta, permuta, etc.;
- d) *Por prescripción*.

Agreguemos que también puede constituirse:

- e) Por sentencia del partidor.

#### 347. USUFRUCTO LEGAL

Es el que establece la ley.

*El art. 810 dice que el usufructo legal del padre o madre de familia sobre ciertos bienes del hijo, y del marido, como administrador de la sociedad conyugal, en los bienes de la mujer están sujetos a las reglas especiales del título "De la patria potestad" y del título "De la sociedad conyugal".*

En consecuencia, el código establece que son usufructos legales el del marido sobre los bienes de la mujer cuando se han casado en

régimen de sociedad conyugal y el del padre o madre de familia sobre ciertos bienes del hijo.

Hay quienes piensan que otro caso de usufructo legal es el de los poseedores provisorios en el caso de la muerte presunta.

*a) Usufructo del padre o madre de familia sobre ciertos bienes del hijo.*

El art. 243 dice que el padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados los casos que señala. Es decir, el padre tiene el usufructo de los bienes del hijo de familia que integran su peculio adventicio ordinario. No lo tiene respecto de los bienes que integran los peculios profesionales o industrial ni respecto de los bienes que integran el peculio adventicio extraordinario. No ahondaremos sobre estas materias pues se estudian en Derecho de Familia.

Sin embargo, diremos que el usufructo legal del padre sobre los bienes del hijo de familia tiene notables diferencias con el usufructo que estamos estudiando.

- 1º Por de pronto no es derecho real;
- 2º No da derecho de persecución;
- 3º No es embargable (art. 2466, inc. final);
- 4º El padre no está obligado a rendir caución de conservación y restitución (art. 245);
- 5º Tampoco es obligado a practicar inventario solemne, pero deberá llevar una descripción circunstanciada de los bienes en que tiene el usufructo desde que empieza a administrarlos (art. 249);
- 6º El usufructo del padre termina por la emancipación del hijo (art. 244).

Creemos que el usufructo del padre sobre los bienes del hijo no es un verdadero usufructo sino un derecho legal de goce sobre

determinados bienes del hijo en razón de la obligación que tiene el padre de criar, educar y establecer al hijo (art. 228).

Reconocemos, sin embargo, que en el fondo esto es cuestión de nombres.

*b) Usufructo del marido sobre los bienes de la mujer cuando están casados en sociedad conyugal.*

Aunque el art. 810 dice que este usufructo se rige por las reglas dadas en el título "De la sociedad conyugal", el código en ese título no se refiere al usufructo del marido sobre los bienes de la mujer.

Estimamos que, tampoco éste es un verdadero derecho de usufructo. Es un derecho legal de goce que tiene el marido como administrador de la sociedad conyugal, como compensación de la obligación que tiene la sociedad conyugal de pagar el mantenimiento de los cónyuges; el mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga de familia (art. 1740 N° 5).

El marido no tiene obligación de rendir caución ni de hacer inventario solemne de los bienes de la mujer. Tampoco es derecho real y es inembargable (art. 2466). Termina por la disolución de la sociedad conyugal.

*c) Situación de los poseedores provisorios en la muerte presunta.*

Estimamos que el derecho de los poseedores provisorios sobre los bienes del desaparecido es un derecho de dominio sujeto a la condición resolutoria de que el desaparecido reaparezca.

De considerarse que es un derecho de usufructo no coexistiría con la nuda propiedad ya que el posible nudo propietario estaría muerto y sus herederos son precisamente los poseedores provisorios.

**348. USUFRUCTO VOLUNTARIO**

Usufructo voluntario es el constituido por voluntad del hombre, manifestada en acto entre vivos o en testamento.

**349. USUFRUCTO VOLUNTARIO CONSTITUIDO POR ACTO ENTRE VIVOS**

El acto constitutivo del usufructo puede ser a título gratuito (donación) o a título oneroso (compraventa, aporte en sociedad, etc.).

El usufructo puede resultar de la enajenación de ese derecho, por ejemplo, cuando el propietario pleno vende el usufructo a un tercero; de la reserva del usufructo, por ejemplo, cuando el propietario pleno vende la nuda propiedad. En este caso lo que se enajena es la nuda propiedad. También puede resultar el usufructo de la enajenación de la nuda propiedad y del usufructo a distintas personas.

*a) Requisitos del usufructo constituido por acto entre vivos.*

Si el usufructo recae sobre cosas muebles es *consensual*, no requiere de formalidad alguna.

Si recae sobre inmuebles es *solemne*, no vale si no se otorga por instrumento público inscrito (art. 767).

El instrumento público a que se refiere el código es la *escritura pública*.

*b) Papel de la inscripción en el Registro Conservatorio.*

Para algunos la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes cumple dos funciones, la de ser solemnidad del acto constitutivo del derecho de usufructo conforme la letra del art. 767, y la de ser la forma de hacer nacer el derecho de usufructo conforme lo previenen los arts. 686 del Código Civil y 52 N° 2 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces. Hay jurisprudencia en este sentido. (116)

(116) C. S., R., T. 14, sec. 1ª, pág. 340.

Otros, que en nuestro concepto están en lo cierto, estiman que la inscripción no es solemnidad del acto constitutivo del usufructo, sólo lo sería la escritura pública. La inscripción sería la forma de hacer nacer el derecho real de usufructo.

Si se considerara que la inscripción es una solemnidad del acto constitutivo del usufructo sobre inmuebles su omisión acarrearía la nulidad absoluta del acto constitutivo, pero ¿en qué momento? No hay duda que la inscripción hay que hacerla después de otorgada la escritura pública, pero ¿cuándo? Si el que debe practicar la inscripción se demora en hacerlo, estaría ratificando un acto nulo absolutamente. Todo ello nos parece ilógico. Creemos que del contrato otorgado por escritura pública nace el derecho personal para exigir la inscripción de la que nacerá el derecho real de usufructo. Así lo ha estimado la jurisprudencia. (117)

**350. USUFRUCTO VOLUNTARIO OTORGADO POR TESTAMENTO**

Cualquier testamento, solemne o privilegiado, sirve para constituir usufructo.

Cuando el usufructo se constituye por testamento, aunque recaiga sobre inmuebles no requiere de inscripción. El usufructuario adquiere el derecho real del usufructo por sucesión por causa de muerte.

Naturalmente que al inscribirse el testamento en los trámites de posesión efectiva va a quedar una constancia en dicha inscripción del usufructo.

**351. USUFRUCTO CONSTITUTIVO POR PRESCRIPCIÓN**

Tiene lugar cuando el que constituye el usufructo no es dueño de la cosa fructuaria, o cuando el usufructuario no es tal, por ejemplo cuando se constituye en testamento que es posteriormente revocado y el legatario posee el usufructo.

(117) C. S., R., T. 48, sec. 1ª, pág. 354; T. 51, sec. 1ª, pág. 605.



Como lo acabamos de decir, para ganar el usufructo por prescripción es necesario que el usufructuario no sea dueño de su derecho de usufructo sino su poseedor (art. 2498).

El tiempo necesario para ganar el usufructo por prescripción varía entre dos, cinco o diez años, según se trate de cosas muebles o inmuebles y de que la posesión del usufructuario sea regular o irregular (arts. 2508 y 2511 en relación el art. 2512).

Recordamos que la sentencia que declara una prescripción debe inscribirse para que sea oponible a terceros (art. 2513).

### 352. CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO POR SENTENCIA

Tiene lugar en el juicio de participación de bienes, en el caso del N° 6 del art. 1337 que dice que si dos o más personas fueren asignatarios de un predio, podrá el partidor con el legítimo consentimiento de los interesados separar la propiedad del usufructo, habitación o uso para darlos por cuenta de la asignación.

No vemos ningún impedimento para aplicar esa norma a los bienes muebles.

Para algunos, la constitución del usufructo por sentencia no es tal sino que lo es en forma voluntaria ya que requiere del legítimo acuerdo de los interesados.

### 353. LIMITACIONES QUE IMPONE LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

- a) Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos (art. 769, inc. 1°).

El usufructo es *sucesivo* cuando se concede a varias personas para que lo gocen unas en pos de las otras.

El usufructo es *alternativo* cuando se concede a varias personas para que lo gocen en forma sucesiva para que al terminar el

usufructo de la última vuelve a la primera y así sucesivamente. Por ejemplo, doy en usufructo una cosa a A por dos años, transcurridos los cuales gozará B del usufructo por otros dos años cuando este plazo venza volverá el usufructo a A por dos años.

Si de hecho se constituyeren usufructos sucesivos o alternativos, los usufructuarios posteriores al primero se considerarán como substitutos, para el caso de faltar éste antes de deferirse el usufructo (art. 769, inc. 2°).

El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado (art. 769, inc. 3°).

Como se puede ver, es posible designar substitutos al usufructuario, pero estas substituciones son siempre vulgares.

- b) Se prohíbe constituir usufructo alguno bajo una condición o a un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio. Si de hecho se constituyere, no tendrá valor alguno (art. 768, inc. 1°).

Creemos que lo que no vale es el usufructo, no la condición. Estimamos que en el caso a que se refiere la disposición citada no puede considerarse que el usufructo es puro y simple ya que no es esa la voluntad del constituyente.

Con todo, si el usufructo se constituye por testamento, y la condición se hubiere cumplido, o el plazo hubiere expirado antes del fallecimiento del testador, valdrá el usufructo (art. 768, inc. 2°).

### 354. DURACIÓN DEL USUFRUCTO

Según el inc. 2° del art. 765 el usufructo tiene una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad.

El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario (art. 770, inc. 1°).

Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario (art. 770, inc. 2°).

El usufructo constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años.

Creemos que la norma anterior se aplica también a las sociedades pues pensamos que con las expresiones "corporación y fundación" que emplea el código ha querido significar persona jurídica habida consideración que Bello miraba con malos ojos el usufructo. Hay jurisprudencia en contra. (118)

Si el usufructuario fallece pendiente el plazo señalado para la duración del usufructo, éste se extingue. La muerte del usufructuario siempre pone fin al usufructo (art. 773, inc. 2°).

Pensamos que el usufructo termina al terminar la persona jurídica en cuyo favor se constituyó, aunque esté pendiente el plazo de su duración.

La duración del usufructo, sin perjuicio de estar limitado por un plazo, puede sujetarse, además a una condición (art. 771, inc. 1°).

Si la condición no se cumple antes de la expiración del plazo, se mirará como no escrita (art. 771, inc. 2°).

### 355. USUFRUCTUARIOS SIMULTÁNEOS

Se puede constituir un usufructo a favor de dos o más personas, que lo tengan simultáneamente, por igual, o según las cuotas determinadas por el constituyente (art. 772 primera parte).

En este caso podrán los usufructuarios dividir entre sí el usufructo, de cualquier modo que de común acuerdo les pareciere (art. 772 segunda parte).

(118) C. Valparaíso, 18 mayo 1901, G. 1901, T. I, N° 836, pág. 706.

Siendo dos o más los usufructuarios, habrá derecho de *acrecer*, y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios (art. 780, inc. 1°).

Lo cual se entiende, si el constituyente no hubiere dispuesto que terminado un usufructo parcial se consolide con la propiedad (art. 780, inc. 2°).

### 356. DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

#### a) Derecho de uso y goce.

1° El usufructuario tiene derecho a percibir todos los *frutos naturales*, incluso los pendientes al tiempo de deferirse el usufructo (art. 781, inc. 1° que se refiere a los inmuebles pero que no vemos inconveniente en extender su contenido a los muebles).

También tiene derecho a percibir los *frutos civiles*, que se le deben día a día (art. 790).

Si el usufructuario, por ejemplo, da en arrendamiento el usufructo por cuatro años y recibe el precio, y después se extingue el usufructo, supongamos al cabo de dos años, debe dar al nudo propietario la mitad de los frutos ya que a él le pertenecen día por día.

En cuanto al usufructo de acciones, los dividendos pertenecen al usufructuario ya que son frutos civiles. Las crías en cuanto corresponden a utilidades también son frutos y pertenecen al usufructuario. Las crías de pago pertenecen al nudo propietario ya que para adquirirlos hay que pagar y, en consecuencia, no pueden considerarse frutos.

2° El usufructuario de una heredad goza de todas las *servidumbres* activas constituidas a favor de ella (art. 782 parte primera).

3° El usufructuario tiene derechos a ciertos *productos* de la cosa fructuaria. Se señalarán en los números siguientes.

4º El goce del usufructuario de una heredad se extiende a los *bosques y arbolados*, pero con el cargo de conservarlos en un ser, reponiendo los árboles que derribe, y respondiendo de su menoscabo, en cuanto no dependa de causas naturales o accidentes fortuitos (art. 783).

5º Si la cosa fructuaria comprende *minas y canteras en actual laboreo*, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas, y no será responsable de la disminución de productos que a consecuencia sobrevenga, con tal que haya observado las disposiciones de la ordenanza respectiva (art. 784).

Nótese que el usufructuario sólo tiene derecho a las minas y canteras que estaban en actual laboreo al deferirse el derecho de usufructo. Si hay minas que pertenecen al dueño del predio pero que no se explotan, el usufructuario no tiene derecho para hacerlo ya que es obligado a conservar la forma y substancia de la cosa.

Sin embargo, puede explotar las minas que como descubridor le pertenezcan.

6º El usufructuario tiene derecho al goce de los *ganados y rebaños* que se le den en usufructo.

Para determinar sus derechos hay que distinguir si los animales se le dan en usufructo considerados individual o indeterminadamente, o en conjunto, considerando al rebaño como una universalidad de hecho.

Si los ganados se le dan *considerados individualmente*, se aplica el art. 787 que dice que el usufructuario de una cosa mueble tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino; y al fin del usufructo no es obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de aquellas pérdidas o deterioros que provengan de su culpa o dolo.

Si el ganado se da en forma indeterminada, no individual, se trata de un cuasiusufructo, y se aplica el art. 789.

Si se trata de un rebaño, considerado como universalidad de hecho, tiene lugar lo previsto en el art. 788 que dice que el usufructuario de ganados o rebaños es obligado a reponer los animales que mueren o se pierden, pero sólo con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños; salvo que la muerte o pérdida fueren imputables a su hecho o culpa, pues en este caso deberá indemnizar al propietario.

Si el ganado o rebaño perece del todo o en gran parte por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no estará obligado a reponer los animales perdidos, y cumplirá con entregar los despojos que hayan podido salvarse.

Hacemos presente que lo dicho en los artículos a que nos hemos referido precedentemente se entenderá sin perjuicio de las convenciones que sobre la materia intervengan entre el nudo propietario y el usufructuario, o de las ventajas que en la constitución del usufructo se hayan concedido expresamente al nudo propietario o al usufructuario (art. 791).

#### b) *Derecho a la administración de la cosa fructuaria.*

Según el inc. final del art. 777 el usufructuario podrá en todo tiempo reclamar la administración de la cosa fructuaria.

#### c) *Derecho a arrendar o ceder a título de mera tenencia el usufructo.*

El usufructuario puede dar en arriendo su derecho de usufructo.

Sin embargo, no podrá hacerlo si el constituyente se lo hubiera prohibido, a menos que el propietario le releve de la prohibición (art. 793).

El usufructuario que contraviene a esta disposición, *perderá* el derecho de usufructo (art. 793, inc. final).

Aun cuando el usufructuario tenga la facultad de dar en arriendo el usufructo, los arriendos que celebre se resolverán al fin del usufructo. El propietario concederá al arrendatario el tiempo que

necesite para la próxima percepción de frutos; y por ese tiempo quedará substituido al usufructuario en el contrato (art. 794).

Lo dicho se aplica a los casos en que el usufructuario ceda a otro título de mera tenencia el usufructo.

*d) Derecho a enajenar el usufructo.*

Dice el art. 793 que el usufructuario puede ceder el usufructo a quienquiera a título oneroso o gratuito.

Una de las formas de cederlo es a título translativo de dominio.

No podrá ceder el usufructo si le es prohibido por el constituyente, a menos que el propietario le releve de la prohibición.

El usufructuario que contraviniera a esta prohibición, perderá el derecho de usufructo (art. 793).

Se ha discutido si al enajenarse el usufructo, lo que se enajena es el derecho real de usufructo o sólo el derecho a percibir los frutos que dé la cosa fructuaria, es decir, el ejercicio del derecho de usufructo.

El problema es importante porque si se considera que lo que se cede es el derecho real de usufructo, el cesionario podría hipotecarlo (art. 2418). Por el contrario, si se considera que el usufructuario sólo cede el ejercicio del usufructo pero no el derecho real, él solamente podría hipotecarlo y no el cesionario.

La segunda posición parece que es confirmada por lo dispuesto en el inciso 2º del art. 793 que dice que cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario. Hay jurisprudencia en este sentido. (119)

Si a pesar de estar prohibida la enajenación, el usufructuario la lleva a efecto y pierde el derecho de usufructo, creemos que el

(119) C. S., R., T. 37, sec. 1ª, pág. 177.

cesionario tiene acción de saneamiento por evicción, si ésta es procedente, que en definitiva se va a traducir en la de indemnizar los perjuicios conforme lo previene el art. 1847. Si la cesión se hace a título de donación, se aplican los arts. 1422 y 1423.

*e) Derecho a hipotecar el derecho de usufructo.*

Así lo establece el art. 2418. El acreedor hipotecario sólo tiene derecho a embargar y hacer enajenar el derecho de usufructo hipotecado. No tiene derecho a percibir los frutos, que los sigue percibiendo el usufructuario, sin perjuicio de que pueda embargar los frutos.

*f) Derecho a enajenar la cosa sobre la que se ejerce el usufructo.*

Este derecho no lo tiene el usufructuario sino el cuasiusufructuario que se hace dueño de las cosas que se le dieran en usufructo.

*g) Derecho legal de retención.*

Según el art. 800 el usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que según los artículos precedentes, es obligado el propietario.

*h) Acción reivindicatoria y acciones posesorias.*

Siendo el usufructuario dueño de su derecho de usufructo, es titular de la acción reivindicatoria (art. 891) y de las acciones posesorias (art. 916) cuando procedan, si es poseedor del derecho de usufructo.

### 357. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

Para estudiarlas hay que distinguir en:

- a) Obligaciones anteriores a que entre en el goce de la cosa fructuaria;
- b) Obligaciones durante el usufructo;
- c) Obligaciones una vez terminado el usufructo.



### 358. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO ANTERIORES AL GOCE DE LA COSA

#### a) *Inventario solemne.*

El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes (art. 775, inc. 1°).

El inventario solemne es el que se hace previo decreto judicial, ante el funcionario competente (notario u otro ministro de fe que autorice el tribunal) y dos testigos, y con los requisitos que se señalan en los arts. 858 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Hay usufructuarios que no están obligados a hacer inventario solemne. Son:

- 1° El padre o madre de familia respecto de los bienes del hijo (arts. 249 y 810);
- 2° El marido respecto de los bienes de la mujer (arts. 810 y 1724);
- 3° Cuando han sido exonerados de la obligación de hacer inventario por el constituyente.

A este respecto la doctrina no es uniforme. Hay autores que creen que el constituyente no puede exonerar al usufructuario de la obligación de hacer inventario solemne, basados en que el art. 775, inc. 2° permite expresamente la exoneración de la obligación de rendir caución y nada dice del inventario.

Otros creen que ello es posible pues, como se trata de derecho privado, puede hacerse todo aquello que la ley no prohíbe. Además, cuando el legislador ha querido evitar que no se haga inventario lo ha dicho, como es el caso de los guardadores (art. 379). (120)

(120) C. Talca, 5 junio 1915, G. 1915, T. I, N° 836, pág. 706.

Naturalmente que no se puede exonerar al usufructuario de su obligación de hacer inventario solemne cuando éste es requisito del título, como es el caso de las donaciones a título universal (art. 1407).

Mientras no se termine el inventario, tendrá el propietario la administración con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario (art. 776).

El propietario cuidará que se haga el inventario con la debida especificación, y no podrá después tacharlo de inexacto o de incompleto (art. 778).

#### b) *Caución de conservación y restitución.*

El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución (art. 775, inc. 1°).

La caución del cuasiusufructuario se reducirá a la obligación de restituir otras tantas cosas que las recibidas, del mismo género y calidad, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución (art. 775, inc. final).

La caución puede consistir en una prenda, una hipoteca o una fianza (art. 46).

La cuantía de la caución se determinará de común acuerdo entre el usufructuario y el nudo propietario. Si no hay acuerdo la determina el juez.

Hay usufructuarios que no están obligados a rendir caución:

- 1° Los usufructuarios legales;
- 2° El usufructuario que ha sido exonerado de la caución por el constituyente o por el nudo propietario (art. 775, inc. 2°);
- 3° El donante que se *reserva* el usufructo de la cosa donada (art. 775, inc. 3°).

Mientras el usufructuario no rinda la caución a que es obligado, tendrá el propietario la administración con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario (art. 776).

Si el usufructuario no rinde la caución a que es obligado, dentro de un plazo equitativo, señalado por el juez a instancia del propietario, se adjudicará la administración a éste, con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos deducida la suma que el juez prefijare por el trabajo y cuidados de la administración (art. 777, inc. 1°).

El usufructuario podrá *en todo tiempo* reclamar la administración prestando la caución a que es obligado (art. 777, inc. final). Este derecho es *imprescriptible*.

Podrá el propietario en el mismo caso tomar en arriendo la cosa fructuaria, o tomar prestados a interés los dineros fructuarios, de acuerdo con el usufructuario (art. 777, inc. 2°).

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, arrendar la cosa fructuaria, y dar los dineros a interés (art. 777, inc. 3°).

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, comprar o vender las cosas muebles y tomar o dar prestados a interés los dineros que de ello provengan (art. 777, inc. 4°).

Creemos que si no se ponen de acuerdo el nudo propietario y el usufructuario sobre las cuestiones a que se refieren los párrafos anteriores, el juez puede autorizar al nudo propietario al efecto.

Los muebles comprendidos en el usufructo, que fueren *necesarios* para el uso personal del usufructuario y de su familia, le serán entregados *bajo juramento* de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo (art. 777, inc. 5°). Esta es la llamada *caución juratoria*.

Como se puede ver, la caución en el usufructo tiene por objeto garantizar la conservación y restitución; en el cuasiusufructo

tiene por objeto garantizar la restitución de otras tantas cosas del mismo género y calidad que las recibidas, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución.

c) *Obligación de respetar los arriendos.*

El usufructuario es obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento. Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principia el usufructo (art. 792).

Hay autores que creen que para que el usufructuario deba respetar los arriendos, éstos deben constituirse por escritura pública si el usufructo se adquiere a título oneroso (art. 1962).

Otros creen que aunque el arrendamiento no se haya otorgado por escritura pública, o cuando el usufructo se adquiere a título gratuito el usufructuario debe respetar los arriendos por ser el art. 792 regla especial que prima sobre el art. 1962.

d) *Obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle.*

El usufructuario es obligado a recibir la cosa fructuaria en el estado en que al tiempo de la delación se encuentre, y tendrá derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioro que la cosa haya sufrido desde entonces en poder y por culpa del propietario (art. 774).

### 359. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO DURANTE EL GOCE DE LA COSA FRUCTUARIA

a) *Gozar de la cosa sin alterar su forma y substancia.*

Creemos que esta obligación permite hacer las mejoras que sean aconsejables para que la cosa produzca lo más posible manteniendo la substancia y forma de la cosa lo más semejante a la que tenía pero que permita un goce lo más racional posible.

b) *Cuidar de la cosa como un buen padre de familia.*

Responde de culpa leve.

Según el art. 787 el usufructuario de cosa mueble tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino: y al fin del usufructo no es obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de aquellas pérdidas o deterioros que provengan de su dolo o culpa.

Por su parte el art. 788 dice que el usufructuario de ganados o rebaños, es obligado a reponer los animales que mueren o se pierden, pero sólo con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños; salvo que la muerte o pérdida fueren imputados a su hecho o *culpa*, pues en este caso deberá indemnizar al propietario.

Por último, el art. 802, inc. 1º dice que el usufructuario es responsable no sólo de sus propios hechos u omisiones, sino de los hechos ajenos a que su *negligencia* haya dado lugar.

Recordamos que *culpa o negligencia* sin otra calificación significa culpa o descuido leve (art. 44).

Por consiguiente, el usufructuario es responsable de las servidumbres que por su tolerancia haya dejado adquirir sobre el predio fructuario, y del perjuicio que las usurpaciones cometidas en la cosa fructuaria hayan inferido al dueño, si no los ha denunciado al propietario oportunamente pudiendo (art. 802, inc. 2º).

c) *Pagar las cargas fructuarias.*

Como sabemos, son las indispensables para que la cosa produzca los frutos. Son:

1º *Las expensas ordinarias de conservación y cultivo* (art. 795).

2º *Las cargas periódicas*, como las pensiones y cánones con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que durante el usufructo se devenguen.

Hacemos presente que no es lícito al nudo propietario imponer nuevas cargas sobre ella en perjuicio del usufructo (art. 796, inc. 1º).

3º Corresponde asimismo al usufructuario *el pago de los impuestos periódicos* fiscales y municipales, que graven la cosa durante el usufructo, en cualquier tiempo que se hayan establecido (art. 796, inc. 2º).

Si por no hacer el usufructuario estos pagos los hiciere el propietario, o se enajenare o embarga la cosa fructuaria, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo (art. 786, inc. 3º).

d) *Pagar intereses corrientes por los capitales invertidos por el nudo propietario en las obras o refacciones mayores de la cosa fructuaria.*

El art. 797, inc. 1º establece esta obligación para el usufructuario, así como establece que las obras y refacciones mayores son de cargo del nudo propietario.

El usufructuario hará saber al propietario las obras y refacciones mayores que exija la conservación de la cosa fructuaria (art. 797, inc. 2º).

Si el propietario rehúsa o retarda el desempeño de estas cargas, podrá el usufructuario para libertar la cosa fructuaria y, conservar su usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se las reembolsará sin interés (art. 797, inc. 3º).

Se entienden por *obras o refacciones mayores* las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria (art. 798).

e) *Contribución a las deudas hereditarias y testamentarias.*

Cuando el usufructo se ha constituido por testamento, si el testador deja el usufructo de una parte de sus bienes o de todos ellos a una persona y la nuda propiedad a otra, el propietario y el

usufructuario se considerarán como una sola persona para la distribución de las obligaciones hereditarias y testamentarias que cupieren a la cosa fructuaria; y las obligaciones que unidamente les quepan se dividirán entre ellos conforme a las reglas que siguen:

- 1º Será del cargo del propietario el pago de las deudas que recaeren sobre la cosa fructuaria, quedando obligado el usufructuario a satisfacerle los intereses corrientes de la cantidad pagada, durante todo el tiempo que continuare el usufructo;
- 2º Si el propietario no se allanare a este pago, podrá el usufructuario hacerlo, y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital sin interés alguno;
- 3º Si se vende la cosa fructuaria para cubrir una hipoteca o prenda constituida en ella por el difunto, se aplicará al usufructuario la disposición del artículo 1366 (art. 1368). El art. 1366 por su parte dice que el legatario que en virtud de una hipoteca o prenda sobre la especie legada ha pagado una deuda hereditaria con que el testador no haya querido expresamente gravarlo es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos. Si la hipoteca o prenda ha sido accesorial a la obligación de otra persona que el testador mismo, el legatario no tendrá acción contra los herederos.

### 360. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO UNA VEZ EXTINGUIDO EL USUFRUCTO

La obligación que tiene el usufructuario una vez extinguido el usufructo es la de restituir la cosa fructuaria. La establecen los arts. 764 y 787.

Tratándose de un cuasiusufructo, el cuasiusufructuario sólo es obligado a restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad, o a pagar su valor (arts. 764 y 789).

A pesar de que hay autores que creen que la elección entre las cosas del mismo género o su valor en el cuasiusufructo corresponde al nudo

propietario (121), nosotros creemos que, si nada se ha estipulado; esa elección corresponde al cuasiusufructuario, por tratarse de una obligación alternativa, en que el deudor es el cuasiusufructuario (art. 1500, inc. 2º).

### 361. DERECHOS DEL NUDO PROPIETARIO

- a) *Derecho a enajenar la nuda propiedad.* No hay duda que como propietario puede hacerlo. Naturalmente que el adquirente de la nuda propiedad debe respetar el usufructo (arts. 773, inc. 1º parte primera y 779, inc. 3º).
- b) *Derecho a hipotecar la nuda propiedad.* También, como propietario que es, el nudo propietario puede hipotecar la cosa (art. 2418).

Naturalmente, la hipoteca no se extiende al usufructo mientras no se consolida con la nuda propiedad (art. 2421), y si la finca se remata, el adquirente debe respetarlo (arts. 2416 y 779, inc. 3º).

- c) *La nuda propiedad puede transmitir por causa de muerte.* El usufructo es intransmisible por causa de muerte (art. 773).

La transmisión de la nuda propiedad es con el cargo del usufructo (art. 779, inc. 3º).

- d) *Tiene derecho a los frutos pendientes al momento de la restitución.* (Art. 781).
- e) *Derecho a indemnizaciones.* Como hemos dicho, el usufructuario debe conservar la forma y substancia de la cosa y responde de culpa leve (arts. 764 y 787).
- f) *Derecho a los intereses corrientes* por las obras y refacciones mayores para la conservación de la cosa fructuaria (art. 797, inc. 1º).

(121) Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 674.

- g) *Derecho al tesoro*. El usufructuario no tiene sobre los tesoros que se descubran en el suelo que usufructúa, el derecho que la ley concede al propietario del suelo (art. 786).
- h) *Derecho a pedir la terminación del usufructo*. Según el art. 809 el usufructo termina por sentencia de juez que a instancia del propietario lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños y deterioros considerables a la cosa fructuaria.

El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo.

### 362. OBLIGACIONES DEL NUDO PROPIETARIO

#### a) *Pago de las expensas extraordinarias mayores*.

El art. 797, inc. 1º establece que corresponden al propietario si son *necesarias* para la conservación de la cosa fructuaria.

Según el art. 798 se entienden por obras o refacciones mayores las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria.

Conforme a lo dispuesto en el art. 796 si la finca está afecta a una hipoteca, los intereses de la deuda los debe pagar el usufructuario porque son una carga periódica, pero la amortización del capital le corresponde al nudo propietario porque no es una carga periódica.

Sobre esta materia se ha planteado el problema de si el usufructuario puede o no obligar al nudo propietario a hacer las obras o refacciones mayores.

La mayoría de los autores consideran que ello no es posible y que el nudo propietario sólo está obligado a reembolsarlas al usufructuario cuando él las ha hecho.

Para pensar así dan los siguientes argumentos:

- 1º El nudo propietario no tiene ninguna obligación respecto del usufructuario. Sólo tiene la obligación que tienen todas las personas de respetar el derecho real del usufructuario. Por ello el art. 779, inc. 1º dice que no es lícito al propietario hacer cosa alguna que perjudique al usufructuario en el ejercicio de sus derechos; a no ser con el consentimiento formal del usufructuario;
- 2º Por la redacción distinta de los arts. 795 y 797. El primero dice que *corresponden* al usufructuario las expensas ordinarias. Es decir, deben ser ejecutadas por él. El segundo dice que *serán de cargo* del propietario las obras y refacciones mayores, dando a entender que no es obligado a ellas sino sólo a reembolsar su valor cuando las haya hecho el usufructuario. Refuerza esta argumentación el hecho de que en el Proyecto de 1853 el art. 949 decía que el propietario es obligado a las reparaciones mayores. El cambio de redacción algo debe significar.

### 363. SITUACIÓN DE LAS MEJORAS ÚTILES Y VOLUPTUARIAS HECHAS POR EL USUFRUCTUARIO

El usufructuario no tiene derecho a pedir cosa alguna por las mejoras que voluntariamente haya hecho en la casa fructuaria, pero le será lícito alegarlas en compensación por el valor de los deterioros que se le puedan imputar, o llevarse los materiales, si puede separarlos sin detrimento de la cosa fructuaria, y el propietario no le abona lo que después de separados valdrían. Lo cual se entiende sin perjuicio de las convenciones que hayan intervenido entre el usufructuario y el propietario relativamente a mejoras, o de lo que sobre esta materia se haya previsto en la constitución del usufructo (art. 801).

### 364. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO

- a) *Por la llegada del día o el evento de la condición* prefijados para la terminación del usufructo (art. 804, inc. 1º).



Si el usufructo se ha constituido hasta que una persona distinta del usufructuario llegue a cierta edad, y esa persona fallece antes, durará sin embargo el usufructo hasta el día en que esa persona hubiera cumplido esa edad, si hubiere vivido (art. 804, inc. 2°).

En la duración legal del usufructo se cuenta aun el tiempo en que el usufructuario no ha gozado de él, por ignorancia o despojo o cualquiera otra causa (art. 805).

- b) *Por la muerte del usufructuario* (arts. 806, inc. 2° y 773, inc. 2°).
- c) *Por la resolución del derecho del constituyente*, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución (art. 806, inc. 3°).

Creemos que en el caso que analizamos, salvo en el fideicomiso que tiene reglas propias, tendrán aplicación los arts. 1490 y 1491. Es decir, se resolvería el usufructo sobre cosas muebles si el usufructuario está de mala fe, y en el caso de inmuebles siempre que la condición resolutoria constara en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

- d) *Por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad*. (Art. 806, inc. 4°). La consolidación se produce al reunirse en una sola persona las calidades de nudo propietario y usufructuario. Por ejemplo, cuando el usufructuario pierde su derecho por haber arrendado o cedido el usufructo contra expresa prohibición (art. 793, inc. final). Otro caso sería si muere el nudo propietario y lega la cosa fructuaria al usufructuario.
- e) *Por la renuncia del usufructuario* (art. 806, inc. final). La renuncia del usufructo de inmuebles debe inscribirse (art. 52 N° 3 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces).
- f) *Por la prescripción* (art. 806, inc. 5°). El usufructo se extingue para un determinado usufructuario cuando otra persona posee el derecho de usufructo y lo gana por prescripción adquisitiva (arts. 2498, inc. 2° y 2512), o cuando otra persona gana por prescripción la propiedad plena.

A pesar de que hay opiniones en contrario (122), estimamos que el usufructo no se extingue por no ejercerse, tal como no se extingue el dominio por no haberse ejercido, y el usufructuario es dueño de su derecho de usufructo.

- g) *Por la destrucción completa de la cosa fructuaria*. Para que se extinga el usufructo, la destrucción de la cosa debe ser completa. Si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante (art. 807, inc. 1°).

Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de éste, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo (art. 807, inc. 2°).

Pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de ésta conservará su derecho sobre toda ella (art. 807, inc. 3°).

- h) *Por sentencia judicial*. El art. 809 dice que el usufructo termina por sentencia de juez que a instancia del propietario lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia *grave*, o por haber causado daños o deterioros *considerables* a la cosa fructuaria (art. 809, inc. 1°).

El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo (art. 809, inc. 2°).

### 365. CASO DE LA FINCA INUNDADA

Según el art. 808 si una heredad fructuaria es inundada, y se retiran después las aguas, revivirá el usufructo por el tiempo que falta para su terminación.

Esta disposición es especial para el usufructo y prima sobre el art. 653 que dice que si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por

(122) Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1.239, págs. 407 y 408.

las aguas *dentro de los cinco años* subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños. Es decir, si pasan más de cinco años, el terreno devuelto por las aguas no vuelve a los antiguos dueños sino que pasa a pertenecer a los propietarios colindantes según las reglas del aluvión.

Por consiguiente si son más de cinco los años que ha durado la inundación, el dueño, en este caso el nudo propietario, pierde el dominio, y el usufructuario recobra su derecho de usufructo por el tiempo que falta para su terminación.

## CAPÍTULO XIV

### EL DERECHO DE USO Y EL DE HABITACIÓN

#### 366. CONCEPTOS

El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa (art. 811, inc. 1°).

El derecho de habitación es el derecho de uso sobre una casa referido a la utilidad de morar en ella (art. 811, inc. 2°).

#### 367. CARACTERÍSTICAS

El derecho de uso y el de habitación son muy semejantes al de usufructo. Son derechos de usufructo limitado. En consecuencia, sus características son similares a las del usufructo.

- a) Son derechos reales (arts. 577 y 811, inc. 1°);
- b) Son derechos de goce, pero limitados a una parte de las utilidades y productos de la cosa (art. 811, inc. 1°) o a la utilidad de morar en una casa (art. 811, inc. 2°);
- c) Son derechos limitados y limitativos del dominio. Son limitaciones del dominio (art. 732 N° 2). Son derechos en cosa ajena;
- d) Son títulos de mera tenencia (arts. 714 y 725);

- e) Tienen duración limitada (arts. 812 y 770);
- f) Son derechos sujetos a plazo (arts. 812 y 770);
- g) Son intransmisibles por causa de muerte, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse (art. 819, inc. 1º). Son derechos *personalísimos*.

Esto es sin perjuicio de que el usuario pueda dar a cualquier título los frutos que le es lícito consumir en sus necesidades personales (arts. 819, inc. final).

### 368. CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

El derecho de uso y el de habitación se constituyen de la misma manera que el usufructo (art. 812).

El derecho de habitación requiere cuando se otorga por acto entre vivos instrumento público inscrito (arts. 812 y 767).

Sin embargo, no existen el derecho de uso y de habitación legales.

### 369. COSAS SOBRE LAS QUE PUEDEN RECAER LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

Sobre esta materia en cuanto al derecho de uso no hay diferencias con el derecho de usufructo. Es decir, todas las cosas pueden darse en uso.

Sin embargo, y aunque el código no lo diga, no puede recaer en cosas fungibles pues en ese caso estaríamos en presencia de un cuasiusufructo.

El derecho de habitación sólo puede recaer sobre casas.

### 370. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

El usuario, además de servirse de la cosa, de usarla, puede gozar de una parte limitada de los productos y frutos (utilidades) de la cosa. El habitador sólo puede morar en la casa.

La extensión en que se conceden el derecho de uso y el de habitación se determina por el *título en que se constituyen* y a falta de esta determinación en el título, se reglan por las disposiciones siguientes (art. 814).

- a) Se limitan a las necesidades personales del habitador o usuario, que comprenden las de su familia (art. 815, incs. 1º y 2º);
- b) En las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupa, a menos que la cosa en que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinada a servirla en ellas (art. 816, incs. 1º y 3º);
- c) El usuario de una heredad tiene solamente derecho a los objetos *comunes* de alimentación y combustibles no a los de una calidad superior; y está obligado a recibirlos del dueño, o a tomarlos con su permiso (art. 817).

### 371. OBLIGACIONES DEL USUARIO Y DEL HABITADOR

- a) Deben usar los objetos comprendidos en sus derechos con la moderación cuidado propios de un buen padre de familia (art. 818, inc. 1º parte primera);
- b) Deben contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reportan (art. 818, inc. 1º parte final).

Esta última obligación no se extiende al uso o a la habitación que se dan caritativamente a personas necesitadas (art. 818, inc. 2º);

- c) El habitador y el usuario son obligados a practicar inventario (art. 813, inc. 2º). Creemos que debe ser solemne.

El art. 813 impone la obligación de practicar inventario al habitador, y al usuario si el uso se constituye sobre cosas que deban restituirse en especie.

Creemos que siempre el usuario es obligado a practicar inventario porque estimamos que el uso sólo puede recaer en cosas no



fungibles pues, como lo hemos dicho, cuando recae en cosas fungibles estamos en presencia de un cuasiusufructo.

Ni el usuario ni el habitador estarán obligados a prestar caución (art. 813, inc. 1º).

### 372. CONCEPTO DE FAMILIA PARA LOS EFECTOS DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales; tanto los que existan al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución (art. 815, inc. 3º).

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia (art. 815, inc. 4º).

Comprende además las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario; y las personas a quienes el habitador o el usuario deben alimentos (art. 815, inc. 5º).

### 373. EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN

Los derechos de uso y de habitación se pierden de la misma manera que el usufructo. En consecuencia, les son aplicables los arts. 804 y siguientes (art. 812).

## CAPÍTULO XV

### LAS SERVIDUMBRES

#### 374. CONCEPTOS

*Servidumbre predial o simplemente servidumbre*, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño (art. 820).

Se llama predio *sirviente* el que sufre el gravamen.

Se llama predio *dominante* el que reporta la utilidad (art. 821, inc. 1º).

Respecto del predio dominante la servidumbre se llama *activa*.

Respecto del predio sirviente, se llama *pasiva* (art. 821, inc. 2º).

El código hace referencia a la servidumbre *predial* por una razón histórica. En el Derecho Romano existían las servidumbres personales, es decir, en favor de personas, y eran los derechos de usufructo, uso y habitación. En nuestro código sólo son servidumbres las prediales del Derecho Romano, que eran las que define el art. 820.

Para que haya servidumbre es *indispensable* que el predio sirviente, y el dominante pertenezcan a *distinto* dueño.

#### 375. PREDIALIDAD DE LAS SERVIDUMBRES

La servidumbre es gravamen impuesto a un *predio* en beneficio de otro *predio*. Ello no significa que haya una relación jurídica entre dos

cosas. Naturalmente, del derecho real de servidumbre es titular una persona, como que una persona es la que sufre el gravamen. Pero lo que el código pretende es que el beneficio sea para un predio y que el gravamen se radique en otro predio. No es servidumbre el dejar pasar por un predio a un vendedor ambulante porque ningún predio reporta beneficio.

Según el art. 568 las casas y heredades se llaman *predios* o fundos.

Sin embargo, creemos que en la expresión casas hay que entender todos los edificios. (123)

Los autores, en general, estiman que no pueden ser gravados con servidumbre los inmuebles por destinación. Sin embargo, hay fallos que establecen lo contrario.

### 376. NATURALEZA DEL GRAVAMEN QUE IMPONEN LAS SERVIDUMBRES

Puede ser:

- a) El tener que sufrir el dueño del predio sirviente ciertos actos de uso;
- b) El tener que abstenerse por parte del dueño del predio sirviente de ejercer ciertos actos de dominio.

La servidumbre no obliga al dueño del predio sirviente a hacer algo. Si eso ocurriera no estaríamos en presencia de un derecho real sino de uno personal.

Sin embargo, el art. 823 en su inciso segundo dice que las servidumbres positivas impone a veces al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo, como la del art. 842, esto es, la de demarcación. Ya veremos como, en realidad, la demarcación no es servidumbre.

(123) R., T. 15, sec. 2ª, pág. 23.

### 377. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE

- a) Es un *derecho real*, es decir, se ejerce sobre el predio sirviente, sin respecto a determinada persona (art. 577).

Si el predio sirviente cambia de dueño, subsiste la servidumbre y debe soportarla el nuevo dueño.

- b) Es un derecho *inmueble* ya que la cosa en que se ejerce es inmueble (art. 580).
- c) Es un derecho *accesorio* de la propiedad del predio dominante. Las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen (art. 825).

Consecuencias de ello son las siguientes:

- 1º La servidumbre no puede enajenarse separadamente del predio a que activa o pasivamente pertenecen;
- 2º La enajenación de la servidumbre va envuelta en la enajenación del predio a que pertenece;
- 3º La servidumbre es inembargable separadamente del predio dominante;
- 4º Forma parte del uso y goce del predio dominante. Por eso el art. 782 dice que el usufructuario de una heredad goza de todas las servidumbres activas constituidas a favor de ella, y está sujeto a todas las servidumbres pasivas constituidas en ella;
- 5º Si se lega parte de un predio, se entenderán legadas las servidumbres que para su uso o cultivo le sean necesarias (art. 1120);
- 6º La especie legada pasa al legatario con sus servidumbres (art. 1125).

- d) *Es un derecho perpetuo.* Se establecen para el beneficio indefinido del predio dominante.

Sin embargo, esta característica no es de la esencia de la servidumbre sino de su naturaleza. Se puede constituir la servidumbre con un plazo extintivo o sujeta a una condición resolutoria (art. 885 N° 2).

- e) *Es un derecho indivisible.* No puede adquirirse, perderse ni ejercerse por partes. Las servidumbres se gozan o no se gozan.

Consecuencias de este carácter son:

- 1° Si se divide el predio sirviente, no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquél o aquéllos o quienes toque la parte en que se ejercía (art. 826).

Dividido el predio dominante, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente. Así los nuevos dueños del predio que goza de una servidumbre de tránsito no pueden exigir que se altere la dirección, forma, calidad o anchura de la senda o camino destinado a ella (art. 827).

- 2° Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos (art. 886 parte primera).

- 3° Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso y contra uno de ellos no puede correr la prescripción, es decir, está suspendida, no puede correr contra ninguno (art. 886 parte final).

### 378. CLASIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

- a) Según la obligación que imponen el dueño del predio sirviente, se clasifican en: *positivas y negativas*; servidumbre *positiva* es, en general, la que sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer. Por ejemplo, la de tránsito y la de acueducto.

Servidumbre *negativa* es la que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo, que sin la servidumbre le sería lícito, como la de no poder elevar sus paredes sino a cierta altura (art. 823, inc. 1°).

- b) Según las señales que tengan o no tengan, se clasifican en: *aparentes e inaparentes*; servidumbre *aparente* es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito, cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él.

Servidumbre *inaparente* es la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito, cuando carece de las circunstancias a que nos referimos en el párrafo anterior y de otras análogas (art. 824).

- c) Según como se ejercen, se clasifican en: *continuas y discontinuas*; servidumbre *continua* es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante.

Servidumbre *discontinua* es la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito (art. 822).

Lo que en realidad determina si una servidumbre es continua o discontinua no es el que se ejerza o pueda ejercerse con o sin intervalos, sino que es la necesidad de *un hecho actual del hombre* para ejercerse. El agua puede pasar por un canal en ciertos intervalos regulares y siempre será continua si no requiere de un hecho actual del hombre.

Las servidumbres *discontinuas* y las *continuas inaparentes* sólo pueden adquirirse por medio de un título (art. 882, inc. 1°). Sólo las servidumbres *continuas* y *aparentes* pueden adquirirse por prescripción o por destinación del padre de familia (arts. 882, inc. 2° y 881).

- d) Según su origen se clasifican en: *naturales, legales y voluntarias*; servidumbres *naturales* son las que provienen de la natural situación de los lugares.

Servidumbres *legales* son las impuestas por la ley.

Servidumbres *voluntarias* son las constituidas por un hecho del hombre (art. 833).

Hay autores que creen que las servidumbres naturales son impuestas por la ley. Si bien es cierto que la ley las contempla, no es menos efectivo que si no las contemplara existirían de todas maneras ya que existen por la natural situación de los lugares, por ejemplo, la servidumbre de recibir las aguas que van de un predio superior al inferior. Por ello es que no dan derecho a indemnización.

### 379. EJERCICIO DE LAS SERVIDUMBRES

Para determinar cómo se ejercen las servidumbres hay que atender a la ley si la servidumbre es legal o natural, y al título o la posesión si emanan del contrato o se han ganado por prescripción (art. 884).

En todo caso, se aplican las normas que se van a expresar, salvo que se pacte otra cosa:

a) El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios *necesarios* para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir allá, aunque no se haya establecido expresamente en el título (art. 828).

b) El que goza de una servidumbre puede hacer las *obras indispensables* para ejercerla.

Si el dueño del predio sirviente se obligó a hacerlas o repararlas, puede exonerarse de la obligación abandonando la parte del predio en que deben hacerse o conservarse las obras (art. 829).

c) El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo.

Con todo, si por el transcurso del tiempo llegase a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas (art. 830).

### 380. SERVIDUMBRES NATURALES

#### 381. CONCEPTO

Son las que provienen de la natural situación de los lugares (art. 831). Son impuestas por la naturaleza, y existirían aunque la ley no las reconociera.

Por eso el dueño del predio sirviente no tiene derecho a ninguna indemnización. El será, seguramente, predio dominante respecto de otro.

El código sólo contempla el caso de la servidumbre de *libre descenso y escurrimiento de las aguas*.

### 382. SERVIDUMBRE DE LIBRE DESCENSO O ESCURRIMIENTO DE LAS AGUAS

#### a) *Contenido.*

El predio inferior está sujeto a recibir las aguas que desciendan del predio superior *naturalmente*, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello (art. 833, inc. 1º).

#### b) *Obligaciones del predio dominante.*

No se puede dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino (art. 833, inc. 2º). Tampoco puede el predio dominante hacer cosa alguna que agrave la servidumbre (art. 833, inc. 3º).

#### c) *Obligaciones del predio sirviente.*

En el predio servil no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural (art. 833, inc. 3º).

d) *Obras que pueden hacerse.*

El Código de Aguas permite al predio inferior (sirviente) hacer dentro de él pretils, malecones, paredes u otras obras que, sin impedir el descenso de las aguas, sirvan para aprovecharlas o regularizarlas.

Lo mismo puede hacer el predio dominante pero sin agravar la servidumbre.

### 383. SERVIDUMBRES LEGALES

#### 384. CONCEPTO

Son los impuestos por la ley (art. 831).

#### 385. CLASIFICACIÓN

- a) *Relativas al uso público o de interés público.*
- b) *Relativas a la utilidad de los particulares o de interés privado.* (Art. 839 inc. 1°).

### 386. SERVIDUMBRES RELATIVAS AL USO PÚBLICO O DE INTERÉS PÚBLICO

Estas servidumbres son:

- a) *El uso de las riberas para los menesteres de la pesca y de la navegación o flote a la sirga* (art. 839, incs. 2° y 3°).
- b) *Las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivos* (art. 839, inc. final).

Estas servidumbres se rigen por el Código de Aguas y por los reglamentos y ordenanzas respectivas.

- c) *Naturaleza jurídica de estas instituciones.* La verdad es que no son servidumbres ya que no hay predio dominante. Se establecen en favor de personas.

Los dueños de las riberas deben dejar espacios libres para la navegación o flote a la sirga. También deben dejarlo para que los navegantes saquen sus embarcaciones, las carenen, saquen las velas, las sequen, etc.

### 387. SERVIDUMBRES LEGALES RELATIVAS A LA UTILIDAD DE LOS PARTICULARES O DE INTERÉS PRIVADO

Hay servidumbres de utilidad de los particulares que son determinadas por las ordenanzas de policía rural.

En el código se mencionan y tratan las de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista. La de acueducto, actualmente, está tratada en el Código de Aguas.

Diversas leyes han establecido servidumbres en interés de los particulares. Por ejemplo, relativas a fuerza motriz en el Código de Aguas; en beneficio de los servicios eléctricos; para la navegación aérea, etc.

### 388. LA DEMARCACIÓN

#### a) *Concepto de demarcación.*

Es un conjunto de operaciones que tiene por objeto fijar los límites o la línea de separación de dos predios colindantes de distinto dueño, y señalarla por medio de signos materiales (art. 842).

Comprende un aspecto jurídico cual es establecer la línea de separación entre los dos predios, y un aspecto material que consiste en fijar hitos u otros signos materiales sobre la línea de demarcación.

b) *Naturaleza jurídica de la demarcación.*

La verdad es que la demarcación no es servidumbre ya que no es en beneficio de un predio gravándose otro predio. Es en beneficio y con gravamen para ambos predios. (124)

Es el ejercicio de una facultad del dominio.

La acción para pedir la demarcación es real pues no se ejerce respecto de persona determinada y la sentencia que se dicte es *declarativa* de derechos preexistentes.

c) *La acción de demarcación y la acción reivindicatoria.*

Ambas acciones tienen objetos distintos. En la primera se trata de que se señalen los límites de los predios. En la segunda se trata de recuperar la posesión.

Si se pide que se restituya, en forma indeterminada los terrenos que estén dentro de los linderos del predio que se pretende demarcar, hay acción de demarcación.

Si se pide la posesión de terrenos determinados que otro posee y que están dentro de los linderos del que los pide, hay reivindicación. En todo caso, no es fácil, a veces, distinguir entre una y otra acción. (125)

d) *Requisitos para que proceda la demarcación.*

1º Debe haber dos predios colindantes;

2º Deben ser de distinto dueño.

e) *Predios respecto de los cuales procede la demarcación.*

La demarcación procede tanto respecto de los predios urbanos como de los rústicos.

(124) C. S., R., T. 52, sec. 1ª, pág. 36.

(125) C. S., R., T. 43, sec. 1ª, pág. 535; T. 32, sec. 1ª, pág. 183; T. 50, sec. 1ª, pág. 491.

f) *¿Quién puede intentar la acción de demarcación?*

1º El dueño de cualquiera de los predios colindantes;

2º El poseedor, quien, de acuerdo al art. 700 es reputado dueño;

3º Cualquiera de los comuneros de un predio, sin necesidad del consentimiento de los otros comuneros. Se trata de una acción que tiene por objeto conservar la cosa (art. 2081 N° 3). (126)

g) *Contra quienes se dirige la acción de demarcación.*

1º Contra los dueños de los predios colindantes con el del demandante;

2º Contra los poseedores de esos predios;

3º Contra todos los comuneros de los predios colindantes, ya que todos ellos pueden ser perjudicados;

4º Si el demandante quiere hacer oponible la sentencia y la demarcación a todas las personas que tengan derechos sobre un predio, a todas ellas debe demandar. Por consiguiente, deberá demandar al nudo propietario y al usufructuario o usuario del predio colindante.

h) *La acción de demarcación no prescribe.*

Sabemos que la demarcación no es una servidumbre ni es una acción personal.

Es una consecuencia del dominio y, como éste, no se pierde por el no uso.

No ejercerla es simplemente la omisión de un acto de mera facultad, que no sirve de fundamento a la prescripción (art. 2499).

(126) C. S., R., T. 52, sec. 1ª, pág. 36.



Sin embargo, si el demandado ha estado poseyendo las porciones de tierra en que se tiene la duda si pertenecen a uno u otro predio, y son determinadas, puede haberlas ganado por prescripción.

i) *Demarcación hecha de común acuerdo por los propietarios colindantes.*

Naturalmente que la demarcación puede hacerse mediante una convención.

Podría hacerse, también, en forma tácita, por ejemplo, por el mantenimiento de cercas vivas medianeras. Puede anularse como todo acto jurídico.

Como se trata de reconocer derechos preexistentes, no se requiere de autorizaciones especiales para hacerla. Por ejemplo, el curador no requiere de autorización judicial; el hijo de familia no requiere de dicha autorización para hacer la demarcación en un inmueble de su peculio profesional, etc.

j) *Gastos de la demarcación.*

La demarcación se hace a expensas comunes (art. 842).

k) *Irrevocabilidad de la demarcación. Remoción de los hitos.*

Hecha la demarcación los propietarios colindantes deben respetar los hitos y señales que se hayan puesto en la línea divisoria.

Si los hitos son removidos por caso fortuito, deben reponerse a expensas comunes.

Si uno o más hitos son removidos o destruidos intencionalmente por uno de los dueños de los predios vecinos o por un tercero, el perjudicado puede pedir que se reponga a expensas del que lo removió y que le indemnice los daños; sin perjuicio de las sanciones penales (arts. 843 del Código Civil y 462 del Código Penal).

Además, el poseedor del predio en que fueron removidos los hitos tiene las acciones posesorias que correspondan.

### 389. EL CERRAMIENTO

a) *Concepto.*

Tiene dos acepciones, una como la llamada servidumbre de cerramiento y la otra como la obra material que separa los predios.

En el primer sentido podemos decir que es la facultad de todo propietario de cerrar y cercar su predio, y de hacer que contribuyan a esta operación los dueños de los predios colindantes (arts. 844 y 846).

La demarcación puede ser una operación previa al cerramiento.

En el segundo sentido, el cerramiento puede consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas (art. 844, inc. final).

b) *Dominio de las cercas*

1º Si el dueño de un predio hace el cerramiento en su propio terreno y a sus expensas, el cerramiento le pertenece exclusivamente. En este caso el cerramiento es privativo.

El propietario del predio colindante no tiene ningún derecho a la pared, foso o cerca. Por consiguiente, no puede servirse del cerramiento, salvo que haya adquirido este derecho por prescripción de cinco años contados como para la adquisición del dominio o por un título después de efectuado el cerramiento (art. 845);

2º Si el cerramiento se hace a expensas comunes, la cerca o pared, también, será común. En este caso, el cerramiento será medianero (art. 846).

c) *¿Cómo se hace el cerramiento común?*

Como lo acuerden los interesados. Si no hay acuerdo, el juez decide el modo y forma de la concurrencia, en procedimiento sumario, de manera que no imponga a ningún propietario un gravamen ruinoso (art. 846, inc. 2º).

d) *Naturaleza jurídica del cerramiento.*

No es servidumbre porque no hay ni predio sirviente ni predio dominante. Se trata de una obligación legal que se impone por la vecindad de los predios. Es un gravamen real que se impone al dueño de un predio. Es el ejercicio de una facultad del dominio.

e) *Imprescriptibilidad de las obligaciones que impone el cerramiento.*

Como ejercicio de una facultad del dominio no prescribe por el no uso (art. 2499).

### 390. LA MEDIANERÍA

a) *Concepto.*

Es la consecuencia que resulta de ser medianero un cerramiento y que da ciertos derechos e impone ciertas obligaciones (art. 851).

b) *Naturaleza jurídica de la medianería.*

1º Para algunos, tal como lo expresa el código, es una servidumbre legal (art. 851); (127)

2º Otros piensan que, como no hay predio sirviente ni predio dominante, es una relación de vecindad;

3º Por último, hay autores que creen que es una copropiedad accesoria y forzada.

Se trataría de una comunidad que no admite división. La ley habla de "condueños" en los arts. 855 y 857. El art. 858 expresa que cualquiera de los que tengan derecho de propiedad en el cerramiento podrá exonerarse de las expensas de construcción, conservación y reparación, abandonando su derecho de medianería.

(127) C. S., R., T. 40, sec. 1º, pág. 544.

Luego, se trataría de una comunidad forzada, que no admite partición sino sólo abandono del derecho de los comuneros, y sólo cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio del que pretende abandonar el derecho de medianería.

c) *Casos en que existe medianería.*

1º Cuando el cerramiento se hace en la línea divisoria de los dos predios, es decir en terreno de ambos propietarios y a expensas comunes;

2º Cuando el cerramiento divisorio se hace en terreno de uno de sus propietarios y a sus expensas, y el otro la hace medianera en todo o parte, pagando al primero la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento, y la mitad del valor actual de la porción de cerramiento cuya medianería pretende (art. 854).

El dueño de uno de los predios colindantes no puede, sin el consentimiento del otro hacer un cerramiento que ocupe terreno de éste, pero puede obligarlo a que concurra a la construcción y reparación de la cerca medianera (art. 846, inc. 1º). El Juez en este caso reglará el monto y forma de la concurrencia. Determinará, naturalmente, el terreno de los propietarios colindantes que ocupará el cerramiento (art. 846, inc. 2º).

d) *¿Cómo puede adquirirse la medianería?*

La medianería, como toda propiedad, puede adquirirse por modos originarios y derivativos.

Son originarios la construcción a expensas comunes y la prescripción.

Son derivativos la tradición y la sucesión por causa de muerte.

1º *Construcción del cerramiento a expensas comunes.* Esta es la forma más corriente para hacer nacer la medianería. Puede construirse el cerramiento por común acuerdo de los dueños



de los predios colindantes, o puede exigirse por uno de los propietarios (art. 846, inc. 1°).

- 2° *La prescripción.* De acuerdo con lo dispuesto en el art. 882 se puede ganar la medianería por prescripción de cinco años.

El código considera a la medianería como una servidumbre, y es continua y aparente.

En este caso lo que se adquiere no es la propiedad del cerramiento sino la copropiedad, y para ello se requieren actos de copropietario que demuestren posesión. Por ejemplo, la utilización de una muralla ajena para hacerla soportar una construcción.

- 3° *La tradición.* Puede tener como antecedente un acto voluntario, por ejemplo, una compraventa o una donación. Puede, también, tener su origen en un acto forzado, de acuerdo al art. 854.

Creemos que si se trata de un acto voluntario se necesita escritura pública en que el tradente exprese su voluntad de constituir la medianería y el adquirente aceptarla (art. 695).

En el caso del art. 854 pensamos que el cerramiento se hace divisorio por el hecho de pagarse la mitad del valor del terreno en que se halla y la mitad de la parte que se pretende hacer medianera.

Hay autores que creen que el art. 854 contempla un caso de expropiación que se funda en el interés general de evitar pérdidas de terreno, materiales y obra de mano si el vecino tuviera que hacer otra pared en su terreno. Sin embargo, no se trata de una causa de utilidad pública que justifique una expropiación.

Otros creen que se trata de una venta forzada por ley. Repugna a la naturaleza de un contrato el ser forzado por ley.

Estimamos que no siempre se pueden explicar las instituciones jurídicas mediante otras, y creemos, como ya lo dijimos,

que el caso del art. 854 es de naturaleza particular, distinto a la expropiación y a la compraventa.

- 4° *La sucesión por causa de muerte.* Tendrá lugar cuando el dueño del cerramiento lega parte de él al propietario colindante.

e) *Presunciones en relación con la medianería:*

- 1° Si por alguna señal aparece que los dueños colindantes han hecho el cerramiento de acuerdo y a expensas comunes, existe medianería (art. 852). Por ejemplo, si edificios vecinos se apoyan en la misma muralla;
- 2° Toda pared de separación entre dos edificios se presume medianera, pero sólo en la parte en que fuere común a los edificios mismos, es decir, en la parte en que se sostienen los dos edificios (art. 853, inc. 1°);
- 3° Se presume medianero todo cerramiento entre corrales, jardines y campos, cuando cada una de las superficies contiguas esté cerrada por todos los lados (art. 853, inc. 2ª parte primera);
- 4° Si una sola de las superficies a que se refiere la letra anterior está cerrada por todos lados, se presume que el cerramiento le pertenece exclusivamente (art. 853, inc. 2ª parte final).

f) *Derechos de los condueños de la pared medianera.*

- 1° *Derecho a edificar sobre la pared medianera.* Cualquiera de los dos condueños que quiera servirse de la pared medianera para edificar sobre ella, o hacerla sostener el peso de una construcción nueva, debe primero *solicitar el consentimiento* de su vecino, y si éste se lo rehúsa, provocará un juicio práctico en que se dicten las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino (art. 855, inc. 1°).

Juicio práctico, en este caso, es el juicio sumario al que se le agrega el informe de peritos (art. 410 del Código de Procedimiento Civil y art. 680 N° 2 del mismo código).

2° *Derecho a recortar los maderos del vecino.* En circunstancias ordinarias se entenderá que cualquiera de los condueños de una pared medianera puede edificar sobre ella, introduciendo maderos hasta la distancia de un decímetro de la superficie opuesta; y que si el vecino quisiere por su parte introducir maderos en el mismo paraje o hacer una chimenea, tendrá el derecho de recortar los maderos de su vecino hasta el medio de la pared, sin dislocarlos (art. 855, inc. 2°).

3° *Derecho de elevar la pared medianera.* Cualquiera de los condueños tiene el derecho de elevar la pared medianera, en cuanto lo permitan las ordenanzas generales o locales. Es decir, para estos efectos debe estarse, en primer lugar, a lo que dispongan las ordenanzas generales de construcción y las ordenanzas locales.

Además, el que quiera elevar la pared debe sujetarse a las reglas que da el Código Civil en el art. 857 y que son:

- 1° La nueva obra será enteramente a su costa;
- 2° Pagará al vecino, a título de indemnización por el aumento de peso que va a cargar sobre la pared medianera, la sexta parte de lo que valga la obra nueva;
- 3° Pagará la misma indemnización todas las veces que se trate de reconstruir la pared medianera;
- 4° Será obligado a elevar a su costa las chimeneas del vecino situadas en la pared medianera;
- 5° Si la pared medianera no es bastante sólida para soportar el aumento de peso, la reconstruirá a su costa, indemnizando al vecino por la remoción y reposición de todo lo que por el lado de éste cargaba sobre la pared o estaba pegado a ella;
- 6° Si reconstruyendo la pared medianera, fuere necesario aumentar su espesor, se tomará este aumento sobre el terreno del que construya la obra nueva;

7° El vecino podrá en todo tiempo adquirir la medianería de la parte nuevamente elevada, pagando la mitad del costo total de ésta, y el valor de la mitad del terreno sobre que se haya extendido la pared medianera, según la regla anterior.

g) *Abandono del derecho de medianería.*

Como ya lo hemos visto, las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento serán a cargo de todos los que tengan derecho de propiedad en él, a prorrata de los respectivos derechos (art. 858, inc. 1°).

Este inciso es una aplicación de las reglas generales sobre gastos de la comunidad (art. 2309).

Sin embargo, el inc. 2° del art. 858 dice que cualquiera de los condueños podrá exonerarse de esos gastos abandonando su derecho de medianería, pero sólo cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio de su pertenencia.

h) *Arboles medianeros.*

Son los que están en la línea divisoria de dos predios, haya o no cerca medianera (art. 859, inc. 1°).

Cualquiera de los dos condueños puede exigir que se derriben dichos árboles, probando que de algún modo le dañan; y si por accidente se destruyen, no se repondrán sin su consentimiento (art. 859, inc. 2°).

### 391. MEDIDAS PARA PROTEGER LAS CONSTRUCCIONES

- a) El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua, o materias húmedas que puedan dañarlas (art. 941, inc. 1°);
- b) Tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros (art. 941, inc. 2°);

- c) Si los árboles fueren de aquellos que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañen a los edificios vecinos; el máximun de la distancia señalada por el juez será de cinco metros (art. 941, inc. 3°);
- d) Los derechos concedidos en las letras anteriores subsistirán respecto de los árboles, flores u hortalizas plantadas, a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes (art. 941, inc. final).

Si un árbol extiende sus ramas sobre el suelo ajeno, o penetra en él con sus raíces, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas, y cortar el mismo las raíces.

Lo cual se entiende aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida (art. 942);

- e) Si se trata de pozos, letrinas, caballerizas, chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las ordenanzas generales o locales, sea medianera o no la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que pueda dañar a la solidez, seguridad y salubridad de los edificios (art. 856).

### 392. SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO

#### a) *Concepto.*

Es el derecho que tiene el dueño de un predio que se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, para exigir paso por alguno de éstos, cuando fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando la indemnización correspondiente (art. 847).

#### b) *Características de la servidumbre de tránsito:*

- 1° *Es discontinua* pues para ejercerse se necesita de un hecho actual del hombre;

- 2° *Es positiva* porque el dueño del predio sirviente debe dejar hacer algo al dueño del predio dominante;

- 3° *Es aparente o inaparente*, según existan o no señales externas para su ejercicio. Corrientemente será aparente.

#### c) *¿Cómo puede adquirirse la servidumbre de tránsito?*

Como es una servidumbre discontinua, sólo puede adquirirse por un título (art. 882).

#### d) *Requisitos para que proceda la servidumbre de tránsito:*

- 1° El predio dominante debe estar destituido de toda comunicación con el camino público. En consecuencia, si tiene comunicación con el camino público, aunque sea distante, no tiene derecho a la servidumbre.

Con todo, la jurisprudencia ha dicho que si esa comunicación es demasiado onerosa en relación con el valor del predio, habrá lugar a la servidumbre; (128)

- 2° La servidumbre debe ser *indispensable* para el uso y beneficio del predio;

- 3° El dueño del predio dominante debe pagar el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarcir todo otro perjuicio al dueño del predio sirviente (art. 847).

#### e) *Cuantía de la indemnización.*

Si las partes no se convienen en ella, se reglará por peritos, tanto el importe de la indemnización, como el ejercicio de la servidumbre (art. 848). Esto significa que se oye el informe de peritos en el proceso sumario (arts. 410 y 680 N° 2 del Código de Procedimiento Civil).

(128) C. S., R., T. 43, sec. 1°, pág. 17.

- f) *Derecho del dueño del predio sirviente para pedir que se le exonere de la servidumbre de tránsito.*

Si concedida legalmente la servidumbre de tránsito, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le den un cómodo acceso al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre.

Pero debe *restituir* lo que, al establecerse la servidumbre, se le hubiere pagado por el valor del terreno (art. 849).

- g) *Parte de un predio que se divide de otro y queda sin comunicación con el camino público.*

Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que lo poseían proindiviso, y en consecuencia esa parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna (art. 850).

### 393. SERVIDUMBRES DE LUZ Y VISTA

- a) *Concepto y naturaleza jurídica.*

Pensamos que las llamadas servidumbres de luz y de vista no son verdaderas servidumbres. En los arts. 873 a 878 el código da una serie de normas sobre cómo y dónde pueden abrirse ventanas o troneras y tener balcones, miradores o azoteas. Estas normas constituyen más bien limitaciones al derecho de propiedad.

En todo caso, lo que se pretende con las mencionadas "servidumbres" es dar luz a un espacio cualquiera cerrado y techado, y no dar vista sobre el predio vecino, esté cerrado o no (art. 873).

- b) *¿Dónde y cómo pueden abrirse ventanas o troneras?*

1º Si la pared, que puede ser de un edificio, está a tres o más metros de distancia de la línea divisoria de los dos predios, su

dueño puede abrir en ella ventanas y troneras en el número y de las dimensiones que quiera (arts. 874, inc. 2º y 878, inc. 1º).

- 2º Si la pared está a menos distancia que la de tres metros del predio vecino, o es divisoria privativa, su dueño puede abrir ventanas y troneras pero observando las reglas siguientes:

- La ventana estará guarnecida de rejas de hierro, y de una red de alambre, cuyas mallas tengan tres centímetros de abertura o menos;
- La parte inferior de la ventana distará del suelo de la vivienda a que da luz, tres metros a lo menos (arts. 874, inc. 2º y 875).

Lo dicho no se opone al derecho del vecino para levantar una pared que quite la luz al que abrió la ventana o tronera (art. 876).

Para determinar si una pared está a más o menos de tres metros de la línea divisoria, la distancia se medirá entre el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos planos paralelos (art. 878, inc. 2º).

No siendo paralelos los dos planos, se aplicará la misma medida a la menor distancia entre ellos (art. 878, inc. 3º).

- 3º Si la pared es medianera no se puede abrir ventana o tronera de ninguna clase, sin consentimiento del condueño (art. 874, inc. 1º).
- 4º Si la pared no es medianera sino en una parte de su altura, el dueño de la parte no medianera puede abrir ventanas y troneras, en esa parte, en el número y de las dimensiones que quiera (art. 874, inc. final e inc. 2º).
- 5º Si la pared divisoria que es privativa llega a ser medianera, cesa la servidumbre legal de luz, y sólo tiene cabida la volun-

taria, determinada por mutuo consentimiento de ambos dueños (art. 877).

c) *Balcones, miradores y azoteas.*

Si dan vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no, no se pueden tener a menos que intervenga una distancia de tres metros. Esa distancia se mide en la forma que indicamos en la letra b) del número anterior, es decir, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del art. 878.

d) *Características de las servidumbres de luz y vista en el caso de considerarse servidumbres.*

Si la luz y la vista se consideran servidumbres, estimamos que el predio dominante es el que tiene derecho a impedir que se abran las ventanas sin cumplir con los requisitos ordenados por la ley o a que se tengan balcones, miradores o azoteas que den vista al predio vecino sobre las habitaciones, patios o corrales del predio que puede oponerse a ello.

En este caso, las características de las servidumbres de vista y de luz son:

- 1º *Son negativas* pues imponen al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo;
- 2º *Son aparentes* porque se conocen por una señal exterior;
- 3º *Son continuas* porque se ejercen sin necesidad de un hecho actual del hombre.

### 394. SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO

a) *Concepto.*

Es a la que está sujeta toda heredad en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya me-

nester para el servicio doméstico de los habitantes, o en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas.

Esta servidumbre consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente a expensas del interesado.

La servidumbre de acueducto está sujeta a las reglas que prescribe el Código de Aguas (art. 861).

b) *Servidumbres de drenaje y de desagüe.*

El código dice que las reglas establecidas en el Código de Aguas para la servidumbre de acueducto se extienden a los acueductos que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales por medio de zanjas y canales de desagüe (art. 870).

c) *Reglas por las que se rigen las servidumbres de acueducto, de drenaje y de desagüe.*

Tal como lo hemos dicho, estas servidumbres se rigen por el Código de Aguas.

No las estudiaremos por ser materia de otro ramo.

d) *Aguas lluvias.*

No hay servidumbre legal de aguas lluvias. Los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio a que pertenecen, o sobre la calle o camino público o vecinal, y no sobre otro predio, sino con voluntad de su dueño (art. 879).

Puede haber servidumbre voluntaria de aguas lluvias y la Corte ha declarado que puede ganarse por prescripción ya que es aparente (los techos) y se ejerce sin necesidad de un hecho actual del hombre. (129)

(129) C. S., R., T. 29, sec. 1ª, pág. 605.

**395. SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS***a) Concepto.*

Son las constituidas por un hecho del hombre (art. 831).

Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de su dueño, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes (art. 880, inc. 1º). Es una simple aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

Las servidumbres voluntarias son innumerables, habrá servidumbre voluntaria cada vez que el dueño de un predio lo grave en beneficio de otro predio de distinto dueño.

Las servidumbres que no se pudieren imponer como legales por faltarles algún requisito, pueden establecerse como voluntarias. Por ejemplo, se puede establecer una servidumbre de tránsito, aunque el predio dominante no esté destituido de toda comunicación con el camino público, mediante una convención entre las partes.

*b) Formas en que se constituyen las servidumbres voluntarias.*

El código establece cuatro modos para constituir servidumbres voluntarias: el título, la destinación del padre de familia, la prescripción y la sentencia del juez.

**396. ADQUISICIÓN DE LA SERVIDUMBRE VOLUNTARIA POR SENTENCIA DEL JUEZ**

El art 880, inc. 2º dice que las servidumbres voluntarias pueden también adquirirse por sentencia de juez en los casos previstos por las leyes.

El único caso de servidumbre establecida por sentencia de juez es el que contempla el art. 1337 N° 5 que dice que en la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce.

Cuando una servidumbre se constituye por sentencia del juez deja de ser voluntaria. Sin embargo, no encontramos tan erróneo el caso que señala el inciso 2º del art. 880 si tenemos presente que el partidor debe sujetarse, en primer lugar al acuerdo de los interesados (art. 1334).

**397. ADQUISICIÓN DE LA SERVIDUMBRE VOLUNTARIA POR UN TÍTULO**

El título, esto es el acto jurídico, en que se pueden constituir servidumbres son el testamento y el contrato.

*a) ¿Qué servidumbres pueden constituirse por un título?*

Todas, sean continuas o discontinuas, aparentes o inaparentes (art. 882, inc. 1º).

*b) Capacidad para constituir servidumbre por título.*

Para constituir servidumbre por título es necesario tener capacidad de ejercicio ya que se trata de un acto de disposición.

Los representantes legales de los incapaces necesitan autorización judicial (arts. 393 y 255).

Los comuneros deben obrar de consuno para constituir una servidumbre. Si uno solo la constituye, no subsiste la servidumbre a menos que se le adjudique el predio sirviente (art. 718).

El usufructuario sólo puede constituir servidumbres que duren tanto como su derecho de usufructo. El usufructuario no puede gravar de la cosa fructuaria. Si lo hace, ese gravamen es inoponible al nudo propietario.

El nudo propietario tampoco puede constituirlos sin consentimiento del usufructuario (art. 779).

El propietario fiduciario para hacer oponibles al fideicomisario las servidumbres que constituya debe hacerlo con autorización judicial y con audiencia del fideicomisario o de las personas que se mencionan en el art. 761 (art. 757).



c) *Requisitos de forma del título en que se constituye una servidumbre.*

Si se vende o dona una servidumbre, la venta y la donación requieren escritura pública (arts. 1801 y 1400).

Si el título no requiere escritura pública, la ley no la exige para la servidumbre. Por ejemplo, si se aporta una servidumbre a una sociedad civil colectiva.

Si se otorga por testamento sólo necesita cumplir con los requisitos de éste.

El título constitutivo de la servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente (art. 883, inc. 1°).

Este reconocimiento puede hacerse en un documento escrito, que no es necesario que sea una escritura pública, o mediante una confesión judicial. (130)

Recordemos que la tradición de las servidumbres se hace mediante escritura pública (art. 698).

### 398. LA DESTINACIÓN DEL PADRE DE FAMILIA

a) *Concepto.*

Tiene lugar si el dueño de un predio establece un servicio *continuo y aparente* a favor de otro predio que también le pertenece, y enajena después uno de ellos, o pasan a ser de diversos dueños por partición, subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios, a menos que en el título constitutivo de la enajenación o de la partición se haya establecido expresamente otra cosa (art. 881).

(130) C. Concepción, 28 julio 1905, G. 1905, T. I, N° 418, pág. 654.

Antes de la enajenación de uno de los predios o de la partición, el servicio no es servidumbre porque ésta debe ser en beneficio de otro predio de distinto dueño. Sólo es un "servicio".

b) *Requisitos para que se constituya una servidumbre voluntaria por destinación del padre de familia.*

1° Que los dos fundos actualmente separados hayan pertenecido al mismo dueño (art. 881).

También puede tratarse de dos partes del mismo predio que se separan por venta o partición.

2° Que el servicio lo haya establecido el dueño de ambos predios. No lo puede establecer el titular de otro derecho sobre los predios.

La ley acepta como destinación del padre de familia el que resulta cuando existen dos predios de distinto dueño y uno de ellos está gravado con servidumbre en favor del otro y después pasan ambos a pertenecer al mismo dueño, vendiéndose uno de ellos o partiéndose ambos con posterioridad (art. 885 N° 3).

3° Que el servicio sea continuo y aparente.

4° Que los dos predios o las dos partes del predio en que está establecido el servicio pasen a ser de distinto dueño, sea por partición, sea por enajenación de uno de ellos.

Nos parece discutible que se constituya la servidumbre si el dueño enajena ambos predios.

Hay autores que creen que la destinación del padre de familia también opera cuando el dueño de los predios pierde uno de ellos porque otra persona lo ganó por prescripción adquisitiva. (131)

5° Que no se haya establecido expresamente otra cosa.

(131) Demolombe, Baudry Lacantinerie et Chauveau, y Dekkers, citados por Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 756.

**399. LA PRESCRIPCIÓN**

Sólo pueden ganarse por prescripción adquisitiva las servidumbres continuas y aparentes (art. 882, inc. 2°).

El plazo para ganarlas es de cinco años, y las normas por las que se rige la prescripción de las servidumbres son las mismas que rigen la prescripción del dominio (arts. 2512 y 882).

El plazo de cinco años se aplica tanto a la posesión regular como a la irregular, y se cuenta desde que se terminan las obras por las que se ejercerá la servidumbre.

Tratándose de posesión regular, la prescripción ordinaria se suspende de acuerdo al art. 2509 (art. 886).

De acuerdo al art. 886 recién citado, si la prescripción se suspende en favor de uno de los comuneros del predio sirviente, se suspende en favor de todos, por ser indivisibles las servidumbres.

**400. ¿CÓMO SE DETERMINAN LA EXTENSIÓN Y FORMA DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS DUEÑOS DE LOS PREDIOS DOMINANTE Y SIRVIENTE EN LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS?**

La extensión y forma de esos derechos y obligaciones se determinan por el título que sirvió para constituir las, o por la posesión si la servidumbre se adquirió por prescripción, o por la forma y extensión que dio el padre de familia al servicio que estableció entre sus predios (art. 884).

**401. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA POR LA PRESCRIPCIÓN DE UN MODO PARTICULAR DE EJERCER LA SERVIDUMBRE**

Dice el art. 888 que se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma.

El modo particular de ejercer una servidumbre es la manera en que ha sido usado el derecho, es decir, poseído. Por ejemplo, si el dueño

del predio dominante puede pasar a pie o a caballo por el predio sirviente y siempre pasa a pie, ese es el modo particular en que ejerce la servidumbre.

El modo particular de ejercer una servidumbre puede ganarse en cinco años aun tratándose de servidumbres discontinuas o inaparentes, porque una cosa es su constitución y otra el modo particular de ejercerlas, y el art. 888 no distingue respecto de qué servidumbres se aplica. Lógicamente que para ganar por prescripción un modo particular de ejercer una servidumbre discontinua o inaparente, la servidumbre misma debe haberse constituido por un título (art. 882, inc. 1°).

El modo particular de ejercer una servidumbre puede perderse en tres años (arts. 888 y 885 N° 5). La forma en que se cuenta el plazo de tres años la estudiaremos al analizar la extinción de las servidumbres.

**402. EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES***a) Causales de extinción de las servidumbres.*

El código señala las siguientes:

- 1° Por la resolución del derecho del que las ha constituido;
- 2° Por la llegada del día o de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos;
- 3° Por la confusión;
- 4° Por la renuncia del dueño del predio dominante;
- 5° Por haberse dejado de gozar durante tres años, esto es, por el no uso por tres años;
- 6° Por hallarse las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas (arts. 885 y 887).

**403. LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSTITUYENTE**

Se produciría esta forma de extinción, por ejemplo, si el que constituyó la servidumbre era dueño del predio sirviente bajo condición resolutoria y se cumple la condición. Pero es necesario que la condición conste en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública (art. 1491).

Esta forma de extinción sólo tiene lugar en las servidumbres voluntarias.

**404. LA LLEGADA DEL DÍA O EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN**

Se aplican las reglas generales sobre plazo y condición.

Esta forma de extinción, también sólo se aplica a las servidumbres voluntarias.

**405. LA CONFUSIÓN***a) Concepto.*

Es la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño (art. 885 N° 3, inc. 1°).

*b) Requisitos de la confusión:*

1° La reunión de ambos predios debe ser en su totalidad. Si el dueño del predio sirviente, por ejemplo, adquiere parte del predio dominante, subsiste la servidumbre en favor de la parte de éste que no adquirió;

2° La reunión de los predios debe ser en manos de *un* mismo dueño. Por ejemplo, si el predio dominante pertenece a una comunidad y uno de los comuneros adquiere para sí el predio sirviente, subsiste la servidumbre en favor de los demás comuneros en el predio dominante.

Lo mismo sucede con la sociedad conyugal. En este caso, sólo se produce la confusión cuando uno de los cónyuges pasa a ser dueño de ambos predios (art. 885 N° 3, inc. 2°);

3° La reunión de ambos predios debe ser perfecta e irrevocable.

Si se anula el acto por el que se adquirió uno de los predios, quiere decir que nunca se extinguió la servidumbre. Lo mismo sucede con la resolución o con la evicción.

*c) ¿Cuándo revive la servidumbre en el caso de la confusión?*

Si se produce la confusión y se extingue la servidumbre, en general, no revive aunque se separen posteriormente los predios.

Con todo, si el dueño del predio sirviente o el del dominante adquieren el otro predio y dejan subsistente la servidumbre en carácter de servicio y después se separa el dominio de los predios, revive la servidumbre (art. 885 N° 3, inc. 2°).

En este caso la ley considera que el hecho de dejar subsistente la servidumbre como servicio es una destinación del padre de familia.

Naturalmente que esta forma de revivir la servidumbre sólo se aplica a las continuas y aparentes, que son las únicas que admiten la destinación del padre de familia.

**406. LA RENUNCIA DEL DUEÑO DEL PREDIO DOMINANTE**

Como toda renuncia, puede ser expresa o tácita. Es tácita cuando se desprende de hechos inequívocos.

**407. EL NO USO**

Esto es, por haberse dejado de gozar por tres años.

El no uso por tres años es una prescripción extintiva de la servidumbre, que es el único derecho real que se extingue por la prescripción. Esto se justifica ya que lo que hace aceptables las servidumbres es la utilidad que reportan al predio dominante. Si el dueño de éste no usa la servidumbre, quiere decir que no la necesita.

Se pierden por prescripción extintiva todas las servidumbres, sean continuas o discontinuas, sean aparentes o inaparentes.

El plazo de prescripción se cuenta en las servidumbres discontinuas desde que han dejado de gozarse. Es decir, desde el último hecho de ejercicio de la servidumbre.

En las servidumbres continuas, que no requieren de un hecho actual del hombre, el plazo de prescripción se cuenta desde que se haya ejecutado un acto (hecho) contrario a la servidumbre, es decir, que impida su ejercicio. Por ejemplo, si se trata de una servidumbre de acueducto, desde que se destruye el acueducto. Es indiferente que el hecho contrario a la servidumbre sea ejecutado por el dueño del predio sirviente o por un tercero, o que provenga de la naturaleza (art. 885 N° 5, inc. 2°).

Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos *interrumpe* la prescripción respecto de todos. Ello es lógico porque el goce de la servidumbre se fundamenta en el beneficio del predio dominante (art. 886 parte primera). Además, se trata de la aplicación de las reglas generales sobre interrupción de la prescripción (art. 2504).

La suspensión de la prescripción en favor de alguna de las personas a que se refieren los arts. 2518 y 2509 beneficia a todos los condueños del predio dominante, aunque no sean de las personas que señalan las referidas disposiciones (art. 886 parte final).

#### 408. IMPOSIBILIDAD DE EJERCER LA SERVIDUMBRE POR EL ESTADO EN QUE SE ENCUENTRAN LAS COSAS

En este caso, si deja de existir la imposibilidad para ejercer la servidumbre, ésta revive con tal que ello suceda antes de haber transcurrido tres años (art. 887). Por ejemplo, si se trata de una servidumbre de tránsito y el predio sirviente se inunda, y la inundación dura menos de tres años.

Si la imposibilidad para ejercer la servidumbre es definitiva, se extingue la servidumbre. Si la imposibilidad es temporal, sólo cesa el ejercicio de la servidumbre.