

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

**DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO**  
*Profesor de Derecho Civil*  
*(Universidad de Concepción y Universidad Católica de la Stma.  
Concepción)*

**LOS BIENES**  
**LA PROPIEDAD**  
**Y OTROS DERECHOS REALES**

© DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE  
Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N° 159.795, año 2006  
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición  
de 500 ejemplares en el mes de diciembre de 2006

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1736-9



## CAPÍTULO I GENERALIDADES

**219. Relación con el dominio.** Al examinar las clasificaciones de los bienes, en un acápite especial se trató la noción de derecho real, su concepto y los principales problemas en torno a tal materia (supra, N<sup>os</sup> 16 y 17).

Estudiado ya el más completo de los derechos reales (el dominio), corresponde referirse a algunos menos completos, limitados en relación a aquél. Se tratarán la propiedad fiduciaria o fideicomiso, el usufructo, el uso y habitación, las servidumbres. Es el orden que emplea el Código (arts. 732 y sgts.; siguiendo la didáctica más usual, el estudio del derecho real de herencia queda entregado al capítulo del Derecho sucesorio, y los derechos de censo, prenda e hipoteca, al de los contratos).

Las diferentes concepciones del dominio (v. supra, N<sup>o</sup> 52) provocan consecuencias (especialmente una técnica) al enfrentarlo a los derechos reales limitados. Concebido el dominio como una suma de facultades separables: uso, goce, disposición (noción que ha sido calificada de clásica), se entiende que los demás derechos reales no son más que fracciones que surgen como desmembraciones de aquél; por tanto, se "transfieren" (por tradición) a otra persona. En cambio, si se concibe como un poder o señorío (el máximo) único, monolítico, sin que puedan precisarse íntimos fraccionamientos de facultades, esos otros derechos no emanan como desmembraciones del dominio, ni existían, configurados, dentro del dominio, sino que se "constituyen" fuera de él (sin perjuicio de que luego de constituidos se puedan -al-



gunos— transferir) (la noción ensambla con la llamada “elasticidad”, a la que también se ha hecho referencia).<sup>646</sup>

En los arts. 698 y 1337 regla 6ª el Código contiene normas que suponen más bien el primer criterio (que se confirma también en la sección pertinente del Mensaje);<sup>647</sup> en cambio, el Reglamento del Registro Conservatorio supone la idea contraria cuando distingue entre la tradición de un derecho real (ya cons-

<sup>646</sup> Se añade que si se tratare de un desprendimiento de facultades, al terminar el derecho real limitado se tendría que restituir el derecho, y mediante una verdadera tradición, al propietario; en cambio, los ordenamientos no disponen tal mecanismo; simplemente el derecho real limitado “se extingue” y el dominio, por su característica de *elasticidad*, instantáneamente se expande recuperando su plenitud original.

Pero también se ha postulado que concebir el dominio como un derecho (monolítico) y no como una suma de facultades no impide descomponer en él un haz de facultades para componer con ellas un derecho de contenido menor lo que deriva de la cualidad de complejo que se predica del dominio (el cual, a su vez, quedará como una de las categorías de dominio imperfecto). En este sentido se ha agregado que “nada se avanza con expresar que el derecho real sobre cosa ajena es una limitación al dominio, y menos que éste se encuentra comprimido por aquél, pues el desprendimiento de las facultades que hace el *dominus* al constituirlo es cualitativo y no cuantitativo, o sea, no es que cada facultad se vea disminuida o comprimida sino que selectivamente son transferidas al titular del *ius in re aliena*” (Musto, Néstor Jorge, ob. cit., t. II, p. 8).

Con todo, nos parece más propio distinguir entre constitución y transferencia. En este sentido, resulta muy influyente la situación de la servidumbre y de la prenda e hipoteca; en la primera, la postura del desprendimiento y, por tanto, de considerar transferencia a lo que estimamos constitución, implicaría que, por ej., en la de tránsito, el dueño del predio sirviente no podría él transitar, lo que no es aceptable; en las segundas, la noción de desprendimiento de atributo, concebible en otros como el usufructo, se torna aquí bastante arduo, teniendo incluso que buscarse explicación para admitir que existe en el seno del dominio sin una obligación accesoria (v. Guzmán Brito, Alejandro *Las cosas incorporales...*, cit., p. 175. Frente a textos del Código —como los que luego serán citados— que dan a entender que hay transferencia —y, por tanto tradición— en la originaria constitución de derechos reales por acto convencional entre vivos, y a las expresiones del Mensaje —que también luego serán citadas— en la misma dirección, el autor simplemente se rebela y los califica de errores. Añade que, tratándose de inmuebles, la inscripción que de esos actos constitutivos se practica —cuando es exigida— cumple una función constitutiva mientras que cumple una función traslativa —tradición— cuando se practica en virtud de un acto en el cual circula el derecho real ya creado).

<sup>647</sup> “La transferencia y transmisión del dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición”. Desde luego, no es procedente la tradición en la transmisión.

tuido) y la constitución (efectuada por el propietario) del mismo (art. 52 N°s 1 y 2, respectivamente).

En cuanto a denominaciones, están influidas por las aludidas concepciones. Se utilizan las expresiones, más o menos convenientes, de desmembraciones del dominio, limitaciones al dominio, derechos reales en cosa ajena, derechos reales limitados. Aquí se emplea esta última (haciendo presente que la propiedad fiduciaria, que se tratará en esta parte, no constituye un derecho real especial; se considera una modalidad del dominio, un dominio especialmente limitado, y resoluble)<sup>648</sup> (la clasificación de los derechos reales limitados, en derechos de goce y de garantía, ya fue referida; supra, N° 17 a).

**219 bis. El título y su importancia.** Ya se ha dicho que en la adquisición de derechos reales el elemento título es materia que se examina en otro capítulo (obligaciones y contratos). Pero aquí conviene formular una referencia porque en la práctica jurídica, cuando se constituyen derechos reales limitados, suele desatenderse o, al menos, no se le presta la cuidadosa atención que se le dedica cuando se trata de la adquisición del dominio propiamente (y con esa actitud en ocasiones se incurre en defectos que podrían conducir a la nulidad).

Para estos efectos, es útil tener presentes dos premisas (que aquí ya han sido tratadas): a) que nuestro sistema de transferencia de bienes por acto entre vivos requiere de la dualidad título y modo; b) que, entre nosotros, los derechos (reales y personales) son cosas (incorporales).

Cuando se regula cada derecho real limitado, los textos se ocupan principalmente de los efectos (derechos y obligaciones) y modos de extinguirse; en cuanto al título, a lo más es aludido para imponer la forma precisa de constituirse. Pero su naturaleza debe ser descrita y calificada, particularmente en cuanto acto gratuito u oneroso (con las importantes consecuencias que se derivan de esa clasificación). Frecuentemente se constituye un fideicomiso, un uso, un usufructo, una servidumbre, por acto entre vivos, y nada se expresa respecto de si el constituyente, cuya prestación consiste en conferir al adquirente el respectivo dere-

<sup>648</sup> V. Barassi, Lodovico: *I diritti reali limitati, in particolare l'usufrutto e le servitù*, Edit. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1947.

cho real, recibirá o no alguna prestación en contrapartida. Debe advertirse que el usufructuario, el usuario, el dueño del predio dominante, adquieren "cosas" (incorporales). Pues bien, si al adquirirlas a nada se obligan en cambio, entonces están recibiendo esas cosas gratuitamente, lo más probable que en donación y si esas cosas tienen un valor superior al mínimo exento de la insinuación, esa donación debe ser insinuada bajo consecuencia de nulidad absoluta (art. 1401) (y deberá pagarse el impuesto a las donaciones). Tratándose del fideicomiso, la situación es más evidente (si es posible): el propietario fiduciario recibe el dominio (por lo que si simplemente recibe y a nada se obliga a cambio, estará recibiendo la cosa en donación); y lo mismo acontece con el fideicomisario si se cumple la condición (se volverá sobre el punto al tratar cada derecho real limitado).

## CAPÍTULO II LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

**220. Definición y origen.** "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°).

Está regulada en el Tít. VIII del Libro II (arts. 732 a 763).

Se gestó en el Derecho romano, principalmente para sortear impedimentos de los que padecían algunas categorías de ciudadanos en la adquisición y goce de ciertos derechos. En la Edad Media es utilizado, principalmente en la sucesión *mortis causa*, para la conservación de fortunas, a través de sus modalidades de fideicomisos perpetuos y sucesivos, integrando el cuadro de instrumentos que organizaban el régimen feudal. Los postulados liberales de fines del siglo XVIII vuelven a modificar su orientación, impidiendo que sus características entraben la denominada libre circulación de la riqueza. Acogiendo el Código chileno esa orientación (como ya se ha dicho a propósito de otras materias), en el Mensaje es precisamente mencionado a propósito de ese principio, que es traducido en disposiciones específicas de su regulación (entre ellas, las de los arts. 739, 745, 747); pero con esas limitaciones de aquella inspiración la institución es mantenida, y suele ocuparse, con la eficacia limitada que permite gobernar el destino de una fortuna (o cierto bien) al menos en una primera transferencia o transmisión (en una generación, si se despliega entre parientes).<sup>649</sup>

<sup>649</sup> Genéricamente, la *vinculación* es una restricción de libertad; en derechos reales, consiste en la restricción de la titularidad o de la función de una cosa. Quedan así formadas las dos categorías. Las vinculaciones *de titularidad* (que podemos llamar subjetivas) consisten en la restricción del dominio de la cosa que queda adscrita a cierta persona o grupo de personas de determinadas

**221. Constitución del fideicomiso.** La constitución del fideicomiso es solemne. La solemnidad específica depende del origen de la constitución: si se constituye por acto entre vivos, requiere instrumento público; si por testamento, queda incluido en la solemnidad del acto testamentario (art. 735 inc. 1º). Además, todo fideicomiso que afecte a inmuebles debe inscribirse (arts. 735, del CC. y 52 N° 2 del Regl.; pronto se dirá en qué Registro). Pero el rol de la inscripción está discutido.

Cuando se constituye por *testamento*, es claro que la inscripción no significa tradición de la propiedad fiduciaria, porque el modo de adquisición es allí la sucesión por causa de muerte. Pero entonces, para algunos autores<sup>650</sup> la inscripción es en este

características (históricamente las más frecuentes han sido el sexo y la primogenitura, pero también se ha incluido la estirpe familiar y podrían incluirse otros factores, como la nacionalidad, un apellido, un cargo) y se han aplicado habitualmente asociadas a la transmisión hereditaria. Las vinculaciones *de función* (que podemos llamar objetivas) consisten en la restricción de la función de la cosa, que queda dirigida a cierto fin de los varios posibles en ella (las justificaciones, económicas, de conservación de las fortunas; políticas, y de otra naturaleza, no serán tratadas aquí). Han sido las de titularidad las que han protagonizado la historia de la vinculación, que —como es fácil percatarse— influye poderosamente en la vida económica de una nación; tiene un intenso desarrollo en la Edad Media, al punto que constituye uno de los elementos que caracterizan la época. Impuesto (con el Estado liberal) el principio de libre circulación de los bienes (consagrado en los Códigos del siglo XIX, entre ellos en el nuestro, desde el Mensaje a los textos) casi han desaparecido. Pero el concepto sobrevive, con distintos objetivos. Así, en las restricciones de adquisición de bienes en zonas fronterizas a favor de los nacionales (que permanecen en algunos países); en el fideicomiso, como se verá, en el que, prohibidos los sucesivos y alternativos, aún en manos del primer adquirente (fiduciario) importa una restricción; en la adquisición de ciertos bienes denominados medios de producción, en los Estados de economía socializada, que quedan en poder del Estado, sin que puedan acceder a ellos los particulares; y en los Estados de economía libre, tanto en la reserva de ciertos bienes estratégicos o por otras características, que asimismo se mantienen en dominio del Estado, como en los bienes nacionales de uso público, que pertenecen a la nación toda (v. también lo dicho al tratar los bienes públicos, en *supra*, N°s 47 y sgts.).

Más antecedentes históricos, incluyendo el antiguo Derecho hispano hasta los primeros tiempos de la Independencia nacional, en Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IV, N°s 908 y sgts., pp. 11 y sgts.; Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. II, pp. 88 y sgts.

<sup>650</sup> Alessandri, Arturo, en Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. II, p. 95.

caso solemnidad de la constitución del fideicomiso; para otros,<sup>651</sup> tiene por finalidad mantener la continuidad de las inscripciones (pues el inmueble, de estar inscrito a nombre del causante, terminará, probablemente, inscrito a nombre del fideicomisario) y para conferir publicidad a las mutaciones del dominio. Cuando se constituye por *acto entre vivos*, la inscripción tiene rol de tradición de la propiedad fiduciaria, del constituyente al propietario fiduciario. Se ha sostenido que es el único rol,<sup>652</sup> en contra, que es, además, segunda solemnidad del acto constitutivo, acto que no estaría perfecto en tanto dicha inscripción no se efectúe.<sup>653</sup> En términos prácticos, esta última posición implica afirmar que no se podría exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto, entre otras, la entrega del inmueble de que se trata, mientras no se inscriba; sin la inscripción el fideicomiso no estaría constituido (no habría fideicomiso).<sup>654</sup>

En todo caso, conviene precisar la situación registral: la propiedad fiduciaria (el inmueble fiduciario) *debe* inscribirse (a nombre del propietario fiduciario) en el Registro de Propiedad (arts. 686 y 735 del CC., y arts. 32 inc. 1º y 52 N° 2 del Regl.); la condición (de la cual pende la restitución) *puede* inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes (arts. 32 inc. 2º y 53 N° 1 del Regl.).<sup>655</sup>

La posibilidad de adquirir la propiedad fiduciaria por prescripción es también discutida. Se ha rechazado, sosteniéndose

<sup>651</sup> Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VIII, p. 27.

<sup>652</sup> Por ej., Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VII, p. 26.

<sup>653</sup> Así, Alessandri, Arturo, en Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. II, p. 95.

<sup>654</sup> En el primer sentido, RDJ., t. 24, p. 455.

<sup>655</sup> Al inscribirse el inmueble a nombre del propietario fiduciario, en la inscripción naturalmente quedará constancia de la condición, de la circunstancia de que el predio pasará al fideicomisario si se cumple la condición (que será mencionada). En todo caso, el fideicomisario se preocupará de que así conste; si no constare, estrictamente el fideicomiso no está inscrito, porque el fideicomiso es la transferencia con la eventual restitución condicional. Si se decide inscribir la condición, por cierto el título será el mismo, sólo que en esta inscripción la redacción de la inscripción será algo distinta, dirigida especialmente a la condición, que de cumplirse habrá de conducir a la transferencia del predio al fideicomisario. Si no hay condición expresa y se estima que hay fideicomiso con base en la tática (que el fideicomisario esté vivo al fallecer el fiduciario), se torna discutible la procedencia de esta facultativa inscripción.

que no es concebible que alguien posea un bien determinado con la intención de restituirlo a un tercero si se cumple una condición; por lo demás, no se menciona en el art. 735.<sup>656</sup> Pero se ha estimado posible, con fundamento principalmente en los arts. 2498 y 2512, que no lo excluyen; no se ve inconveniente –se agrega–, entendiendo que la adquisición de la propiedad fiduciaria por prescripción tendrá lugar en casos en que hay un antecedente de la institución en base al cual se recibe la propiedad, que implica aceptar la cosa con el gravamen que significa el fideicomiso (de pasarla a otro si se cumple una condición), y en esas condiciones es poseída (por ej., si se ha constituido sobre una cosa ajena, por un instrumento público defectuoso, etc.).<sup>657</sup>

## 222. Elementos. Son tres:

- 1°. Una cosa susceptible de darse en fideicomiso;
- 2°. Concurrencia de tres personas: constituyente, propietario fiduciario y fideicomisario;
- 3°. Una condición en virtud de la cual ha de pasar la propiedad del propietario fiduciario al fideicomisario.

**223. 1°. Una cosa susceptible de darse en fideicomiso.** La norma fundamental es el art. 734, que es bastante amplia, ya que permite constituirlo sobre muebles e inmuebles. La naturaleza de la institución, sí, obliga a excluir los bienes consumibles; podrían incluirse cosas consumibles cuando forman parte de la totalidad de una herencia o de una cuota de ella (v. la ley 4.827 sobre comisiones de confianza de los bancos, incorporada a la Ley General de Bancos).

## 224. 2°. Concurrencia de tres personas.

I. *Constituyente.* Es el propietario del bien, que por testamento o por acto entre vivos declara transferirlo a otro, con una condición.

II. *Propietario fiduciario.* Es quien recibe el bien dado en fideicomiso, sujeto al gravamen de traspasarlo a otro si se verifica la condición. Si lo recibe por acto entre vivos, puede serlo a título gratuito u oneroso (lo que ha de tenerse presente porque puede configurarse una donación, la que necesita ser insinuada y por la

<sup>656</sup> Así, Somarriva, Manuel, en Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. II, p. 96.

<sup>657</sup> Así, Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VIII, p. 27.

que debe pagarse el respectivo impuesto; v. supra, N° 219 bis). Puede el constituyente nombrar varios propietarios fiduciarios (art. 742). Ellos pueden ser de llamado simultáneo o en forma de substitutos. El Código no dispone expresamente que puedan nombrarse substitutos del propietario fiduciario, pero con los arts. 742, 743 y 744 parece no haber inconveniente. Si hay substitutos, debe tenerse presente el art. 745 (v. también el art. 10).

Si el constituyente no designó propietario fiduciario, el silencio está suplido por el art. 748.<sup>658</sup>

Si el propietario fiduciario falta (habiéndose sido designado), se producen las consecuencias que siguen:

a) Si falta antes que se le defiera el fideicomiso, se distingue si el constituyente ha nombrado substituto(s), la propiedad fiduciaria pasa a éste(os). Si no ha designado substituto(s), debe examinarse si tiene lugar el acrecimiento, lo que supone la designación de varios propietarios fiduciarios (art. 750). Esta posibilidad del acrecimiento debe contemplarse teniendo a la vista las reglas del derecho de acrecer (arts. 1147 y sgts.).

Si no hay substituto(s) nombrado(s) ni tiene lugar el derecho de acrecer (debido a cualquier causa, especialmente porque se designó la cuota de cada uno de los fiduciarios designados), el constituyente pasa a ser propietario fiduciario si vive; si ha fallecido, quedarán en tal calidad sus herederos (art. 748) (nótese que el art. 748 deja como fiduciario al constituyente o sus herederos, sea que no haya sido designado o que habiendo sido designado, después falte).

<sup>658</sup> Por acto entre vivos la situación es de difícil ocurrencia. Pronto se verá que está discutido si puede omitirse la designación de fideicomisario; una de las soluciones propuestas es que se aplique por analogía esta regla del art. 748; es decir, que será fideicomisario el mismo constituyente o sus herederos. Si así fuere, habría sí que rechazar la posibilidad de que se omita la designación de ambos, fiduciario y fideicomisario, porque entonces la constitución se convertiría en un acto unilateral y, más aún, prácticamente inconcebible: ¿mi predio para...? ¿Y si se cumple tal condición, pasará a...?

La falta de designación de uno es más factible. Podrá omitirse el fiduciario: si se cumple tal condición, mi predio será para X (quien concurrirá al acto constitutivo o, al menos, tendría que aceptar en algún momento). Sin perjuicio de lo discutible de la solución, es también factible la omisión del fideicomisario: mi predio para Pedro, quien deberá restituirlo (o cuyo derecho se resolverá) si se cumple tal condición (y entonces el predio pasaría al constituyente o sus herederos, según una alternativa de solución, como se verá pronto) (y Pedro tendrá que concurrir o aceptar después).

b) Si el propietario fiduciario falta ya deferido el fideicomiso, la propiedad fiduciaria se transmite a sus herederos, con el gravamen de restituirla al fideicomisario si se cumple la condición (art. 751). La propiedad fiduciaria es, pues, transmisible.<sup>659</sup>

III. *Fideicomisario*. Es la persona que tiene la expectativa de ser dueño absoluto del bien, si se cumple la condición. Es un acreedor condicional, bajo condición que para él es suspensiva.

No es necesario que el fideicomisario exista al tiempo de constituirse el fideicomiso; basta con que se espere que exista (art. 737). Pero se requiere que exista al momento de la restitución. Y, precisamente, la existencia del fideicomisario a la época de la restitución es una condición que siempre se entiende en el fideicomiso (art. 738).

Los fideicomisarios nombrados pueden ser varios (como los propietarios fiduciarios) (art. 742); que existan o se espera que existan (art. 746). Pueden ser de llamado simultáneo (art. 742) o en forma de substitutos (art. 743). Si hay substitutos, debe tenerse presente el art. 745 (v. también el art. 10; tal como se anuncia en el Mensaje, en el art. 745 se han prohibido los fideicomisos sucesivos, pues entran la libre circulación de la riqueza).<sup>660</sup>

No se soluciona expresamente la falta de designación del fideicomisario. Se ha sostenido la nulidad del fideicomiso;<sup>661</sup> pero podría aplicarse, por analogía, el art. 748 (siendo probable que se configure la causal de extinción del art. 763 N° 6).

Para conocer los efectos que se producen por la falta de fideicomisario, debe distinguirse según falte antes de cumplirse la condición o después de cumplida:

a) Si falta antes de cumplirse la condición y se ha designado sustituto, la expectativa pasa a éste; es el substituto quien pasa a ser el fideicomisario. Si no hay substituto, el propietario fiducia-

<sup>659</sup> La distinción de que falte antes o después de que se le defiera está dirigida a la constitución por causa de muerte, en la que puede faltar cuando está designado en el testamento, pero antes de fallecer el testador o falta después del fallecimiento.

<sup>660</sup> Esta regla junto a la del art. 769, que prohíbe los usufructos sucesivos y alternativos, frecuentemente menospreciadas, forman parte de las bases fundamentales del régimen económico liberal; considerando la naturaleza humana (a menudo impulsada a seguir gobernando su fortuna más allá de sus días), su derogación conduciría pronto a un regreso de estructuras conocidas en el medioevo europeo.

<sup>661</sup> Corte de Ap. de Santiago, 15 de abril de 1943.

rio se convierte en propietario absoluto; al fallecer, el fideicomisario nada transmite a sus herederos (art. 762; tal como suele decirse, la mera expectativa es intransmisible). Los arts. 743 y 744 dan normas para el caso de que haya substitutos nombrados.

b) Si falta una vez cumplida la condición, no se produce mayor problema; en realidad, operando la condición de pleno Derecho, técnicamente ya no hay fideicomisario, pues al cumplirse la condición él adquirió *ipso jure* el derecho al dominio de la cosa dada en fideicomiso, dejando de ser fideicomisario; pero conviene abordar la situación para destacar que con el cumplimiento de la condición sólo adquirió el derecho a la cosa y no el dominio de la cosa; en base al fideicomiso que existía puede exigir su entrega en tradición.<sup>662</sup> En efecto, el acto jurídico que originó el fideicomiso constituye aquí un *título* que requiere del modo de adquirir subsecuente; al cumplirse la condición, el fideicomisario tiene su título y su derecho, y puede exigir la tradición; con ésta adquirirá el dominio de manos del propietario fiduciario; el título es el acto constitutivo, unido a la constancia de que la condición se cumplió; si el fiduciario no consiente en la tradición,<sup>663</sup> tendrá que acudir al tribunal; si se trata de un inmueble, la tradición deberá efectuarse mediante inscripción.<sup>664</sup>

Con lo expuesto, si el fideicomisario falta después de cumplirse la condición, pero antes de obtener la tradición de la cosa, transmite a sus herederos el derecho a exigir que le transfieran el dominio.

<sup>662</sup> Así se ha resuelto: Corte de Concepción, sent. de 22 de enero de 2003.

<sup>663</sup> Concurriendo con el adquirente al Registro o suscribiendo una escritura pública, manifestando su voluntad de tradir.

<sup>664</sup> Habitualmente se discurre sobre el (tácito) supuesto de que se cuenta con la voluntad del fideicomisario (por eso simplemente se relata que con el cumplimiento de la condición nace su derecho a que la cosa le sea entregada en tradición). Pero como nadie puede adquirir derechos sin su voluntad, conviene expresar que se requiere que consienta; si no compareció al acto constitutivo, debe manifestar su voluntad aceptando (la situación es equivalente a una estipulación a favor de otro). Entonces, si al cumplirse la condición no ha manifestado (expresa o tácitamente) su voluntad, se estaría en presencia de un derecho sin sujeto (situación controvertida en la teoría general del derecho subjetivo); aceptando, ingresa a su patrimonio el derecho a exigir la tradición, derecho que luego puede ejercer exigiéndola efectivamente (ante el tribunal). Si directamente la exige, por cierto, tácitamente ha aceptado.

Si rehúsa (repudia) antes o después de cumplirse la condición, habrá faltado uno de los sujetos de la institución, por tanto, estimamos que no hay fideico-

**225. 3°. Una condición.** Es otro elemento esencial y, se puede decir, el característico de esta institución (arts. 733, 738). Es la incertidumbre, propia de la condición, de si el propietario fiduciario restituirá o no al fideicomisario la cosa que tiene en propiedad fiduciaria, lo que da configuración propia a este instituto (y que lo distingue del usufructo, en el cual el goce de la cosa por el usufructuario habrá de tener necesariamente fin).

Recordando la distinción entre "condición suspensiva" y "condición resolutoria" (distinción que no agrupa dos categorías de condiciones sino sólo se refiere a los efectos de una condición para los distintos sujetos a los que relaciona la obligación condicional), la condición impuesta en el fideicomiso produce un efecto resolutorio para el propietario fiduciario y uno suspensivo para el fideicomisario. De cumplirse, se resuelve el derecho de aquél y nace el de éste, el cual estaba en suspenso mientras la condición pendía.

El art. 738 dispone que a la condición que siempre supone (de existencia del fideicomisario al tiempo de la restitución),

miso (sin perjuicio de lo dicho sobre sustitución y acrecimiento) (la situación es distinta de aquella en que simplemente no se designó fideicomisario; aquí fue designado, pero él rechazó, la expectativa o el derecho según el caso).

Por otra parte, conviene detenerse en la naturaleza —gratuita u onerosa— del título, por las consecuencias prácticas que se derivan y que, finalmente, son las que en varios temas se derivan de la celebración de un acto como gratuito u oneroso. Para este efecto, esta institución nuevamente nos evoca a la estipulación a favor de otro, en cuanto no se trata de un acto con substantividad propia, sino es más bien un mecanismo técnico de traspaso de bienes, aquí con el elemento de la eventualidad (por la condición que se incluye). Su examen deja, pues, pendiente la descripción y calificación de aquella alhuda substancia del acto, que adopta la fisonomía de un fideicomiso. En suma, se trata de un traspaso condicionado de un bien, por un acto que debe ser descrito y calificado. Y estimamos que esas descripción y calificación han de efectuarse en base a las prestaciones que asumen los intervinientes. Si por acto entre vivos el constituyente transfirió la cosa al fiduciario y éste, por su parte, ninguna prestación contrajo para con el constituyente, entonces lo más probable es que se configuró una donación (que si es de valor superior al mínimo dispuesto en las normas de la donación, debe ser insinuada, bajo consecuencia de nulidad absoluta; y debe pagarse el impuesto correspondiente); si contrajo una contraprestación, entonces se configurará una venta, una permuta, etc. Situación semejante se produce cuando, cumplida la condición, el fiduciario transfiere la cosa al fideicomisario (así, al tiempo de la constitución del fideicomiso conviene tener presentes estas observaciones, para evitar posibles objeciones posteriores) (v. supra, N° 219 bis).

pueden agregarse otras, copulativa (junto a la anterior) o disyuntivamente (de manera alternativa a la anterior).<sup>665</sup>

*Tiempo en que debe cumplirse la condición.* El art. 739 (modificado por la ley 16.952) soporta como máximo cinco años que la condición esté pendiente; si transcurrido dicho plazo no se ha cumplido, de pleno Derecho se entiende fallida (antes de la citada ley el plazo era de quince años; entonces, se estimaba que era de general aplicación para tener por caducada toda condición, cualquiera fuese el acto en el que se estableciera; ahora ya no se entiende así, tanto por la historia de la ley como porque en otras materias se establece un plazo distinto).<sup>666</sup>

Aquí puede haber conflicto entre los arts. 739 y 962; ha de prevalecer el art. 739 por ser una disposición especial. El mismo precepto contiene una excepción. A propósito de ella, recuérdese que la muerte (del fiduciario en este caso) es un plazo, cierto e indeterminado; pero como se exige, según se ha dicho, que a la época de la restitución (en este caso al morir el fiduciario) exista el fideicomisario, dicho plazo se convierte en condición.

## 226. Efectos del fideicomiso.

A) *Derechos y obligaciones del fiduciario.* La afirmación básica es que el fiduciario es un propietario, aunque sujeto a la posibilidad de restituir el objeto de su dominio. Por otra parte, se le conceden los *derechos del usufructuario*, salvo algunas modificaciones (art. 754).

— Por esto es que el propietario fiduciario puede:

1°. Enajenar la cosa por acto entre vivos y transmitirla por causa de muerte, manteniéndose siempre indivisa y con el gravamen de eventual restitución; salvo las situaciones que detalla el art. 751.

2°. Gravar la propiedad fiduciaria, con hipoteca, servidumbre u otras cargas, en la forma y condiciones que establece el art. 757, bajo la sanción de inoponibilidad que ahí mismo se dispone.

<sup>665</sup> Deben tenerse presentes las reglas de las obligaciones condicionales y de las asignaciones testamentarias condicionales (con sus respectivas aplicaciones subsidiarias). Por lo mismo, debe tenerse en cuenta la regla del art. 1478, en cuanto declara nula la obligación que depende de una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.

<sup>666</sup> V. Tapia Arqueros, Hugo: "La Ley N° 16.952, sobre reducción de los plazos de prescripción", en Rev. de Derecho U. de Concepción N° 159, pp. 43 y sgts.

3°. Administrar el bien de que fiduciariamente es dueño, como lo dispone el art. 758, siendo sí responsable en esta administración de su hecho o culpa, que ha de entenderse leve (art. 44). Como propietario que es, está premunido de la acción reivindicatoria (art. 893); y el objeto es inembargable en esa situación (arts. 1618 N° 8 del CC. y 445 N° 14 del CPC.). Se ha resuelto que los frutos sí son embargables.<sup>667</sup>

4°. Gozar de los frutos, como que es dueño (además, arts. 754, 781 y 790).

– Pero a su vez, como consecuencia de la situación en que el fiduciario se encuentra, de restituir eventualmente la cosa, se le imponen ciertas *obligaciones*. Como norma básica, se le imponen las cargas del usufructuario, salvo algunas modificaciones (art. 754). Con esto:

1°. Como tiene las cargas del usufructuario, se entiende que debe confeccionar inventario solemne de lo que recibe (el art. 775 lo establece para el usufructuario); es útil también para apreciar el cumplimiento de su obligación de restituir. Pero puede observarse que se le imponen las “cargas” y no es claro que el inventario lo sea (v. art. 1251). También puede verse obligado a rendir caución (arts. 755 y 761).

2°. Debe asimismo conservar la cosa para poder así restituirla si se cumple la condición, respondiendo en dicha conservación, como se ha dicho, de la culpa leve (art. 758). Como durante el tiempo que tiene la cosa en su poder puede introducirle mejoras, el Código consigna varias reglas sobre el abono de ellas, distinguiendo entre necesarias (que pueden ser ordinarias o extraordinarias), útiles y voluptuarias (arts. 754, 756, 759, 795, 796, 798, 909 y 911), reglas que tendrán aplicación si llega a producirse el evento de la restitución.<sup>668</sup> Tiene también derecho de retención (arts. 754 y 800).

3°. Por último, si la condición impuesta se cumple, nace para el fiduciario la obligación de restituir al fideicomisario (art. 733), obligación que cumplirá, como se ha explicado, efectuándole la tradición.

*Excepciones.* Los arts. 749 y 760 establecen tres situaciones que hacen excepción a las obligaciones antes enunciadas: el art. 749

<sup>667</sup> GT. de 1941, 1<sup>er</sup> sem., sent. N° 73.

<sup>668</sup> Sobre la posibilidad de llevarse las mejoras necesarias, v. Claro Solar Luis, ob. cit., t. VIII, pp. 91 y sgts.

se refiere al llamado “tenedor fiduciario”, que está obligado a restituir también los frutos,<sup>669</sup> el art. 760 inc. 1° permite la posibilidad de liberar al fiduciario de responsabilidad por todo deterioro, y el inc. 2° hace referencia al que se ha denominado “fideicomiso de residuo”.

#### B) *Derechos y obligaciones del fideicomisario*

– Con la constitución del fideicomiso el fideicomisario adquiere la simple expectativa de llegar a obtener la cosa de que se trata. Éste es para él el efecto básico que se produce con la constitución de la propiedad fiduciaria (art. 761). Consecuencia de ello son las prerrogativas que la ley le confiere:

1°. Puede solicitar medidas conservativas (arts. 761 y 1492). Entre otras, puede exigir caución de conservación y restitución (art. 755). Se ha resuelto que no siendo un bien, la expectativa del fideicomisario no puede ser embargada.<sup>670</sup>

2°. Se ha sostenido que podría transferir su expectativa (por ej., venderla, por el art. 1813).<sup>671</sup>

3°. Puede pedir al fiduciario indemnización por los perjuicios de la cosa, derivados de su hecho o culpa (art. 758).

4°. Si la condición se cumple, desde entonces tiene el derecho a exigir del fiduciario la entrega de la cosa dada en fideicomiso.

Cumplida la condición, el fideicomisario puede verse obligado a reembolsar al fiduciario las mejoras introducidas por éste a la cosa y que, según disposiciones que antes se mencionaron, son reembolsables.<sup>672</sup> Para el pago de deudas debe tenerse en cuenta también el art. 1372.

<sup>669</sup> Se ha denunciado un error. El texto hace referencia a la situación en que la condición pueda “faltar”; no puede faltar; la cosa pasará al fideicomisario siempre que la condición se cumple; entonces, se quiere referir a la situación de la condición negativa, la cual se cumple cuando el acontecimiento falta, es decir, cuando el hecho que no debe acaecer, efectivamente no acaece (llega a ser cierto que no acaecerá) (así, Rozas Vial, Fernando, “Algunas consideraciones sobre la propiedad fiduciaria”, en Boletín de Investigaciones, Univ. Católica de Chile, N°s 44-45, Santiago, 1979-1980, pp. 36 y sgts.).

<sup>670</sup> GT. de 1889, t. I, sent. N° 2.003.

<sup>671</sup> GT. de 1918, 1<sup>er</sup> sem., sent. N° 16. Pero bien puede estimarse que ahí lo vendido no es la expectativa, sino la cosa que se espera que exista.

<sup>672</sup> Para la actualización del valor de estas prestaciones, v. Castelblanco, Mauricio: *Las obligaciones restitutorias del Código Civil y la inflación*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

**227. Extinción.** Las varias causas por las que se extingue el fideicomiso están mencionadas en el art. 763. Además, las leyes de expropiación generalmente destinan un precepto a la extinción de gravámenes sobre el predio expropiado, con excepción de las servidumbres legales, facultando a los titulares para obtener alguna compensación sobre el valor de la indemnización que se paga al expropiado (así, por ej., DL. 2.186, de 9 de junio de 1978, art. 20).<sup>673-674</sup>

<sup>673</sup> Puede observarse que nuestro fideicomiso se presenta como un traspaso de un bien a dos propietarios sucesivos, con la eventualidad de la condición (sólo a dos, evitando así las inconvenientes vinculaciones). En estos términos no presta gran utilidad y, salvo en situaciones de especial pretensión del constituyente, no cobra gran aplicación, aunque debe reconocerse que en la historia de nuestro sistema tiene alcurnia y –nos parece– un permanente atractivo técnico. Estas observaciones están francamente dirigidas a encontrarnos con el llamado “trust” o “fideicomiso anglosajón”, bien distinto (aunque igualmente con el componente fiduciario o de confianza). Consiste en la transferencia de un bien por parte de su titular (*settlor*) a otro (*trustee*), quedando afecto a un beneficio o finalidad, a favor de un tercero (*beneficiary*). El beneficiario puede ser una o varias personas, determinada(s) o determinable(s) y aun puede ser una finalidad general o interés público (con la sola limitación de la licitud). Creado el *trust*, lo que queda del constituyente es fundamentalmente “la idea directriz” que impuso; los bienes (el objeto) quedan en dominio del *trustee* pero con la afectación del destino o beneficio impreso, que se va inmediatamente realizando. Son muchos los pormenores en su funcionamiento que lo presentan como complejo, pero con gran versatilidad y una importante aplicación práctica; por otra parte, en su elaboración han influido destacadamente las dos jurisdicciones del sistema anglosajón, el “common law” y la “equity” (que se observa, por ej., en una especie de doble dominio, para el *trustee* y el beneficiario) al punto que puede mencionarse como ejemplo de la confluencia de ambas. Puede verse que nuestra institución no confiere medios para desarrollar una afectación del objeto en manos del fiduciario en beneficio del fideicomisario, que mientras pende la condición sólo espera; tampoco proporciona instrumentos al segundo para que el primero mantenga y conserve apropiadamente el objeto (salvo unas medidas conservativas de dudosa eficacia); no se trata aquí de una administración de bienes cuyo provecho sea recibido simultáneamente por el beneficiario (como ocurre con el *trust*) que permita realizar así la finalidad de una afectación que, por cierto, satisface objetivos que algunos propietarios pueden perseguir, introduciendo paralelamente dinamismo a la economía. En el *trust* se aprecia una conjunción de la ideadirectriz, la gestión del fiduciario (*trustee*) y las facultades del beneficiario para obtener el provecho que se ha pretendido en su favor; convergencia que, flexiblemente organizada, resulta útil y adaptable (se trata de una especie

de *dual ownership* (o de propiedad desdoblada) en la que uno tiene el poder de administración y el otro el beneficio del disfrute; uno es propietario en administración y el otro en disfrute. Aunque formalmente el *trustee* es el titular del bien, sus acreedores no pueden satisfacerse sobre ese bien). Es cierto que nuestro art. 749 algo adelanta, permitiendo que se ordene la reserva de frutos para el fideicomisario, quedando el primer adquirente (ahora “tenedor fiduciario”) con las facultades de un curador de bienes; pero estas facultades son reducidas como para explotar apropiadamente el bien con una eficiente gestión, y no se produce en él una separación de patrimonios, todo lo cual obstaculiza la realización de una instrucción directora impuesta por el constituyente; además, se trata de reserva y no de inmediata y permanente (o periódica) entrega de los frutos. Ante estas diferencias (que no deben entenderse como reproche o defectos de nuestro fideicomiso) parece explicarse la proposición de algunos autores latinoamericanos (más que europeos, que están por la alternativa de la adecuación de instituciones existentes) de, manteniendo el fideicomiso, simplemente introducir legalmente otra institución (v. como experiencia en nuestro ámbito, las normas sobre comisiones de confianza de los bancos). Más antecedentes: en Derecho inglés y norteamericano la materia conforma toda una disciplina (*trusts*), tratada independientemente (a veces junto al Derecho sucesorio), y las obras especializadas son muchas; v., por ej., Penner, J. E.: *The Law of Trusts*, Oxford University Press, Core Text Series, Oxford, 2004. Una síntesis suele aparecer en los textos sobre propiedad (por ej., Lawson, F. H. and Rudden, Bernard, ob. cit., pp. 169 y sgts.; Moynihan, Cornelius and Kurtz, Sheldon, ob. cit., pp. 254 y sgts.). Para una exposición por autores del *civil law*, puede verse Malaguti, Maria Chiara: “El *trust*”, en Atlas de Derecho privado comparado, F. Galgano, coordinador, trad. de Fernández y Verdura, Edit. Fundac. Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 326 y sgts., con referencia a la Convención de La Haya sobre reconocimiento del *trust* en *civil law*; v. también “Principios europeos de Derecho de Trusts”, trad. de Cristina González, en Schulze, Reiner y Zimmermann, Reinhard (recop.): *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, presentac. española por Esther Arroyo y Amayuelas, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 523 y sgts.; y entre nosotros, Fuenzalida Puelma, Sergio: *El trust o fideicomiso angloamericano y sus adaptaciones latinoamericanas*, Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso, Valparaíso, 1963, con una didáctica descripción e ilustrativos antecedentes de Derecho latinoamericano sobre la materia, incluyendo algunos proyectos legislativos en nuestro medio; Fueyo, Fernando: “Fideicomiso anglosajón y su aplicación en la legislación chilena”, en Rev. de Derecho U. de Concepción N° 118, pp. 3 y sgts.

<sup>674</sup> Más antecedentes pueden verse en Molina Pasquel, Roberto: *Los derechos del fideicomisario*, Edit. Jus. México, 1946; Navarro Martorell, Mariano: *La propiedad fiduciaria*, Edit. Bosch, Barcelona, 1950; Ballesteros, Manuel Egidio: “Los censos y fideicomisos. Su importancia en la legislación. Conveniencia de mantenerlos o suprimirlos”, en RDJ., t. V., Primera Parte, pp. 269 y sgts.; Retamal, Humberto: *Algunos problemas sobre propiedad fiduciaria*, Univ. Católica de Chile, Santiago, 1953.



## CAPÍTULO III EL USUFRUCTO

228. La concesión del uso y goce; definición y textos. Son varias las posibilidades de que el dueño confiera a otro las facultades de uso y goce del objeto de su dominio, aunque con diferencias. Una destacada característica (la creación de derecho real) conduce a distinguir dos grandes grupos de relaciones que incluyen estas facultades; uno genera derecho real (el usufructo, el uso); otro sólo genera derecho personal (el arrendamiento, el comodato).<sup>675</sup>

Está regulado en el Tít. IX del Libro II (arts. 764 a 810); lo define el art. 764.<sup>676</sup>

229. Características. Pueden señalarse las siguientes principales:

1°. *Es un derecho real.* Está enumerado en el art. 577, y le da contenido, de uso y goce, el mencionado art. 764. Siendo propietario de su derecho real (art. 583) para protegerlo el titular

<sup>675</sup> El término usufructo proviene de la unión de los sustantivos *usus*, que a su vez proviene de *utor* (que refiere la actitud de servirse de una cosa como instrumento para lograr una satisfacción) y *fructus* (que importa una acción relacionada con *fruor* o *frango*, que significa partir una cosa con los dientes, como forma primitiva de encontrar en una cosa una causa de satisfacción). Unidos, conducen a designar el beneficio o utilidad integral, directa o indirecta, que se obtiene de una cosa. Así, Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, trad. por la Rev. de Derecho Privado; anotada por J. Castán. Libr. Gral. de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, t. I, p. 1.

<sup>676</sup> La definición presenta dos diferencias con la del art. 578 del CC. francés: mientras el CC. francés se dirige a la conservación de la substancia, el CC. chileno (siguiendo al Proyecto de García Goyena) a la forma y substancia; y mientras el CC. francés le impone que goce como lo haría "el propietario mismo", el chileno omite esa referencia.



está premunido de la acción reivindicatoria (art. 891) y –si recae sobre inmueble– de las posesorias que correspondan (art. 916). Puede verse así la diferencia con el derecho personal de goce, que no puede reclamarse sino del correlativamente obligado (por ej., el que tiene el arrendatario).

Desde otro punto de vista, este derecho real coexiste con el de dominio, que queda reducido a la facultad de disposición (art. 765). Y para el dueño (el nudo propietario) constituye un gravamen<sup>677</sup> (como acontece en la generalidad de los derechos reales limitados, que provocan esta situación correlativa).

A diferencia de otros enumerados en el art. 577, es un derecho real principal; su finalidad se encuentra en su contenido y no en asegurar el cumplimiento de una obligación (como ocurre, por ej., con los derechos reales de prenda y de hipoteca).

Por último, es un derecho real que puede ser mueble o inmueble, según lo sea el bien sobre el que recaiga (art. 580).

2°. El derecho de usufructo *confiere la mera tenencia* de la cosa fructuaria; el usufructuario es, pues, un mero tenedor de la cosa, ya que reconoce dominio ajeno (art. 714) (pero es propietario de su derecho de usufructo).

3°. *Es temporal*. Su duración la fija generalmente un plazo; puede ser también una condición y, en todo caso dura, a lo más, por toda la vida del usufructuario (arts. 765, 770, 771 y 804; luego se volverá sobre este punto; v. infra, N° 235).

4°. En estrecha relación con la característica anterior, *es un derecho intransmisible* por causa de muerte (art. 773), aunque negociable por acto entre vivos, salvo que lo prohíba el constituyente.

5°. En principio, *es divisible*;<sup>678</sup> examinada la utilidad que se puede obtener de las cosas, se puede desprender que el provecho puede dividirse. Esa división puede concebirse referida a partes de la cosa o a partes de la utilidad misma (y sin perjuicio de la alternancia temporal en el aprovechamiento entre dos o más sujetos). Pero, en definitiva, esta divisibilidad queda determinada por la naturaleza de cada cosa y la utilidad que ella provea.

<sup>677</sup> Y ante una pretensión ciertamente equivocada, ha debido declararse que la circunstancia de constituir un gravamen no implica calificarlo de prohibición o interdicción (RDJ., t. 90, secc. 2ª, p.7).

<sup>678</sup> V. Musto, Néstor Jorge, ob. cit., t. II, p. 14, con cita de otros en el mismo sentido.

**230. Elementos.** Son los siguientes:

**231. 1°. Bien susceptible de usufructo.** El Código no ha establecido normas a este respecto, por lo que se concluye en una amplia posibilidad de constituir usufructo: sobre una universalidad (como la herencia) o sobre una cuota de ella; sobre una especie o cuerpo cierto o una cuota de él; sobre bienes muebles o inmuebles; fungibles o no fungibles, y sobre derechos personales.

**232. Usufructo y cuasiusufructo.** Al definir el usufructo, el Código permite al usufructuario restituir, según la naturaleza de la cosa fructuaria, ya la misma o igual cantidad y calidad del mismo género o su valor. Sin mencionarlo, contempla ahí las figuras del usufructo propiamente, en el primer caso, y del llamado cuasiusufructo, en el segundo.

Los términos que el Código ha empleado para denominar una y otra clase de bienes han dado lugar a discrepancias. En base al tenor del art. 764 se ha entendido que hay usufructo cuando la cosa es no fungible y cuasiusufructo cuando es fungible.<sup>679</sup> En cambio, se ha sostenido que el Código ha empleado aquí el término fungible en el sentido de consumible y que (tal como fue concebido en Roma) hay usufructo si la cosa es no consumible y cuasiusufructo si es consumible.<sup>680</sup> Esto último parece lo más razonable, pues tratándose de cosas fungibles no consumibles, que las hay, bien puede establecerse la obligación de restituir la misma aunque haya otras con igual poder liberatorio; y es en las consumibles donde ello es imposible y necesariamente ha de restituirse otra de igual cantidad y calidad del mismo género o su valor (el antecedente del redactor en este punto, el Código francés, lo dispone así).<sup>681</sup>

<sup>679</sup> Así, Rosende, Hugo, ob. cit., p. 191.

<sup>680</sup> Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. II, p. 135.

<sup>681</sup> Análisis doctrinarios pueden verse en Jordano Barea, Juan: "El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena", en Anuario de D. Civil, t. I, Madrid, 1948, pp. 984 y sgts.

Es interesante también la confrontación de los principios y reglas del usufructo con el funcionamiento de algunas formas de depósitos dinerarios acumulados y administrados por expertos, como los denominados entre nosotros fondos mutuos; al respecto, puede verse de Martínez de Bedoya, Covadonga: "Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos", en Anuario de D. Civil, Madrid, 2002, pp. 659 y sgts.

*Diferencias entre el usufructo y el cuasiusufructo.* Las principales son:

a) Respecto de la cosa fructuaria, el usufructo es un título de mera tenencia (el usufructuario reconoce dominio ajeno) mientras que el cuasiusufructo es un título traslativo de dominio (el cuasiusufructuario se hace dueño del bien que recibe) (art. 789);

b) De lo anterior resulta que llegada la época de la restitución el nudo propietario puede ejercer la acción real de dominio (reivindicatoria, si el que era usufructuario retuviere la cosa considerándose ahora dueño, poseyese) para obtener la cosa dada en usufructo, mientras que en el cuasiusufructo el sujeto que tiene derecho a la restitución sólo tiene un crédito y, por tanto, una acción personal, en contra del cuasiusufructuario para exigir la entrega de la cantidad debida o del valor.

c) Otra consecuencia de la diferencia básica consignada al comienzo aparece en la pérdida fortuita de la cosa, que libera al usufructuario, lo que no tiene lugar en el cuasiusufructo, donde se debe una especie indeterminada de cierto género; en principio, el género no perece y, por tanto, habrá al alcance una especie para restituir.<sup>682</sup>

**233. Cuasiusufructo y mutuo.** Las semejanzas en materias substanciales son evidentes entre estas dos instituciones y pueden fácilmente constatarse. Títulos traslativos de dominio ambos, confieren el dominio de lo que se entrega a quien recibe, con la obligación de restituir otro tanto de igual calidad y del mismo género. En teoría se observan algunas diferencias: el cuasiusufructo puede tener su origen en la ley, lo que nunca ocurre con el mutuo; el mutuo es un contrato real mientras el cuasiusufructo, cuando se constituye por acto entre vivos, es consensual; la caución y el inventario son exigidos en el cuasiusufructuario y no en el mutuo; las causales de extinción son también diferentes (pero puede notarse que estas diferencias no logran configurar una distinción substancial).

#### 234. 2º. Concurrencia de tres sujetos.

a) *Constituyente.* Es quien crea el derecho de usufructo (más precisiones sobre el carácter de este constituyente se verán pronto, al examinar la constitución del usufructo).

<sup>682</sup> Salvo ciertos géneros en los que hay muy pocas especies; como en algunos "en peligro de extinción".

b) *Nudo propietario.* Es quien tiene la propiedad de la cosa fructuaria (sin el uso y goce). Puede ser el mismo constituyente, en cuyo caso conserva la propiedad nuda, o un tercero, a quien se le atribuye.

c) *Usufructuario.* Es el titular del derecho real.

No hay inconveniente para que haya pluralidad en cada categoría de estos sujetos: pueden ser constituyentes dos o más copropietarios; puede atribuirse la nuda propiedad a dos o más personas que la adquieren en común; y puede haber dos o más usufructuarios (arts. 772 y 780, que dispone el acrecimiento). En esta última situación los usufructuarios han de ser llamados simultáneamente o como substitutos, pues al igual que en el fideicomiso y por las mismas razones están prohibidos los usufructos sucesivos o alternativos (art. 769) (v. supra, N° 224 y nota).<sup>683</sup>

Los sucesivos consisten en el traspaso del derecho de un usufructuario a otro al cabo de un tiempo, luego a otro y así sucesivamente, como lo indica su nombre. El alternativo consiste en la

<sup>683</sup> Si hay dos o más simultáneos se configura el llamado cusufructo. Presenta varias particularidades e interrogantes; por ej., en la determinación de las cuotas si nada se dispone en el título (habrá de presumirse iguales); en la caución (¿debe otorgarse una sola?, ¿o cada uno debe otorgar su caución conforme al valor de su cuota?, ¿o cada uno debe otorgar su caución conforme al valor de toda la cosa?); en el acrecimiento (que nuestro Código contempla, ¿procede sólo cuando dos o más son usufructuarios del todo, produciéndose las cuotas porque las partes las hace el concurso (que parece lo procedente)?, ¿o procede también aunque en el título cada uno haya sido llamado a una cuota?).

En estas y otras dificultades parece conveniente tener presentes algunas premisas como las siguientes. En el cuidado y conservación de la forma y substancia debe considerarse no sólo el interés del nudo propietario sino también el de los demás usufructuarios; al tiempo de extinguirse el derecho de cada usufructuario (por muerte, renuncia, etc.) surge una tensión entre dos extremos: la fuerza expansiva de los derechos de los demás (en la que influyen los términos de su llamamiento, cuotativo o totalizador) y la elasticidad del dominio (del nudo propietario) que tiende a absorber automáticamente la vacancia que se produce en los derechos reales limitados; entre los varios usufructuarios se produce una comunidad del derecho de usufructo, por lo que deben tenerse en cuenta también, con las debidas adaptaciones, las normas que regulan la comunidad (a propósito de lo cual la doctrina ha llegado a plantearse la posibilidad de que uno de los usufructuarios pueda disponer de la acción de partición) (para algunos de estos y otros temas puede verse Reverte Navarro, Antonio: "Pluralidad de titulares en el usufructo", en Rev. de D. Privado (diciembre), Madrid, 1979, pp. 1115 y sgts.).

adquisición del derecho por un usufructuario, que al cabo de un tiempo lo traspasa a otro; al final del plazo de éste vuelve al primero, prosiguiendo la adquisición de manera alterna e infinita: El art. 769, que dispone la prohibición, señala los efectos que se producen si de hecho se constituyen (v. también el art. 10).

Ha de notarse que entre el usufructuario y el nudo propietario no existe una comunidad, justamente debido a que si bien los derechos de ambos recaen sobre el mismo objeto, son de distinta naturaleza; el de uso y goce para uno y el de dominio sin esos atributos para el otro.

**235. 3°. El plazo.** La disposición básica que consagra este elemento es el art. 770: "El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario" (inc. 1°). Sin embargo, aparece cierta confusión cuando luego el Código permite que se establezca una condición de cuyo evento dependerá la extinción del usufructo. Los arts. 770, 771, 773 y 804 han de entenderse así:

a) El usufructo dura, a lo más, toda la vida del usufructuario; si se estipula un plazo o una condición que estén pendientes a la muerte del usufructuario, estas modalidades no producen efectos, pues con el fallecimiento se extingue el usufructo; igualmente, si no se establece duración, dura toda la vida del usufructuario.

b) Si se establece un plazo de duración, habrá que atenerse a él, con la limitación de la muerte del usufructuario.

c) Si se establece una condición, habrá que atenerse a ella, y expirará el usufructo cuando se cumpla, pero con la limitación de la muerte del usufructuario.

Asimismo, se puede agregar una condición al plazo que se establezca (por ej., el usufructo se extinguirá al cabo de diez años o antes si ocurre tal evento). En suma, la condición en el usufructo tiene el efecto de adelantar, eventualmente, su extinción.

De otra parte, el art. 768 impide la suspensión condicional del usufructo, por la posibilidad de encubrir tal situación usufructos sucesivos, ya que, pendiente la condición, podría usufructuar la cosa un tercero, restituyendo el usufructo al cumplirse, etc. (en su inc 2° la disposición se relaciona con los arts. 1072 y 1082, en la sucesión por causa de muerte).

El usufructo a una corporación o fundación no podrá pasar de treinta años (art. 770 inc. final).

**236. Constitución del usufructo.** El art. 766 señala varias fuentes. Habitualmente se agrupan los N°s 2 y 3 de esa enumeración y se agrega la sentencia, no contemplada allí, con lo que puede concluirse que se constituye por:

- 1°. ley;
- 2°. voluntad del propietario;
- 3°. prescripción;
- 4°. sentencia judicial.

1°. *Por ley.* A este origen se refiere el art. 810. A estos derechos se les denomina generalmente derechos de usufructo, pero difieren bastante de esta institución (estos "derechos legales de goce", del padre sobre los bienes del hijo y del marido sobre los bienes de su mujer, son examinados en el estudio del Derecho de familia).

También se ha sostenido que los poseedores provisorios de los bienes del desaparecido tendrían sobre esos bienes un derecho de usufructo de origen legal, en base al art. 89 (y que se regularía por las normas de los arts. 764 y sgts.); pero la naturaleza de este derecho ha sido discutida (por ej., se ha sostenido que tienen no un usufructo sino la propiedad sujeta a condición).

2°. *Por voluntad del propietario.* El propietario puede dar origen al usufructo por testamento o con un cocontratante por acto entre vivos. Si se constituye por testamento, el usufructo se someterá a las formalidades del testamento. Si por acto entre vivos, la formalidad depende de la naturaleza de la cosa fructuaria. Si recae sobre muebles, es consensual; si recae sobre inmuebles, es necesario instrumento público inscrito (art. 767).<sup>684</sup>

<sup>684</sup> Eso es en cuanto a la forma. Pero, en la substancia, no debe olvidarse que se está celebrando la constitución o transferencia de un bien (incorporal), el derecho de usufructo; y esa constitución o transferencia será gratuita u onerosa; si es gratuita, lo más probable es que se configure una donación (que, al superar el valor establecido, deberá insinuarse, y si el usufructo versa sobre un inmueble, con el art. 580 se concluirá que se trata de una donación de cosa inmueble, con lo cual se requiere escritura pública conforme al art. 1400), y si es onerosa, lo más probable es que se configurará una compraventa (de modo que si el usufructo versa sobre un inmueble, con el art. 580 es compraventa de inmueble, la cual requiere escritura pública conforme al art. 1801). Sea como fuere, si se quiere evitar reproche o, al menos, duda, en el posterior examen de los títulos, en lugar de silenciar el punto de la contraprestación por el usufructo, habrá de adoptarse decisión sobre la gratuidad u onerosidad del negocio, consignando en el acto constitutivo lo que corresponda y cumpliéndose las exigencias respectivas (v. supra, N° 219 bis).

El rol de la inscripción ha sido discutido. Se ha sostenido que cumple el doble rol de solemnidad del acto constitutivo y de tradición del derecho real de usufructo; en contra, que sólo desempeña esta última función, quedando perfecto el acto constitutivo con el solo otorgamiento del instrumento público (agregándose que ni siquiera hay un plazo para proceder a tal inscripción).<sup>685</sup> La decisión tiene importancia, pues si se entiende perfeccionado el usufructo con el solo instrumento público, habrá nacido desde entonces al usufructuario el derecho personal de exigir el cumplimiento del acto y, concretamente, el derecho a que se le efectúe la tradición del derecho real; si se entiende que la inscripción es solemnidad del acto, no tendría tal derecho, pues justamente con la inscripción recién estaría perfeccionado el título; en la práctica, la discusión puede suscitarse cuando la inscripción no se ha efectuado o la efectuada es nula, y hay dificultad (entre otras, la negativa del tradente) para practicarla o enmendarla.<sup>686</sup>

<sup>685</sup> Así, RDJ., t. 48, p. 354; t. 51, p. 605.

<sup>686</sup> Esa "dificultad" puede consistir en la negativa del constituyente (o de sus herederos) a concurrir a pedir la inscripción. El punto se aclara recordando un antecedente y agregando un supuesto. El antecedente es que como en la situación presente la inscripción es —en una concepción que hemos venido sometiendo a crítica— la forma de efectuar la tradición del derecho real de usufructo sobre el inmueble, para este acto de tradición se requiere de la voluntad no sólo del adquirente sino también del tradente (constituyente). El supuesto es que en el título constitutivo no se incorporó la cláusula por la cual se faculta al portador de copia autorizada para requerir la inscripción y el constituyente decide negarse a concurrir al Registro a manifestar su voluntad de efectuar la tradición-inscripción, o, habiéndose incorporado la cláusula, más tarde el tradente se retracta, o habiendo fallecido o caído en incapacidad, sus herederos o representante se niegan a concurrir al Registro. Entonces, si se sostiene que, debido a la redacción del texto (el art. 767), la inscripción desempeña el doble rol de tradición del derecho real y solemnidad del acto constitutivo, como al faltar la inscripción el acto o título no estaría perfeccionado, no habría nacido todavía para el adquirente, usufructuario, el derecho a exigir que esa tradición se efectúe. Ante este panorama, suele agregarse el comentario de que entonces, con esa tesis del doble rol de la inscripción, no obstante haberse suscrito por ambas partes el acto constitutivo el adquirente (usufructuario) queda en posición bastante desprotegida. Por nuestra parte, preferimos abstenernos de tal conjetura porque es posible que, debido a términos de la negociación, algún fundamento puede aducir el constituyente o sus herederos para retractarse o negarse a concurrir al Registro; sólo las particularidades del caso, la integridad de los hechos, pueden definir la real imagen fáctica de cada contendor en estrados.

Pero hay otro planteamiento, que compartimos. Se recordará (supra, N° 219, nota) que, rechazándose la idea de transferencia por desprendimiento de facultades, se insiste en que al crearse el derecho real se está en presencia de una "constitución", en este caso, del usufructo (no de su transferencia, que tiene lugar cuando después de constituido el usufructuario lo traslada a otro). Por tanto, aquí no hay tradición. Versando el usufructo sobre un inmueble, la norma exige inscripción; esta inscripción es exigida en función constitutiva, no en función traslativa (tradición) (se admite que el Código supone tradición y el Mensaje lo dice directamente, pero es considerado error; en cambio, el Regl. del Registro distingue entre constitución y tradición en el art. 52 N°s 1 y 2).<sup>687</sup>

En todo caso, la inscripción debe efectuarse en el Registro de hipotecas y gravámenes del Conservador de donde esté ubicado el inmueble (arts. 686 del Código y 52 N°2 del Regl.). Además de la inscripción, deberá ponerse el predio a disposición del usufructuario para el ejercicio de su derecho (y puede utilizarse aquí lo dispuesto en el art. 702 inc. final, aunque esté dispuesto directamente como presunción de tradición).

Si se trata de la "constitución" de usufructo sobre mueble, como se dijo, no hay tradición; pero deberá entregarse materialmente la cosa, o dejarla a disposición del usufructuario, para que él pueda ejercer su derecho (usufructuar, y puede utilizarse la regla del 702 inc. final, aunque esté destinada directamente a una presunción de tradición).

Si se mantiene la noción de tradición (en esta creación del derecho real), cuando versa sobre cosa mueble tendrá que efectuarse entregando la cosa fructuaria (entrega que debido al título se entenderá que es para efectuar la tradición del derecho de usufructo), cobrando aplicación también el art. 702 inc. final.

Si se trata de una transferencia del usufructo ya constituido, es necesario previamente dar cuenta de que, como se dirá pronto, está discutido si lo cedido es efectivamente el usufructo o sólo el ejercicio del derecho (emolumento del usufructo) (infra, N° 238). Supuesto que lo transferido es efectivamente el dere-

<sup>687</sup> En este sentido, Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorporales...*, cit., p. 175.

cho real de usufructo, aquí sí, indudablemente, hay tradición. Si se trata de un inmueble, se efectúa por inscripción. Pero además de la inscripción, por cierto, deberá entregarse materialmente el predio o ponerlo a disposición del adquirente (cobrando aplicación también el citado 702 inc. final). Si se trata de un mueble, se aplica lo dicho anteriormente.

Si el usufructo se constituye por testamento (y recae sobre inmuebles), no es necesaria la inscripción (del usufructo), tanto porque ella se exige para el constituido por acto entre vivos (arts. 767 del Código y 52 N° 2 del Regl.) como porque en esta situación el derecho real de usufructo se adquiere por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte. Pero habrá constancia de él en el Registro porque el testamento en que está contenido habrá de inscribirse (art. 688 N° 1); además, al inscribirse el inmueble (la nuda propiedad) a nombre del nudo propietario (heredero o legatario), en esa inscripción quedará constancia de la limitación –usufructo– a la que el inmueble está sometido.

Dentro de esta forma de constitución, los titulares de los derechos que nacen al originarse el usufructo pueden ser diferentes. Así, el dueño de la cosa fructuaria puede reservarse el usufructo dando a otro la nuda propiedad (retención), o mantener la nuda propiedad concediendo a otro el usufructo (vía directa) o, por último, dispersar los derechos concediendo a un sujeto el usufructo y a otro la nuda propiedad (desprendimiento). Si por acto testamentario se concede a alguien el usufructo de una cosa sin designación de nudo propietario, la nuda propiedad corresponderá a los herederos del testador (se ha resuelto que es posible la simple venta de la nuda propiedad;<sup>688</sup> siendo así, hay que concluir que el vendedor queda como usufructuario sin más requisitos).

3°. *Por prescripción.* Esta posibilidad (contemplada expresamente en el art. 766 N° 4) no será muy frecuente, ya que lo usual es que quien posee una cosa lo hace con el ánimo de señor sobre el bien en su integridad. Sin embargo, puede tener aplicación en situaciones en que se ejercita el derecho con un título de usufructo, pero que ha resultado ineficaz para adquirir el derecho propiamente; por ej., cuando se constituye el usufructo sobre cosa ajena, se entregó la cosa fructuaria para el ejercicio

del derecho y, desde entonces, el usufructuario comenzó a poseer el derecho, que no obtuvo porque el constituyente no era el dueño (en la concepción del derecho real limitado como desmembramiento del dominio, en que aun al constituirse –por primera vez– se concibe que hay tradición del derecho real, se dirá: al efectuarse la tradición del derecho real de usufructo, esta tradición no producirá su efecto normal, porque el tradente no tenía el derecho; la tradición, entonces, dejará al adquirente en posesión del respectivo derecho de usufructo); así, poseyendo el derecho por el lapso exigido, se terminará ganándolo por prescripción (podría también cobrar aplicación cuando el título de constitución resulta nulo).<sup>689</sup>

Las reglas y plazos para esta adquisición son las del dominio (art. 2512).

4°. *Por sentencia judicial.* Suele citarse como ejemplo la disposición del art. 1337 N° 6, en la partición de bienes, pero debe observarse que el precepto permite al partidador constituirlo “con el legítimo consentimiento de los interesados”, lo que más bien nos lleva a un usufructo originado por voluntad de las partes, que sólo formalmente se consignaría en el fallo arbitral. Más precisa es la situación contenida en la ley 14.908 (llamada de Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias): “El juez podrá fijar también como pensión alimenticia un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del

<sup>689</sup> Por otra parte, la nuda propiedad puede también ser adquirida por prescripción; en nuestros textos no hay impedimento. La duda pudiere surgir por la dificultad que tendría el poseedor para efectuar actos posesorios (ya que la cosa es tenida por el usufructuario); pero son muchas las hipótesis en que es posible, aparte de la diversidad de formas en que es posible tener una cosa con ánimo de dueño aunque otro la detente usufructuándola. En suma, y en lugar de concebirse al poseedor de la nuda propiedad como teniéndose por un mero titular de una facultad de disponer (que ya es algo), debe vérselo teniéndose por dueño con facultades para aprovecharse de todas las utilidades y servicios de la cosa, salvo aquellos que temporalmente corresponden al usufructuario (v., en este sentido, argumentando y haciéndose cargo de algunas objeciones, De la Cuesta Sáenz, José: “La usupación de la nuda propiedad”, en Anuario de Derecho Civil, t. 40, Madrid, 1987, pp. 727 y sgts.) (para la pretensión de adquirir un usufructo por prescripción considerando la posesión que se ejerció mientras se tenía el usufructo adquirido por otro modo, v. N° 203 final, nota).

<sup>688</sup> RDJ., t. 76, secc. 2ª, p. 203.

juez. Si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los Registros correspondientes del Conservador de Bienes Raíces" (art. 9° inc. 2°) (puede verse también el art. 65 de la Ley de matrimonio civil, que permite al juez constituir usufructo, uso o habitación como forma de conferir indemnización compensatoria).<sup>690-691</sup>

<sup>690</sup> Antes de la reforma de que fue objeto, este texto se refería a la inscripción de la prohibición que el juez dictaba junto con la constitución del usufructo; entonces, se resolvió que la inscripción exigida era la de la prohibición, dándose a entender que la del usufructo no era exigida (RDJ., t. 66, secc. 2ª, p. 30). No había duda de que el precepto aludía a la inscripción de la prohibición; pero no había razón para concluir que ella estuviera excluyendo a la del usufructo. Parecía más natural entender que se agregaba a ésta (si se ha constituido sobre inmueble). Ahora ha quedado precisado.

Adoptada la concepción de "tradición del derecho real", se propondrá que en nuestro sistema de transferencia de bienes por acto entre vivos la transferencia de cualquier derecho real (o personal) requiere de un título y de un modo (entonces, su alteración requiere norma que para cierta situación lo disponga). Si versa sobre inmuebles, el título ha de constar por *instrumento público* (art. 767) y la tradición se efectúa por inscripción (arts. 767, 686). En la situación presente el título era (y es) el instrumento público sentencia y la tradición habrá de efectuarse por su inscripción; y, además, por el precepto citado de la ley de alimentos, deberá inscribirse la prohibición de enajenar el inmueble (nótese que conforme al texto actual, constituido por el juez el usufructo —que si versa sobre inmueble deberá inscribirse para quedar constituido el derecho real— es la ley la que dispone que la cosa fructuaria queda con prohibición; por tanto, ella existirá aunque el juez no la consigne —no la repita— en la sentencia, y será oponible aunque no se inscriba). Pero debe recordarse una vez más el planteamiento que distingue entre la constitución y la transferencia del derecho ya constituido, para adecuar aquí los términos; conforme a él, tratándose de una constitución del usufructo no hay tradición; pero si versa sobre inmueble, por norma debe inscribirse, inscripción que es pedida en función constitutiva, no traslativa.

<sup>691</sup> V., a este respecto, Jurisprudencia, Rev. de la Asoc. de Empl. del Poder Judic. N° 39, p. 27.

En la práctica ha solido producirse conflicto en usufructos constituidos por el juez para alimentos, sobre bienes hipotecados o embargados. Se ha resuelto que tal usufructo es inoponible al acreedor hipotecario (Gaceta Jurídica N° 79, p. 19); y que si el bien entregado en usufructo está embargado; hay objeto ilícito en esa constitución del usufructo (porque, conforme al art. 1464, estando embargado el bien no podía ser enajenado, entendiéndose la voz enajenación en sentido amplio) (Gaceta Jurídica N° 79, p. 19).

**237. Efectos.** El usufructo produce efectos —derechos y obligaciones— para el usufructuario (los más importantes y de mayor contenido) y para el nudo propietario.

#### 238. a) Derechos del usufructuario.

1°. Derecho a usar la cosa fructuaria (arts. 787, 782 y 785).

2°. Derecho a gozar la cosa fructuaria, con lo cual adquiere los frutos que produzca, tanto naturales como civiles (arts. 781 y 790; porque tiene derecho a los frutos civiles es que el usufructuario de una casa, por ej., puede darla en arriendo; además, arts. 793 y 794 y también arts. 644 y sgts.).

Conviene precisar que el usufructuario tiene derecho a los frutos (es decir, a lo que la cosa fructuaria produce periódicamente sin detrimento de su substancia), pero no a los productos (salvo algunos que detallan los arts. 783, 784 y 788).

Para la extensión de estas atribuciones será determinante el acto constitutivo (como lo señala el art. 791); las reglas del Código son sólo supletorias (además, la extensión de ese derecho se vincula, correlativamente, con la obligación de conservar la forma y substancia, que se verá pronto).

Los dos derechos enunciados en los números anteriores son los que configuran básicamente la institución. Pero el usufructuario tiene todavía otros.

3°. Derecho de administrar la cosa fructuaria (art. 777); es ésta la facultad que le permite de manera expedita ejercitar los derechos anteriores (para cuando un banco administra bienes gravados con usufructo, v. el art. 58 de la Ley General de Bancos).

4°. Derecho a hipotecar el usufructo (art. 2418).

5°. Derecho de entregar en arriendo y ceder el usufructo (art. 793).

Esta facultad ha motivado una discusión en orden al objeto preciso del arriendo o cesión (transferencia). El punto se plantea con trascendencia en esta última: puede entenderse que es posible ceder el usufructo mismo o sólo su ejercicio (que ha sido llamado "emolumento del derecho de usufructo"). Si lo cedido es el derecho, el cesionario quedará como nuevo usufructuario; pasa a ocupar la posición jurídica del cedente, teniendo el mismo derecho y, por tanto, con las mismas atribuciones y sometido a las mismas restricciones y extinción (si se concluye que lo transferido es el derecho, y se trata de un inmueble, el cesionario puede, por ej., hipotecarlo —conforme al art. 2418—, lo que

no podría hacer si lo cedido es sólo el emolumento o ejercicio del derecho de usufructo; en esta última posibilidad sería el cedente quien conservaría el derecho, pudiendo él, aun después de la cesión, hipotecarlo) (con el inc. 2° del art. 793, que luego de la cesión mantiene directamente responsable al cedente, y lo dispuesto en el inc. 2° del art. 794, entre nosotros un fallo –antiguo– resolvió que lo cedido son sólo los frutos;<sup>692</sup> por otra parte, se ha resuelto que la entrega del usufructo en arrendamiento al nudo propietario no lo transforma en usufructuario, y por tanto no opera la consolidación).<sup>693</sup>

Se ha discutido la sanción si se infringe la prohibición de cederlo o arrendarlo (art. 793); qué ha de entenderse cuando la ley dispone que el usufructuario perderá su derecho de usufructo. Generalmente se estima que el acto sería nulo absolutamente, por infringirse una prohibición del constituyente, que la ley haría suya (art. 1464 N° 2; además, arts. 1466 y 1682),<sup>694</sup> con lo que debe retornarse al estado anterior al acto que produjo la infracción, volviendo el derecho cedido al usufructuario, y entonces terminaría allí el usufructo.

<sup>692</sup> RDJ., t. 37, p. 177.

Admitiendo que es discutible, los argumentos no son convincentes. La circunstancia de mantener la responsabilidad del cedente ante el nudo propietario puede explicarse por protección al dueño que ha de aceptar a un cesionario que él no eligió, debido a la norma que permite la cesión (y que él no repudió pudiendo); en todo caso, la consignación de esa responsabilidad es compatible con la transferencia del derecho; y la regla del art. 794 permite también distinta utilización en el debate. Un examen detenido de la controversia, con antecedentes históricos, opiniones de doctrina, textos de Códigos (al parecer mayoritariamente inclinados a admitir la transferencia), especial referencia al art. 480 y otros preceptos del Código español, semejantes a los nuestros, y opinión favorable a la transferencia del derecho, puede verse en Marín García de Leonardo, Teresa: "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", en *Anuario de Derecho Civil*, t. 42, Madrid, 1989, pp. 813 y sgts., especialmente pp. 858 y sgts.

<sup>693</sup> RDJ., t. 68, p. 393.

Por otra parte, ha debido resolverse que, extinguido el usufructo por renuncia del usufructuario, el dueño de la cosa no está obligado a respetar al arrendatario del usufructo (F. del M. N° 455, p. 2004); es evidente; salvo limitadas excepciones, la regla es que el arriendo termina por extinción del derecho del arrendador (extinguido el derecho del causante, se extingue el derecho del causahabiente).

<sup>694</sup> Así, Vicuña Suárez, Luis, ob. cit., p. 203; Alessandri Besa, Arturo, ob. cit., pp. 173 y sgts.

6°. Si se trata de un cuasiusufructo, suele mencionarse la facultad que tiene de disponer de la cosa fructuaria; es evidente, pues, como se ha dicho, ha adquirido el dominio.

Finalmente, para la protección de su derecho dispone de la acción reivindicatoria (art. 891), y si recae sobre inmuebles, de las acciones posesorias (arts. 916 y 922). Incluso, se ha resuelto que puede entablar la acción de precario (del art. 2195), y aun contra el nudo propietario, porque es dueño de su derecho de usufructo.<sup>695</sup>

Es embargable, característica que se traduce, en la realidad, en el embargo de los frutos (arts. 803 y 2466).

**239. b) Obligaciones del usufructuario.** Generalmente se distingue entre obligaciones que el usufructuario tiene antes de entrar en el goce de la cosa, durante el ejercicio del usufructo y después de su extinción.

1°. *Obligaciones previas al ejercicio del usufructo.* Fundamentalmente, las obligaciones son las de practicar inventario y rendir caución. Más bien se trata de requisitos que debe cumplir quien quiere entrar en el goce de la cosa fructuaria (art. 775).

Respecto del inventario, debe ser solemne (art. 858 del CPC.) y no se exige tratándose de los llamados usufructos legales; en el usufructo que contempla, la ley 14.908 exige solamente inventario simple.

Frente al silencio de la ley, que expresamente autoriza la posibilidad de eximirlo de la caución, se ha discutido la posibilidad de que el constituyente o nudo propietario pueda liberar al usufructuario de la obligación de confeccionar inventario. Predomina la opinión de que es posible, en base a la autonomía de la voluntad, con la salvedad de situaciones excepcionales como aquella a la que se refiere el art. 1407; si se configura un usufructo con las características que esa norma señala, el inventario sería un requisito del título mismo y no podría evitarse (v. también art. 379)<sup>696</sup> (para efectos tributarios, sin embargo, puede ser necesario).

En cuanto a la caución, la ley no ha dado mayores especificaciones ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto a su monto,

<sup>695</sup> RDJ., t. 80, p. 36.

<sup>696</sup> V. Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VIII, pp. 189 y sgts.

Se ha resuelto que se puede eximir del inventario, RDJ., t. 97, p. 217.

por lo que quedará entregada a las particularidades del caso (art. 46). Generalmente se convendrá entre usufructuario y nudo propietario, regulándola el juez en desacuerdo. Puede ser liberado de la caución (art. 775 inc. 22) y la ley establece esta liberación en ciertos casos (como los contemplados en el art. 775 inc. 3º, en los usufructos legales, en la ley 14.908, en la Ley General de Bancos).

Los arts. 776 y 777 señalan los efectos que se producen si no se cumple con estas exigencias (en su inc. 5º, la última disposición hace referencia a la llamada "caución juratoria").

Desde otro punto de vista, estas disposiciones permiten insistir en que las exigencias de caución e inventario no forman parte de la constitución misma del derecho de usufructo, sino que son posteriores y sólo previas a la entrada del usufructuario en el goce de la cosa fructuaria.

*Limitaciones para el usufructuario.* Antes de precisar las obligaciones mientras ejercita su derecho, conviene tener en cuenta las limitaciones a que queda sometido el usufructuario:

a) Debe respetar los arriendos de la cosa fructuaria (art. 792) y otras cargas personales (art. 796), quedando desde luego sometido a las cargas reales, por la naturaleza de éstas (como por ej., las hipotecas que graven la cosa fructuaria). Debe respetar los arriendos en todo caso, aunque no consten por escritura pública (el art. 792 es especial en relación con el art. 1962).

b) Debe recibir la cosa en el estado en que se encuentra al momento de la delación de su derecho de usufructo (art. 774).

## 2º. Obligaciones durante el ejercicio del derecho de usufructo:

a) Debe mantener la cosa fructuaria, conservando su forma y substancia (art. 764).

Es la obligación fundamental (resumida en la antigua expresión *salva rerum substantia*).<sup>697</sup>

La doctrina ha debatido el contenido de esta obligación, teniendo presente la gran variedad de las cosas y de las características que

<sup>697</sup> La expresión, incorporada en la definición de usufructo dispuesta por las *Institutas* de Justiniano (siguiendo a Paulo), ha sido objeto de diversas interpretaciones a través de la historia (varias pueden verse en Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IV, Nº 986, p. 134, nota 16).

pueden incidir en su apreciación.<sup>698</sup> Más que posiciones adoptadas, conviene observar *caracteres* que, según el caso concreto, pueden resultar decisivos para identificar ese contenido: la estructura física, su aspecto externo, su función o destino. Este último ha sido siempre justificadamente destacado.<sup>699</sup> El término substancia de la cosa no debe entenderse referido tanto a la materialidad como a la "substancia jurídica", que es lo que da existencia a cierto ser, designado con cierto nombre, con cierta forma apropiada para cierta destinación; en este sentido, cuando el Código agrega "forma" no añade algo nuevo; forma y substancia se unen indisolublemente para constituir la cosa (se trata de una "forma substancial").<sup>700</sup> El destino de una cosa depende, en primer término, de su naturaleza. Algunas no admiten sino uno determinado, pero lo más frecuente es que sirvan para fines diversos. Entonces, puede ocurrir que al tiempo de constituirse el usufructo tenga uno definido impuesto por el propietario. Pues bien, a falta de precisiones en el título, un *cambio* de destino por el usufructuario ha sido bien con-

<sup>698</sup> Desde luego, en los textos en que —como el nuestro— se emplea la expresión "forma y substancia" se ha controvertido el significado en base a los términos. Así, por ej., se ha postulado que se hace referencia a dos conceptos distintos aunque funcionen correlativamente. Se ha entendido que la *substancia* se refiere al valor de la cosa, en su potencial como en su rendimiento normal; así, un aumento de la productividad normal a costa de su potencial (futuro) constituye una agresión a su substancia; entonces, conservar la substancia es conservar el valor de la cosa, en un sentido objetivo, no contingente, sino el que corresponde a la cosa según la creencia social y la relación de uso, socialmente consagrada. Y la *forma*, a caracteres extrínsecos de la cosa, que la hacen apta para cierta finalidad, a lo que la cosa sirve; en todo caso, en la doctrina presenta discrepancia en cuanto a su consideración subjetiva (conforme a designios del propietario), u objetiva, es decir, al destino "socialmente reconocido y estimado" (para más antecedentes, v. Marín García de Leonardo, Teresa, ob. cit., pp. 819 y sgts.).

<sup>699</sup> Con el texto del Código francés (el art. 578, que se dirige —como se dijo— a la conservación sólo de la substancia) y el examen de las nociones de fruto, uso y bien consumible, se ha sostenido que esta obligación se refiere definitivamente al *destino* de la cosa; y así se genera una noción unitaria del usufructo, que acoge en su seno el usufructo de créditos, de patentes y hasta el cuasiusufructo; entonces, el usufructo viene a ser el derecho de gozar del conjunto de utilidades del bien gravado, con cargo al usufructuario de conservar su destinación (Dockes, Emmanuel: "Essai sur la notion d'usufruit", en Rev. Trimestrielle de Droit Civil Nº 3, Paris, 1995, pp. 479 y sgts.).

<sup>700</sup> Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IV, pp. 144 y 145, con cita de García Goyena.

trovertido. Compartimos la preferencia –al parecer dominante– de partir del principio de que debe ser mantenido el destino impuesto por el dueño, pero admitiendo excepcionalmente la modificación o cambio, si se justifica para obtener un mejor aprovechamiento de la cosa, atendidas las circunstancias imperantes, objetivamente consideradas.<sup>701</sup> Por otra parte, la admisión de un cambio de destino está vinculada también a la especificidad; es más fácil admitir un cambio de un destino a otro semejante (de un huerto frutal a otro) que a uno muy diferente; las posibilidades de retornar al primitivo destino serán asimismo influyentes.<sup>702</sup>

El valor, principalmente económico, es un factor que siempre estará presente; y se justifica una mención separada para derivar de él dos advertencias: 1) que en él debe considerarse el potencial de la cosa con sus posibilidades de agotamiento, y 2) que en ocasiones puede llegar a justificar un cambio en al-

<sup>701</sup> Debe notarse que nuestros textos no imponen el deber de gozar “como el propietario mismo”; debe gozar como un buen padre de familia, lo que si bien no está expresado, se desprende de la responsabilidad que tiene; esta circunstancia confiere más posibilidades de admitir un cambio de destino; incluso, aunque el texto dijere “como el propietario mismo”, el cambio (justificado, razonable) no quedaría excluido porque si el propietario tenía impreso uno al día de iniciarse el usufructo, nada asegura que no habría introducido él un cambio conminado o aun aconsejado por nuevas circunstancias. Compartimos la conclusión de que puede efectuar construcciones, que sean necesarias o útiles para el goce de la cosa, siempre que pueda restituir la cosa como la recibió si el dueño no las acepta (Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IV, p. 314; v. allí el ejemplo de la viña dañada, que viene a ilustrar el principio que hemos formulado en el texto).

<sup>702</sup> En el Derecho francés la controversia es antigua, con ilustres intervinientes. Viéndose oposición, se ha dicho que mientras Domat, conformándose a las costumbres, concebía el cambio, Pothier, fiel a postulados romanos, lo rehusaba (con antecedentes, históricos y de doctrina actual, en Marín García de Leonardo, Teresa, ob. cit., pp. 822 y sgts.). Pero don Luis Claro Solar estima que no hay gran discrepancia (ob. cit., t. IV, p. 311). En definitiva, al menos en aquella época, la discusión se promovía por el concepto de cambio; se admitía la mejora pero se rechazaba el cambio; y, estrictamente, la mejora es cambio; pero debe entenderse que es posible la mejora, dentro de la integral forma y substancia; en todo caso, el debate ha continuado extendiéndose. V. también Docks, Emmanuel, ob. cit., p. 506 (concluye que siendo el nudo propietario el guardián del destino de la cosa y pudiendo oponerse; por tanto, al cambio de destino, ese poder no es ilimitado; no puede oponerse si la oposición provoca la destrucción de la cosa o la supresión de utilidades para el usufructuario, y así, esa limitación permite atenuar el riesgo de inmovilismo inherente al usufructo).

gunos caracteres –aun importantes– de la cosa; tal puede ocurrir, por ejemplo, cuando se observa que mantener el actual destino del objeto significará desde luego o pronto una pérdida cierta de su aprovechamiento o utilización.

En lugar de optar entre los diversos caracteres señalados parece preferible considerarlos todos y, aun, otros, de modo que en cada caso dependerá de la cosa y del título, cuál o cuáles serán los que deban ser atendidos y que el usufructuario ha de respetar, con la constante genérica de que es deber del usufructuario mantener la identidad fundamental de la cosa.<sup>703</sup>

Para juzgar la conducta del usufructuario habrá de considerarse también las posibilidades que ha tenido de consultar al nudo propietario, la magnitud de las facultades que le otorgue su título, el tiempo que le resta en su derecho.

Finalmente, en la decisión de casos debe asumirse que este deber (de conservar la forma y substancia) se asienta en una *tensión* entre el derecho actual de disfrute de la cosa por el usufructuario y el derecho del nudo propietario a su futura restitución.

En los Códigos del siglo XX sigue predominando la actitud de abstenerse de introducir precisiones.<sup>704</sup>

El Código chileno contiene expresiones y ejemplos que permiten acoger aquel sentido flexible en la comprensión de la obligación, adaptándola al caso. En especial, lo demuestran los arts. 764 (“forma y substancia”), 783 (“conservarlos en un ser”), 784, 787 (“según su naturaleza y destino”).<sup>705</sup>

<sup>703</sup> Esta obligación del usufructuario tiene también un contrapunto en el nudo propietario, en orden a respetar él la forma y substancia de la cosa, que puede manifestarse en diversas circunstancias; una ocasión en la que puede presentarse es aquella en que los nudos propietarios son dos o más comuneros y deciden partir la comunidad; no se ve inconveniente en que procedan a la división, pero sin que las consecuencias materiales de esa partición lleguen a alterar la forma y substancia de la cosa, perjudicando el ejercicio del derecho del usufructuario.

<sup>704</sup> Salvo algunos que confieren dirección, acotando que esta obligación implica conservar el “destino económico”, lo que importa bastante pronunciamiento; v., en este sentido, por ej., los Códigos alemán (arts. 1036, 1037, 1041); italiano (art. 981); paraguayo (art. 2247); brasileño (art. 1399).

<sup>705</sup> Aparte de las obras citadas, más antecedentes pueden verse en Venezian, Giacomo, ob. cit. t. II, pp. 307 y sgts.; Villavicencio, Francisco: “Salva *rerum substantia* en el usufructo”, en Rev. de D. Privado, Madrid, 1951, pp. 189 y sgts.; García Valdecasas, Alfonso: “La idea de substancia en el Código Civil”, en Rev. de D. Privado, Madrid, 1951, pp. 881 y sgts.

b) Debe pagar expensas y mejoras (arts. 795, 796, 797, 798).

c) Si es constituido por testamento, puede quedar obligado al pago de deudas hereditarias y testamentarias (art. 1368).

En el cumplimiento de estas obligaciones responde hasta de la culpa leve (arts. 787, 802, 44).<sup>706</sup>

3°. *Obligaciones una vez extinguido el usufructo.* Normalmente es una: restituir la cosa fructuaria (arts. 764 y 787). El nudo propietario puede interponer la acción contemplada en el art. 915 si no se le restituye espontáneamente.

Se recuerda también que si se trata de un cuasiusufructo, lo que debe restituir es otro tanto de igual cantidad y calidad o su valor (arts. 764 y 789), correspondiendo al cuasiusufructuario la elección.

Y al usufructuario puede corresponderle un derecho legal de retención sobre la cosa fructuaria (art. 800).

#### 240. c) Derechos del nudo propietario

1°. Tiene el dominio sobre la cosa fructuaria; la importante particularidad del nudo propietario es que su derecho de dominio está despojado, temporalmente, de los atributos de uso y goce, en poder del usufructuario. Pero como dueño de la cosa, puede enajenarla (art. 773), hipotecarla (art. 2416), transmitirla (art. 773), por cierto siempre respetándose el usufructo (derecho real). Como dueño, el nudo propietario está premunido también de la respectiva acción real, protectora de su derecho, la reivindicatoria (art. 893); y si se trata de inmuebles, dispondrá asimismo de las acciones posesorias (art. 916). Puede ejercerlas contra cualquier sujeto y, al término del usufructo (si se le pudiere llegar a calificar de poseedor de la cosa, contra el usufructuario; de no ser así, puede intentarse, como se dijo, la del art. 915 o, aun, la innominada de dominio, según se dirá al tratar las acciones protectoras).

<sup>706</sup> Nuestro Código no contiene una regla equivalente al art. 520 del CC español, que permite al nudo propietario pedir que se le entregue la cosa pagando al usufructuario el producto líquido (deducidos los gastos y un premio de administración) si el mal uso de la cosa por el usufructuario le infiere considerable perjuicio; sobre ese tema, pero con apreciaciones sobre la conducta y responsabilidad del usufructuario que pueden ser útiles ante nuestros textos, v. Catalá Ros, Rosa: *El abuso del usufructuario: análisis del art. 520 del Código Civil*, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1995.

2°. Tiene derecho a los frutos pendientes al momento de la restitución de la cosa fructuaria (art. 781).

3°. Tiene derecho a la indemnización por pérdida o deterioro de la cosa fructuaria (arts. 787, 788, 802).

4°. Tiene derecho a intereses por dineros ocupados en ciertas inversiones (art. 797).

5°. Tiene derecho al tesoro que se descubre en suelo dado en usufructo (art. 786).

6°. En determinadas situaciones tiene derecho a pedir anticipadamente la terminación del usufructo (art. 809).

7°. Tiene derecho a pedir la restitución de la cosa fructuaria.

Se dijo anteriormente que el nudo propietario dispone de acción reivindicatoria (u otra, según la calificación que pueda atribuirse al renuente a restituir) y, si se trata de inmuebles, de las posesorias que procedan. Pero en contra del usufructuario tiene además la acción personal que le nace al constituirse el usufructo y que puede intentar al extinguirse, reclamando la cosa fructuaria. Se dice –discutiblemente– que esta acción personal presenta para el nudo propietario la ventaja de que mientras en la acción reivindicatoria debe probar su dominio, en aquélla sólo le sería necesario exhibir el acto constitutivo.

241. d) *Obligaciones del nudo propietario.* Se reducen al pago de expensas extraordinarias mayores que se hayan ejecutado (arts. 797 y 798, teniendo presente, además, lo que dispone el art. 801; se ha discutido si el usufructuario puede obligar al nudo propietario a efectuar esas expensas extraordinarias mayores).<sup>707-708</sup> Para el pago de deudas debe tenerse en cuenta también los arts. 1368 a 1371.

242. *Extinción.* El usufructo se extingue:

1°. Por la llegada del día o el cumplimiento de la condición establecidos. Al tratar de los elementos del usufructo, entre los que está el plazo, se refirieron las particularidades de este punto; sólo recuérdese que cualquiera que sea el plazo o condición no puede continuar después de la muerte del usufructuario (también dicen relación con esta causal los arts. 804 y 805).

<sup>707</sup> V. Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VIII, p. 343.

<sup>708</sup> Para la actualización del valor de estas prestaciones, v. Castelblanco, Mauricio, ob. cit.

2°. Por muerte del usufructuario (art. 806).

3°. Por resolución del derecho del constituyente (art. 806):<sup>709</sup>

Siendo un derecho real, el usufructo puede perseguirse de manos de quien se encuentre la cosa fructuaria, de modo que —como se dijo— si el nudo propietario enajena la cosa, el usufructo persiste; así, entonces, esta causal debe entenderse aplicable a una causa de resolución del derecho del constituyente que ya existía al constituirse el usufructo (como lo ilustra el ejemplo que ofrece el precepto).

4°. Por consolidación del usufructo con la nuda propiedad (art. 806). El Código suele emplear esta expresión en un sentido amplio, equivalente a toda reunión de los derechos (nuda propiedad y usufructo) en un solo sujeto (así, por ej., en los arts. 765 y 771). Pero aquí la emplea más restringidamente; aquí se está refiriendo a la más específica situación en la que el usufructo se extingue por la reunión de los atributos en el usufructuario; es decir, en que el usufructuario llega a tener la propiedad plena (en que —en expresiones del Prof. Claro Solar— el derecho del usufructuario se robustece o completa) (por ej., el usufructuario compra la cosa o hereda al nudo propietario). Sólo en cierto sentido el usufructo se extingue, en el sentido de que usufructo ya no hay más; en otro sentido, el derecho se mantiene, pero se ha transformado (produciéndose —se ha dicho— una metamorfosis) desarrollándose, llegando a la integridad del dominio con los demás caracteres de éste. Este sentido queda demostrado en el mismo texto cuando consigna aparte la renuncia del usufructuario (aquí también se reúnen en un solo sujeto todos los atributos —en sentido amplio, también hay consolidación—, pero esta vez en el nudo propietario; en sentido estricto no hay consolidación, de ahí que se mencionó separadamente).<sup>709</sup>

5°. Por prescripción (art. 806). Esta forma de extinción ha dado lugar a discusiones. Es claro que si un tercero posee el derecho de usufructo, puede llegar a ganarlo por prescripción (al tratar la constitución del usufructo se dijo que podía originarse por prescripción) y, entonces, para el primer usufructuario se habrá extinguido por la prescripción adquisitiva del tercero (art. 2517). Otro tanto puede ocurrir si el tercero adquiere por pres-

cripción la cosa misma sobre la que había usufructo (acudiendo al denominado efecto liberatorio de la usucapión, que ya se mencionó). Pero el problema consiste en decidir si podría terminar por prescripción extintiva, es decir, por el simple no ejercicio del derecho de usufructo, que en tal eventualidad se iría a consolidar con la nuda propiedad (el Código francés lo permite expresamente; art. 617 N° 4). Entre nosotros hay discrepancia. Se ha aceptado esta posibilidad; siendo una grave limitación al dominio pleno, si el usufructo no se ejercita aparece como inútil y es justificable su extinción; en esto, el usufructo y demás derechos reales difieren del dominio, que es perpetuo; además, si se tratara sólo de adquisitiva, bastaría el art. 2517.<sup>710</sup> Pero se ha negado la aplicación de la prescripción extintiva; la acción por la que se reclama un derecho solamente se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho (art. 2517, aunque debe notarse que el adverbio no está contenido en la regla; además, el texto se está refiriendo a la acción, no al derecho); por otra parte, como en el esquema del Código el usufructuario tiene un derecho de dominio sobre su usufructo, debe aplicarse la regla correspondiente, y el dominio no se extingue por el solo no ejercicio.<sup>711</sup>

6°. Por renuncia del usufructuario (arts. 806 y 12); esta renuncia debe inscribirse en el Registro (art. 52 N° 3 del Regl.).

7°. Por destrucción completa de la cosa fructuaria (art. 807); el art. 808 soluciona la situación especial de la heredad que se inunda (por lo mismo, rige incluso cuando se aplica el art. 653).

8°. Por sentencia judicial, en los casos y con los requisitos señalados en el art. 809. Cuando se impone en una sentencia de alimentos, a la que antes se ha hecho referencia (ley 14.908), su extinción también podría dar lugar a la dictación de otra resolución judicial que así lo declare (para tal efecto habrá que tener en cuenta las normas del derecho de alimentos).

<sup>710</sup> Así, Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VIII, pp. 406 y sgts.; Abeliuk, René, ob. cit., t. II, N° 1244, p. 1013.

<sup>711</sup> Así, Alessandri, Arturo, en Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. II, p. 169.

<sup>709</sup> V. Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IV, N° 1204, pp. 380 y sgts.



Además, debe considerarse la extinción por expropiación; mencionada en la extinción del fideicomiso.

**243. Usufructo y fideicomiso.** En varias ocasiones la jurisprudencia ha debido dirimir controversias sobre la calificación de un acto como fideicomiso o usufructo.<sup>712</sup> Sin perjuicio de que es posible constituir una misma cosa en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso en favor de otra (art. 736).<sup>713</sup>

<sup>712</sup> V. Repert. de L. y J. CC., art. 733.

<sup>713</sup> Por ej., el testador dispone: "Sea mi fundo para Pedro, y al morir Pedro, sea para Juan". Luego muere el testador; más tarde muere Juan y más tarde muere Pedro. Los herederos de Juan dirán que el fundo es de ellos; calificarán la asignación testamentaria como un usufructo; dirán que el constituyente es el testador, que el usufructuario era Pedro, que el nudo propietario era Juan o sus herederos y que el plazo era toda la vida de Pedro; entonces, al morir Juan, ellos, como sus herederos, debían esperar a que muriera Pedro; ahora, al morir Pedro se extinguió el usufructo, pasando ellos a constituirse en propietarios plenos, por lo que se les debe a ellos restituir la cosa fructuaria. Los herederos de Pedro dirán que el fundo es de ellos; calificarán la asignación testamentaria como un fideicomiso; dirán que el constituyente es el testador, que el propietario fiduciario era Pedro o sus herederos, que el fideicomisario era Juan y que la condición era la tácita, consistente en que a la época de la restitución, la muerte de Pedro, estuviera vivo Juan (el fideicomisario); que la condición falló porque Juan murió antes que Pedro, por lo cual al morir Juan terminó el fideicomiso y quedó Pedro como propietario absoluto; y ahora, al morir Pedro, ellos, siendo sus herederos, simplemente han heredado el fundo. El juez tendrá que decidir y el problema es de calificación; tendría que calificarlo de usufructo o fideicomiso, procediendo en consecuencia. Pero entretanto aparecen los herederos del testador sosteniendo que el fundo es de ellos; dirán que éste es el caso en que se aplica el art. 736 y que el causante constituyó en el fundo un usufructo a favor de una persona y un fideicomiso a favor de otra; que el usufructuario era Pedro y el fideicomisario era Juan; dirán que el plazo del usufructo es la vida de Pedro y que la condición del fideicomiso es la tácita, que Juan sobreviviera a Pedro; que los herederos de Juan ya nada tienen porque la condición para que Juan tuviere el fundo falló y los herederos de Pedro ya nada tienen porque el usufructo terminó; pero entonces se les preguntará quién es el nudo propietario del usufructuario y quién es el propietario fiduciario del fideicomisario, a lo cual los herederos del testador responden que precisamente ellos lo son (cuando en las respectivas instituciones esos sujetos no son mencionados, lo es el constituyente o sus herederos); así pues -agregan- cuando murió Juan y, por tanto, falló la condición, se extinguió el fideicomiso y el propietario fiduciario, o sus herederos, ellos en este caso, se convirtieron en propietarios absolutos, pero todavía tenían que seguir respetando el usufruc-

El art. 738 y las reglas de los arts. 1070 y sgts. y 1080 y sgts. también deben tenerse en cuenta.<sup>714</sup>

to de Pedro, que seguía vivo, y ahora, al morir Pedro, se extinguió su usufructo, con lo cual el nudo propietario o sus herederos, ellos en este caso, quedan como propietarios plenos.

En definitiva, interpretando y calificando la asignación testamentaria, el juez tendría que decidir, ahora ya no entre dos, sino entre tres alternativas.

<sup>714</sup> Además de las obras ya citadas puede verse Proudhon, Pierre Joseph: *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, Dijon, Chez Victor Lagier; París, Chez Videcoq, 1836; Barbero, Domenico: *L'usufrutto e diritti affini*, Edit. A. Giuffrè, Milano, 1952; Pugliese, Giovanni: *Usufrutto, uso e abitazione*, Edit. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1956; Latour Brotons, Juan: *Estudio del usufructo*, Edit. Fdco. Doménech, Madrid, 1956; Martínez Zurita, Luis: *Del usufructo, uso y habitación*, Edit. Gersa, Barcelona, 1962; Monti Forno, Enrique: *Del usufructo*, Univ. de Chile, Impr. y Encuad. Bardi, Santiago, 1928.



CAPÍTULO IV  
EL USO O HABITACIÓN

**244. Advertencia.** La reglamentación constituye el Tít. X del Libro II (arts. 811 a 819). La denominación del título anuncia dos derechos y las reglas están redactadas también con referencia a dos derechos. Corrientemente, asimismo, se menciona a ambos. Se trata de uno solo, el derecho real de uso, que al recaer sobre una casa toma el nombre de derecho de habitación; la definición lo deja establecido.

“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.

Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación” (art. 811).

Es notable que en la definición no se incluye expresamente la facultad de “uso”; pero es evidente que no sólo está incluida, sino que es la fundamental (por el nombre, su historia y también un texto, el art. 818). Por otra parte, conforme a los preceptos, también se incluyen los frutos, sólo que de una parte limitada de los que la cosa produce: para sus necesidades personales y con moderación (arts. 811, 815, 816, 817, 818 y 819).

**245. Síntesis.** Las normas más importantes pueden sintetizarse así:

1) Es un derecho real (arts. 577 y 811).

2) Es personalísimo (art. 819); en él, pues, no puede haber tradición (hay una impropiedad en el art. 686, inc. 2° cuando alude a su tradición; debe entenderse la constitución), pero puede ganarse por prescripción (art. 2498).

3) Es inembargable (arts. 2466 y 1618 N° 9 del CC. y 455 N° 15 del CPC.).



4) Se constituye y extingue según las reglas del usufructo (art. 812), con la limitación sí del origen legal; en cuanto al origen judicial, la ley 14.908 permite también al juez constituir, en la sentencia de alimentos, un derecho de uso o habitación.<sup>715</sup>

5) Por regla general, el titular no tiene las obligaciones de caución e inventario (art. 813).

6) Básicamente, el uso o habitación se limita a las necesidades personales del usuario o habitador, necesidades personales que comprenden las de la respectiva familia (art. 815),<sup>716</sup> pero, en definitiva, la extensión del derecho se determina, en primer lugar, por el título que lo constituye (art. 814).

7) El usuario o habitador debe ejercitar su derecho con la moderación y cuidado de un buen padre de familia (art. 818).<sup>717</sup>

## CAPÍTULO V LAS SERVIDUMBRES

**246. Concepto.** Es otro derecho real limitado, enumerado en el art. 577, desde el punto de vista del predio dominante; es una limitación al dominio, desde el punto de vista del predio sirviente. Esta doble faceta, que aparece en todo derecho real limitado, origina en esta institución las calificaciones de servidumbre activa y pasiva.

El Tít. XI del Libro II (arts. 820 a 888) está dedicado a la materia, pero, además, son muchos los textos legales que tratan de servidumbres especiales (por ej., C. de A., C. de M.).

“Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño” (art. 820).<sup>718</sup>

La expresión “servidumbre predial, o simplemente servidumbre”, tiene una explicación histórica; en cierta época del Derecho romano se agruparon algunos derechos reales en dos categorías llamadas servidumbres, siendo “servidumbres personales” algunos derechos que se establecían en beneficio de determinada persona, como el usufructo, el uso, y “servidumbres prediales” las establecidas en beneficio de determinado predio. Recogiendo principios de la Revolución, el Código francés eliminó la denominación “servidumbres personales” que, aunque sólo de nombre, evocaba ideas que la Revolución abolía (y se

<sup>715</sup> V. G. T. de 1903, t. I, sent. 1.473, p. 1553.

<sup>716</sup> Disposición que siempre es destacada porque es la que en el Código, si bien no define familia, al menos menciona a las personas que comprende.

<sup>717</sup> Para mayores antecedentes pueden verse las obras de Barbero, Martínez Zurita, Proudhon y Venezian, citadas a propósito del usufructo.

<sup>718</sup> La definición —desde el punto de vista pasivo— con la expresión gravamen, tiene dilatada tradición; y se advierte que no dice mucho (v. Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., pp. 114 y sgts., con crítica, y nota del traductor para el Derecho español).



fue optando por referirse a aquellos derechos simplemente por sus denominaciones específicas).<sup>719</sup>

**247. Elementos.** Los elementos fundamentales de toda servidumbre (y que se desprenden de la propia definición legal) son:

a) *Dos predios de distinto dueño.* En doctrina se ha discutido la posibilidad de constituir servidumbres sobre objetos adheridos al suelo y sobre pertenencias. Parece prevalecer la noción de "fundo", en el sentido de suelo, como central de la institución; así, se concluye en la imposibilidad de constituir servidumbre sobre objetos adheridos o pertenencias considerados autónomamente (aisladamente); aunque pueden resultar directamente beneficiados o gravados en cuanto forman parte del "fundo" que es el dominante o sirviente.<sup>720</sup> Entre nosotros, con base en nuestras categorías de inmuebles, se ha discrepado sobre la clase de inmuebles que quedan comprendidos en el concepto de predios. Se ha resuelto que se trata no sólo de inmuebles por naturaleza, sino también de inmuebles por adherencia o por destino,<sup>721</sup> en contra, que sólo es posible constituir servidumbre respecto

<sup>719</sup> En algunos ordenamientos se ha desarrollado también una categoría llamada "servidumbres personales irregulares" (o "servidumbres irregulares") que consisten en un derecho de aprovechamiento de alguna utilidad específica de una cosa, limitada por la descripción de la utilidad o por la superficie del predio a la que se circunscribe, como la de pastos, de leña, de caza, de balcón, palco o butaca (de una casa o sala de espectáculo, para ciertas ocasiones). En términos autónomos (con generación de derecho real) no parecen aceptables en nuestro Derecho por aquel planteamiento —generalmente aceptado y ya relatado al comienzo de este estudio— de que entre nosotros no hay más derechos reales que los que la ley ha diseñado. Así, tendrían que convenirse como contratos para obtener sólo derechos personales o, al menos algunas, podrían tal vez acomodarse a la estructura de un usufructo o, un uso (pueden verse comentarios —con diferencias de textos positivos italianos y españoles— en las notas del traductor al español de la obra de Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., p. 195).

<sup>720</sup> Al tratar las clasificaciones de los bienes se dijo que las legislaciones más recientes no siguen nuestra sistemática de inmuebles por naturaleza, adherencia y destinación (v. Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., pp. 166 y sgts. y 185; con base en textos del Código italiano el autor distingue entre plantaciones y construcciones, negando la posibilidad para las primeras y admitiéndola para las segundas; v. especialmente p. 166, con cita de un comentado fallo de 1954, publicado en el "Foro Padano").

<sup>721</sup> RDJ., t. 26, p. 273; t. 29, p. 605.

de los primeros, pues la expresión está definida en el art. 568, que llama predios a las casas y heredades.<sup>722-723</sup>

En cuanto a la diferencia de dueño, es una característica fundamental en la institución porque —como se ha dicho— no se puede ser a la vez sujeto activo y pasivo de una relación jurídica.<sup>724</sup>

b) *Un gravamen*, que pesa sobre uno de los predios para favorecer al otro, y que origina en el uno la denominación de predio sirviente y en el otro la de predio dominante. El gravamen y la utilidad han de ser, pues, para el predio (no para el dueño del predio).

<sup>722</sup> RDJ., t. 27, secc. 2ª, p. 1.

<sup>723</sup> El ejercicio de la servidumbre generalmente recae sobre una sección determinada del predio (la senda, la faja exacta ocupada por el ducto, etc.); pero la servidumbre grava todo el predio. Con textos positivos diversos la doctrina ha discutido si es posible gravar una sección más restringida y, aun, la exacta zona donde se ejerce (sin tener que subdividir en los títulos). Aunque en la práctica lo perceptible y preocupante para los titulares es la zona exacta del ejercicio, la reducción presenta importancia: el resto del predio quedaría libre; por lo mismo, si, por ej., el ejercicio actual se obstaculiza, un traslado sería posible sólo dentro de la sección gravada (v. algunas observaciones en Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., pp. 169 y sgts. y los comentarios del traductor, en pp. 210 y sgts.). Estimamos que entre nosotros no hay obstáculo legal para precisar como fundo gravado una sección de un predio (entendiendo por predio el descrito en la inscripción registral), y la conclusión de si es el predio (como está en la inscripción) o un sector el gravado con la servidumbre, emergerá del acto constitutivo; podrá haber, pues, un problema de interpretación; a falta de determinación, lo gravado es todo el predio (debe tenerse presente que la subdivisión predial, con sus exigencias, está referida a la formación de nuevos predios para ser transferidos en dominio; por otra parte, si se conviene sobre un sector de un predio, al inscribir —voluntariamente— la servidumbre, en la inscripción tendrá que describirse la sección del predio que estará gravada, convenientemente con la ayuda de un plano, con los datos de la inscripción del predio a que la sección pertenece).

<sup>724</sup> El principio "*nemini res sua servit*" (que por cierto se relaciona con el modo de constitución del buen padre de familia) fue formulado en Roma para las servidumbres dada la importancia que tenía entonces la institución, unido a la escasa actitud de enunciar principios generales, pero en realidad se aplicaba a todos los derechos reales en cosa ajena y, aún más, a toda relación jurídica; de ahí la vigencia del modo general de extinción de relaciones jurídicas que es la confusión (v. Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., pp. 213 y sgts., que matiza el principio en situaciones excepcionales; y la interesante nota del traductor, con cita de doctrina y jurisprudencia sobre la llamada servidumbre de propietario).

V. también RDJ., t. 43, p. 513. Ha debido resolverse que quien tiene que constituirlo es el dueño, de modo que no puede demandarse para tal efecto al arrendatario (RDJ., t. 89, secc. 2ª, p. 45).



Puede observarse que no obstante la insistencia en la idea de predialidad de la servidumbre, que hace girar toda su estructura en base a la utilidad y carga de los predios de que se trata, en definitiva la relación jurídica se produce entre sujetos, precisamente entre los propietarios, y si bien en ciertos casos, como veremos, la voluntad de alguno de ellos puede resultar poco relevante, en último término, estando los bienes al servicio de las personas, en ellos va a redundar el beneficio o pesar el gravamen.

En cuanto a los dueños, hay situaciones —como en la servidumbre de tránsito— en que el dueño del predio sirviente recibe la indemnización correspondiente, lo cual puede llegar a eliminar para él la idea de carga (pero ese carácter se mantiene en cuanto el predio permanece siempre gravado).

Desde otro punto de vista, el gravamen puede consistir en un tolerar (los actos del dueño del predio dominante) o en un no hacer (actos que obstaculicen el ejercicio del derecho de servidumbre y que, sin ella, podría ejecutar como dueño) o en ambos. Pero no en hacer algo que implicaría una carga a la persona del propietario y se opondría al carácter de derecho real de la servidumbre.<sup>725</sup>

**248. Características.** La naturaleza de la institución obliga a señalar, separadamente, características desde el punto de vista de uno y de otro predio:

1) *Para el predio sirviente* la servidumbre significa un gravamen, que es de carácter real, porque real es el derecho que es su extremo opuesto. Las mutaciones de propietario no producen, pues, alteraciones en dicha carga.

2) *Para el predio dominante*, es decir, en cuanto servidumbre activa:

a) Es un derecho real (art. 577).

b) Es un derecho inmueble (art. 580).

c) Es un derecho accesorio; esta característica de la servidumbre activa es de especial importancia y deriva directamente de la predialidad de la servidumbre. Desde luego, conviene observar que la accesoriedad no está tomada aquí en la acepción em-

<sup>725</sup> Ahí estaríamos en presencia de los llamados “derechos reales *in faciendo*”, en los cuales, además de tolerar, el dueño es obligado positivamente a ejecutar una prestación (para ellos, v. supra, N° 17. A).

pleada para las obligaciones (contenida en el art. 1442); no tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de ninguna obligación principal; es accesoria en cuanto no puede subsistir sin los predios sobre los cuales recae (art. 825) y también en el sentido de complementaria (en cuanto complementa la dotación del predio dominante). De ahí que, a diferencia de lo que ocurre en otros derechos reales (como el usufructo o el uso), el sujeto tiene un derecho real de servidumbre como consecuencia de ser propietario de un predio (el dominante) y no directamente, como el usufructuario, el usuario, el habitador. Consecuencia, a su vez, es que el derecho de servidumbre no puede ser cedido, embargado, hipotecado, independientemente del predio dominante, y, por otra parte, llega a integrar el goce de la propiedad a que accede (arts. 782, 1120, 1125, etc.).<sup>726</sup>

d) Es un derecho perpetuo, en el sentido de que subsiste mientras objetivamente existan los predios a que se refiere y la necesidad o justificación del gravamen; pero puede extinguirse por el no uso (art. 885 N° 5). Esta perpetuidad tiene también un sentido de exigencia; el interés que satisface ha de ser permanente, debe tratarse de una utilidad que el predio sirviente pueda constantemente prestar (aunque en los hechos no la preste efectivamente siempre, que es punto del ejercicio) (así, no constituye base de servidumbre una utilidad que por su naturaleza sea esporádica, provisional o temporal). En estos términos, la antiguamente llamada perpetuidad es hoy preferiblemente denominada permanencia, y debe entenderse referida a la utilidad.<sup>727</sup> Además, no hay impedimento para que se establezca por las partes con duración limitada (art. 885 N° 2).

e) Es un derecho indivisible, lo que significa que la servidumbre no puede adquirirse, ejercerse o extinguirse parcialmente, por partes (lo que tiene importancia en el caso de pluralidad

<sup>726</sup> Y no es admitida la servidumbre de servidumbre (“*servitus servitutis esse non potest*”), que ha sido calificado de absurdo jurídico (en una destacada sentencia del Tribunal Supremo español, de 4 de febrero de 1930).

<sup>727</sup> La servidumbre es un medio que pretende satisfacer necesidades permanentes del predio; no ha sido concebida para necesidades ocasionales o pasajeras de los fundos (que más bien hacen referencia a la persona, no al predio; Biondi, Biondi, *Las servidumbres*, cit., pp. 369 y sgts.). Aunque suele advertirse que en el Derecho moderno —con controversias sobre el sentido de textos antiguos— esta “causa perpetua” está discutida como requisito (v. el citado Biondi, y Castán Tobeñas, José, ob. cit., t. II, vol. II, p. 104).

de propietarios); esta característica explica las normas contenidas en los arts. 826, 827 y 886.<sup>728</sup>

**249. Clasificación.** Ha sido principalmente la variada naturaleza de los gravámenes lo que ha originado otras tantas clases de servidumbres que, para mayor claridad, desde antiguo se han agrupado en base a diferentes factores:

1) Según su origen: naturales, legales y voluntarias (art. 831).

2) Según las señales de su existencia: aparentes e inaparentes (art. 824). A esta clasificación generalmente se le objeta su débil consistencia, pues depende sólo de ciertas circunstancias materiales más o menos accidentales. De ahí que haya muchas servidumbres que pueden ser aparentes o inaparentes (tránsito, acueducto); hay sí otras que siempre serán aparentes, como ocurre con las que consisten en un no hacer en el predio sirviente. En todo caso, importa para las posibilidades que ha de tener el dueño de un predio de oponerse al ejercicio de actos propios de servidumbre que podrían conducir a su adquisición por prescripción (como se verá).

3) Según su ejercicio: continuas y discontinuas (art. 822). La continuidad o discontinuidad es una característica que debe ser apreciada de manera objetiva y universal, en relación a la naturaleza del gravamen que constituye la servidumbre, lo que implica prescindir del ejercicio real que en un caso determinado pueda observarse. Así, una servidumbre de acueducto será siempre continua porque siempre estará allí el canal o cañería apto para el paso del fluido, aun cuando realmente éste sea transportado tan sólo esporádicamente.<sup>729</sup> Cuando el texto dispone que es la que se ejerce "o se puede ejercer", se reitera la objetividad, con prescindencia de la modalidad que en un caso concreto adopte el ejercicio (así, si en una servidumbre de acueducto se añade una llave -al comienzo o al final del ducto- con la que se necesitará de un hecho del hombre para permitir o impedir el curso del fluido, persiste como continua porque "se puede ejer-

<sup>728</sup> La servidumbre no nace ni puede subsistir si no es entera; nace entera y se extingue entera; la idea de fraccionamiento atenta en contra de su estructura; distinto es el fraccionamiento del ejercicio de la servidumbre, que es posible (v. Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., pp. 318 y sgts. y nota del traductor).

<sup>729</sup> V., sobre estas clasificaciones, Claro Solar, Luis: "Ligeras observaciones sobre la continuidad y apariencia en las servidumbres", en RDJ., t. II, Primera Parte, pp. 187 y sgts.

cer" sin necesidad de un hecho actual del hombre; se puede ejercer sin necesidad de la llave).<sup>730</sup>

4) Según el carácter del gravamen: positivas y negativas (art. 823).

Como ocurre en toda serie de clasificaciones, una servidumbre determinada puede ser calificada ante todas (así, una servidumbre de tránsito convenida entre dos propietarios y que corre por una senda visible, es una servidumbre voluntaria, aparente, discontinua y positiva).

**250. Ejercicio del derecho de servidumbre.** Para determinar la extensión y forma de ejercicio del derecho de una servidumbre, los derechos del dueño del predio dominante, las obligaciones del dueño del predio sirviente, debe atenderse a la fuente que le dio origen; si la servidumbre es natural o legal, habrá que atender a las normas que da la ley, y si es voluntaria, al contrato o a su forma de poseerla (art. 884).<sup>731</sup> En todo caso, deben considerarse las reglas que señala el Código en los arts. 828, 829 y 830. Esta última disposición, y otras (como; por ejemplo, el art. 833), se encuentran inspiradas en el principio romano denominado comportamiento *civiliter*, por el cual, en el ejercicio de su derecho, el dueño del predio dominante debe procurar el mínimo de perjuicio, evitando toda molestia o embarazo innecesario en el predio sirviente. Es la contraparte de la conducta que se pide al dueño del predio sirviente: debe abstenerse de efectuar obras o actos que perturben el ejercicio de la servidumbre. Pero en cuanto no perturban, puede ejecutarlos porque sigue siendo dueño.<sup>732</sup>

**251. De las diversas clases de servidumbres según su origen.** Siendo la fuente originaria la que señala fundamentalmente las normas por las que se rige el ejercicio del derecho de servidum-

<sup>730</sup> Se ha resuelto que una servidumbre de aireación o ventilación, mediante un ducto que está a la vista atravesando el predio sirviente, es continua y aparente (F. del M. N° 249, p. 222).

<sup>731</sup> Una aplicación puede verse en RDJ., t. 80, secc. 5ª, p. 145.

Conviene observar la distinción entre los derechos y obligaciones (el gravamen, en qué consiste la servidumbre) (art. 884) y el modo de ejercicio (una circunstancia o manera específica de ejercitar el gravamen) (v. por ej., los arts. 830 inc. 2° y 888). V. al respecto Barrientos, Javier: *Comentarios de Jurisprudencia*, Rev. Chilena de Derecho Privado N° 5, pp. 193 y sgts.

<sup>732</sup> Así, F. del M. N° 268, p. 34.



bre, siguiendo antiguos precedentes el Código empleó esta clasificación para precisar algunas disposiciones.

**252. 1) Servidumbres naturales** (art. 833). Actualmente, el Código contempla sólo una servidumbre natural, la denominada de "libre descenso o escurrimiento de las aguas"; proviniendo de la natural situación de los predios, por tal gravamen el dueño del predio sirviente no tiene derecho a indemnización alguna, y deberá siempre soportarlo (arts. 831 y 833).<sup>733</sup>

**253. 2) Servidumbres legales** (arts. 839 a 879). Son las impuestas por la ley (art. 831). El art. 839 las subclasifica en servidumbres relativas al uso público o a la utilidad de los particulares.

a) *Servidumbres de utilidad pública*. El art. 839 hace una referencia especial a una de estas servidumbres, la del uso de riberas para menesteres de navegación o flote, y se remite en su regulación al C. de A. El mismo texto agrega que hay otras de estas servidumbres, para cuya regulación se remite, asimismo, a los reglamentos u ordenanzas respectivas (pueden citarse, por ej., las contempladas en la ley sobre organización y atribuciones de las Municipalidades).

En cuanto carecen de predio dominante, en rigor conceptual no debieran ser llamadas servidumbres; según la situación de que se trate constituyen restricciones<sup>734</sup> o privaciones del dominio, por utilidad pública; y de esa calificación depende su indemnizabilidad (conforme a lo dispuesto en la Constitución, art. 19 N° 24, incs. 2° y 3°; v. lo dicho en supra, N° 57 bis). Se regulan generalmente en textos orgánicos de una institución o servicio público y los principios de éstos alcanzan también a su reglamentación. Con el progreso material, tanto urbano como rural, especialmente a través del desarrollo industrial y del transporte, paralelo al incremento de la actividad del Estado, el número e importancia de estas servidumbres ha aumentado enormemente (su estudio particular corresponde a otras disciplinas, como el Derecho administrativo).

b) *Servidumbres de utilidad privada*. Como se desprende de su nombre, el gravamen en esta especie de servidumbres reporta una (directa) utilidad al particular propietario del predio dominante. También se determinan por las ordenanzas de policía

<sup>733</sup> Una aplicación puede verse en F. del M. N° 256, p. 7.

<sup>734</sup> Incluso así se ha resuelto, para insistir que, por tanto, el dueño del sirviente mantiene su dominio (RDJ., t. 85, secc. 5ª, p. 10).

rural (art. 841), limitándose el Código a regular las de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista. El texto se remite a las "ordenanzas de policía rural", lo que debe entenderse como reminiscencia histórica cuyos precedentes comienzan en Roma. Desde entonces, las servidumbres siempre se han asociado al medio rústico; pero esa expresión no es suficiente para deducir una eliminación de servidumbres legales urbanas (por lo demás, aunque así se desprendiere, leyes especiales siempre podrían establecerlas); incluso algunas de las reguladas por el Código son de aplicación preferentemente urbana, como las de luz y vista; y el desarrollo industrial y urbanístico ha traído consigo un incremento de estas servidumbres (como se hizo notar respecto de las de utilidad pública).

Como ejemplo de servidumbres legales de utilidad privada suelen mencionarse las contenidas en el Código de Aguas; las del DFL. 4, de 1962, denominado Ley General de Servicios Eléctricos; las del Código Aeronáutico; las de la Ley General de Ferrocarriles. Conviene observar que en la mayoría de estos casos, como en otros, se trata de cuerpos legislativos que si bien tratan de gravámenes sobre un predio particular a favor de otro particular (muchas veces para poder éste ejercitar una concesión del Estado), regulan actividades que por su importancia para la comunidad —transporte, electricidad, navegación aérea, etc.— tienen el carácter de servicio público, con lo cual podría discutirse el carácter privado de las servidumbres allí establecidas<sup>735</sup> (por las prevenciones anteriores, los cuerpos legales aludidos y otros, y las servidumbres establecidas en ellos, son también estudiados por otras disciplinas y, en todo caso,

<sup>735</sup> Decimos que la calificación resulta "discutible" porque depende del criterio empleado para calificarla; desde luego, puede haber varios; si se emplea el de la utilidad o beneficio, surge una distinción conforme a la inmediatez de tal beneficio; considerando el beneficio inmediato y directo, el resultado es uno, en tanto que si se atiende a un beneficio un grado más remoto (mediato) puede concluirse en otra calificación. Así, en esas servidumbres integradas a actividades o servicios públicos, en términos inmediatos el beneficiado es un particular (suele decirse, un privado), con lo que la servidumbre se calificará "de utilidad privada"; en el otro plano, la solución puede cambiar. Al menos en el régimen del Código, la decisión parece estar determinada por el inmediatamente beneficiado. Con ese supuesto, son de utilidad privada. Como una de las consecuencias, para la indemnizabilidad no importa si el gravamen constituye restricción al dominio o privación de atributo esencial (que sí importa en la situación anteriormente vista en el cuerpo); siempre debe pagarse la correspondiente indemnización al propietario del predio (sirviente) gravado.



escapan al Derecho privado, como ocurre con las servidumbres legales de utilidad pública, según se señaló.

Como se dijo, el Código reglamenta las servidumbres (legales de utilidad privada) de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista. El Código les dedica normas bastante específicas (arts. 842 al 878), muchas de las cuales se vienen transmitiendo desde el Derecho romano (las disposiciones relativas a las servidumbres de acueducto han sido suprimidas, rigiendo para ellas las contenidas en el C. de A.).

Debe advertirse que la circunstancia de que sean calificadas de servidumbres "legales" significa que, cumplidos los supuestos en cada caso, pueden imponerse, porque la ley lo autoriza, aún contra la voluntad del dueño del predio sirviente, pero no que operen de pleno Derecho (por el solo ministerio de la ley). Según la situación, será necesario acudir al juez. Así, si se pretende que están configurados los supuestos para imponer servidumbre de tránsito, se tendrá que concurrir al tribunal para que constate que existen esos supuestos, para que a falta de acuerdo fije las características del sendero, determine la indemnización (que habrá de ser previamente pagada; arts. 847 y sgts.); incluso se ha resuelto que posteriormente el juez puede, fundadamente, introducir reformas (y es así aun en la situación del art. 850, en la cual la novedad es que no hay indemnización).<sup>736-737</sup>

<sup>736</sup> F. del M. N° 277, p. 554.

En cuanto a la llamada indemnización (así es denominada en nuestro art. 848) es tratada en los arts. 847 y sgts. Los textos dejan diversas precisiones pendientes (actitud también frecuente en ordenamientos extranjeros).

En primer lugar, los arts. 847 y 849 aluden al "valor del terreno". Parece claro que no se trata exactamente del íntegro y exclusivo valor del terreno destinado exactamente a la servidumbre (suponiendo que hay una); no el íntegro porque esa zona se mantiene en el dominio del sirviente (como que él también puede usar, por ej., el sendero); y tampoco habría que restringirse al exclusivo valor de la porción ocupada porque con la servidumbre el valor del fundo en su totalidad puede sufrir una merma de valor más o menos notable (sobre todo teniendo en cuenta que, como se ha dicho, el principio es que lo gravado es todo el fundo); la primera circunstancia conduce a una disminución y la segunda a un aumento, a partir del valor de cambio de la exacta zona dedicada a la servidumbre (si hay una).

Por otra parte, el art. 847 concibe otro perjuicio además del valor del terreno.

Estas observaciones conducen a la interrogante sobre la naturaleza jurídica de esta "indemnización". Está discutida. Se ha debatido entre una contra-

b.1. *Demarcación.* Es el acto de fijación de la línea de separación entre dos predios colindantes, de distintos dueños.

Se desarrolla en dos etapas: una intelectual, de fijación de la línea imaginaria (si no hay acuerdo será trazada por el juez),

prestación por la constitución de una servidumbre o, como lo indica el término, una indemnización por el daño experimentado por el predio. Por cierto, de cada alternativa se derivan distintas consecuencias; se ve desde luego que en la primera aparece una relación sinalagmática entre servidumbre e indemnización (pudiendo surgir entonces la excepción de contrato no cumplido), en tanto que en la segunda se presentan independientes, con relación de subordinación. Preferimos esta última solución; la indemnización no llega a tener la jerarquía como para conformar una interdependencia con la servidumbre; es posterior a ella y queda garantizada en cuanto es necesaria para entrar al ejercicio del derecho (ya existente). Así, independientes como son, tal como lo advierte Biondi, la indemnización puede extinguirse sin que se afecte la servidumbre y viceversa; asimismo, si el fundo sirviente es enajenado, el adquirente no puede pretender la indemnización; la situación análoga parece más discutible: si el fundo dominante es enajenado, ¿podrá el adquirente ejercer la servidumbre cuando aún no se le ha pagado la indemnización al dueño del sirviente? Si fuere posible, entonces el pago de la indemnización no estaría bien garantizado (en contra de la interdependencia, y sosteniendo varias de las consecuencias mencionadas, Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., pp. 1353 y sgts., argumentando con las situaciones de contrato y sentencia y discrepando de Branca, sobre todo en la situación en que el dueño del dominante persiste en no pagar, en la que Biondi concluye en que la servidumbre se mantiene, no cae, quedando al dueño del sirviente las acciones de cobro conforme al Derecho común). Por otra parte, esta concepción de la indemnización, reparadora del daño e independiente del acto constitutivo, si no decide al menos fortalece la conclusión de que en la adquisición no onerosa de la servidumbre (como en la adquisición por prescripción), la indemnización persistiría.

En otro sentido, hay que admitir que considerada la indemnización como tal (valor por el daño causado), resulta más difícil representarse la posibilidad que contempla nuestro art. 1801, que concibe la compraventa de servidumbre.

Por último, es objetable la regla del art. 849, parte final, cuando dispone que para exonerarse de la servidumbre el dueño del sirviente ha de restituir lo que se le hubiere pagado por el valor del terreno (dando a entender que debe restituir el todo); puede ocurrir que el dominante haya disfrutado de la servidumbre durante mucho tiempo, en cuyo evento lo propio es proceder a un cálculo que considere ese tiempo para determinar cuánto debe restituirse.

<sup>737</sup> En la práctica suelen aparecer servidumbres de oleoducto, acueducto, etc., que se han constituido "sobre todo un fundo" sin ser descrita la zona o franja precisa por donde transcurrirá; más tarde el predio sirviente es loteado (se construyen viviendas), y así cada sitio termina soportando "servidumbre de oleoducto". Aunque no parece conveniente constituirla sin precisión de zona para el ejercicio, se entiende que lo gravado es "el fundo" y no una parte de él (v. por ej., Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., p. 771, con antecedentes his-



y otra material, de implantación de hitos o señales físicas que indiquen el curso de la línea.<sup>738</sup>

En un país con un sistema registral como el nuestro, que no exige la confección de planos de los predios para inscribirlos (salvo excepciones, como en los sometidos a la copropiedad inmobiliaria) ni se inspecciona previamente por funcionario estatal la coincidencia de los títulos con la realidad del suelo, esta operación de demarcación adquiere destacada importancia y, por cierto, es motivo de frecuentes y enconados litigios (que parecen disminuir a medida que se va imponiendo la subdivisión predial planificada).

El Código la califica de servidumbre, pero puede observarse claramente que no concurren los elementos para esa calificación. Se trata sólo de una facultad derivada del dominio, por la cual el dueño puede desplegar actividades tendientes a precisar el objeto de su derecho.<sup>739</sup>

Por lo mismo, no se está en presencia de un derecho real aparte (distinto de los enumerados en el art. 577). Aunque sí es posible estimar que existe una acción de demarcación, la que puede ser calificada de real, porque es indiferente quien sea el propietario vecino contra el cual se ejerce; se ejerce contra el que sea el titular al tiempo de interponerla; y tal acción real nace del derecho real de dominio (art. 577 inc. 2º, parte final).<sup>740</sup>

En el aspecto pasivo, la demarcación constituye un deber jurídico, derivado de las relaciones de vecindad, de concurrir con el vecino a la precisión de los límites de los objetos de su respectivo dominio.

tóricos); pero debe recordarse que la extrema incomodidad a la que podría conducir esa conclusión es mitigada por el (ya aludido aquí) comportamiento "civiliter", por el que la servidumbre debe ejercerse con mesura y buena fe, evitando perjuicios innecesarios. También en muchos casos la dificultad puede sortearse concluyendo que al construirse el ducto ya se precisó la zona o franja por donde corre; además, recuérdese que se puede ganar y perder por prescripción no sólo la servidumbre misma sino un particular modo de ejercerla (art. 888 del CC. En todo caso, en las subdivisiones, sobre todo en las intensas para grupos de viviendas, esta situación puede pasar inadvertida; y agrega otra complejidad en los estudios de títulos).

<sup>738</sup> Así, RDJ., t. 86, secc. 2ª, p. 21.

<sup>739-740</sup> RDJ., t. 52, p. 36.

La demarcación puede efectuarse de común acuerdo por los vecinos o, a falta de acuerdo, por el tribunal.

Si se efectúa por acuerdo, junto con la implantación de señales conviene estamparlo por escrito, para efectos probatorios; aún más, es preferible consignarlo en escritura pública complementada con un plano o croquis (protocolizado), que será subinscrita al margen de la inscripción. Así, el acuerdo queda incorporado a los títulos, y con la constancia en el Registro quedarán advertidos los futuros adquirentes. Si ellos adquieren el predio, lo adquieren con esos límites (el solo instrumento privado basta, pero es más fácilmente impugnabile y carece de fecha cierta respecto de terceros).<sup>741</sup>

Si no hay acuerdo, cualquiera de los vecinos puede tomar la iniciativa, acudiendo al tribunal; ejercitará, entonces, la acción de demarcación. Incluso, es concebible que ambos colindantes quieran fijar los deslindes, pero, no logrando acuerdo, decidan acudir al tribunal para que él los fije (no se ve inconveniente para que se presenten conjuntamente).

La circunstancia de existir una línea divisoria, con señales o cerco, no parece ser obstáculo para accionar de demarcación. Puede acontecer que la delimitación existente haya sido diseñada y construida unilateralmente por uno de los vecinos; esa circunstancia no puede impedir la reclamación del otro<sup>742</sup> (pero la acción podría ser desechada si se demuestra por el demandado que la existente proviene del común acuerdo de los que a la sazón eran los vecinos).<sup>743</sup>

En otro sentido, la petición de demarcar procede sea que el conflicto se deba a la realidad o a los títulos; es decir, tanto por discrepancias relativas a las marcas en el terreno como por oscuridad de los títulos en cuanto a la descripción de los deslindes.

Nótese que esta acción tiene por objeto pedir al juez que demarque, pero no recuperar terreno poseído por otro, aunque, en el proceso, cada parte allegará antecedentes para demostrar que la línea debe ser trazada por donde a él le interesa.

<sup>741</sup> RDJ., t. 20, p. 226.

<sup>742</sup> RDJ., t. 32, p. 183; t. 47, p. 491; t. 86, secc. 2ª, p. 21; F. del M. N° 451, p. 1129.

<sup>743</sup> RDJ., t. 8, p. 277; t. 47, p. 491; t. 58, p. 207; t. 87, p. 7; F. del M. N° 374, p. 869.

Se llega así a una conjetura de frecuente ocurrencia en la práctica: suele resultar dudoso si lo procedente es la demarcación o la reivindicatoria. Ocurre especialmente cuando el sector de deslinde confuso es de apreciable superficie y uno de los vecinos pretende alterar un estado de hecho, existente por largo tiempo. Por cierto, cada una tiene su propio objetivo: fijar límites una y obtener la restitución de la cosa poseída por otro, la segunda. Pero en la práctica, frecuentemente la línea que se trace implicará alterar la situación existente, al menos en ciertos tramos. Entonces surge la duda: se deberá reivindicar (el sector que se disputa) o se debe pedir demarcación, con lo que quedará definida la distribución del terreno. En la decisión se tendrán en cuenta, en primer término, las características del caso. Y considerando varios fallos, pueden formularse estas advertencias orientadoras:

a) De los planteamientos del actor debe intentarse detectar si el principal fin perseguido es la restitución de un sector de terreno o la fijación de la línea de deslinde.<sup>744</sup>

b) Nos parece lo más razonable (y así se ha resuelto): si la zona conflictiva no es poseída efectivamente (mediante actos posesorios materiales, ostensibles) por ninguno de los contendientes, procede la demarcación; por el contrario, si ese territorio está siendo poseído por otro (el vecino), y se pretende la restitución, lo procedente es la reivindicatoria.<sup>745</sup>

En todo caso, puede entablarse la acción de demarcación como subsidiaria de la reivindicatoria.<sup>746</sup>

Por otra parte, en el examen del conflicto aparecerán como elementos fundamentales de la decisión: la revisión de los títulos de cada uno de los vecinos y la observación de la zona conflictiva, en sus características, accidentes geográficos y obras artificiales y su antigüedad. Por este último factor, el informe de peritos y la inspección personal del juez constituirán medios probatorios de particular utilidad.<sup>747</sup>

<sup>744</sup> GT. de 1913, N° 1.088, p. 3148; RDJ., t. 32, p. 183; t. 61, p. 414.

<sup>745</sup> RDJ., t. 32, p. 183; t. 43, p. 535; t. 84, secc. 2ª, p. 132; t. 98, secc. 2ª, p. 46; Corte de Concepción, 27 de junio de 1977; Gaceta Jurídica N° 119, p. 51; Corte Suprema, sent. de 26 de agosto de 2004 (La Semana Jurídica N° 206, p. 7), en términos muy claros, Corte Suprema, en La Semana Jurídica N° 219 (enero), 2005, p. 5 y N° 225 (marzo), 2005, p. 5. V. también Prats Albentosa, Lorenzo: "Deslinde y reivindicación". Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

<sup>746</sup> RDJ., t. 21, p. 595. Salvo dificultad de procedimiento.

<sup>747</sup> RDJ., t. 41, p. 23.

La demarcación propiamente tal se efectuará en el terreno mediante hitos o mojones (en los términos que indican los arts. 842 y 843).

Se tiene entendido que la contigüidad de los predios es requisito de la acción; parece evidente, pero se expresa para advertir que si los predios están separados por un río, lago, camino u otro bien nacional de uso público, no procede (con todo, no es fácil descartar la posibilidad respecto de un camino público; es admisible la duda en orden a intentar demarcar con el Fisco).

*Sujeto activo.* Por cierto, la tiene el dueño. Y como no se está discutiendo el dominio, bien puede aplicarse la presunción del art. 700, de modo que basta probar que se es poseedor.<sup>748</sup>

El art. 842 concede la acción a "todo propietario". Siguiendo doctrina extranjera, entre nosotros se ha concluido que también puede pedir la demarcación todo el que tenga sobre el inmueble un derecho real limitado (como usufructo, uso). En todo caso, terminado el derecho real, si el dueño se considera perjudicado, parece razonable permitirle volver a discutir el deslinde (porque podría existir colusión entre el vecino y el titular del derecho real). Con esto, si demanda de demarcación sólo uno (el nudo propietario o el usufructuario), conviene al demandado citar al juicio también al otro, para que la sentencia afecte a ambos. Pero un fallo ha resuelto que la acción la tiene el dueño.<sup>749</sup>

Se ha resuelto que cualquier comunero puede demandar de demarcación al vecino, sin que sea necesario que concurren todos los comuneros (con los arts. 2305, 2078 y 2132,<sup>750</sup> el fallo parece aplicar la doctrina de que en la comunidad habría entre los comuneros un mandato tácito y recíproco, que permitiría a cualquiera pedir la demarcación como acto administrativo o de conservación). Aplicando este postulado puede surgir el siguiente debate: cuando más tarde el vecino pretenda que otro comunero cumpla también la sentencia respetando la demarcación definida por el juez, éste podría defenderse sosteniendo que él no fue parte en el litigio y las sentencias tienen efectos relativos (art. 3° del CC.); entonces se replicará que el fallo le afec-

<sup>748</sup> GT. de 1922, 1ª sem., N° 196, p. 777; de 1923, N° 100; RDJ., t. 4, p. 103.

<sup>749</sup> F. del M. N° 468, p. 1990.

<sup>750</sup> RDJ., t. 52, p. 36.

ta (y -se dirá- afecta a todos los comuneros) por la existencia del mandato tácito y recíproco contenido en los textos citados; y entonces se vislumbra el peligro siempre presente en las concepciones de mandato tácito y recíproco: un comunero podría coludirse con el vecino y perjudicar a los otros.

*Sujeto pasivo:* Todos los que pueden demandar, pueden ser demandados. De modo que se aplica lo dicho. Pero se ha resuelto que si el predio vecino pertenece a una comunidad, para que el fallo afecte a todos, todos deben ser incluidos en la demanda<sup>751</sup> (por cierto, esta decisión no es coherente con la relación al tratar el sujeto activo).

Se tiene entendido también que no obstante los términos que se empleen (demandante y demandado) la acción de demarcación es de las llamadas dobles: ambas partes están en una misma posición procesal ante el juez; no exactamente la de uno como demandante y el otro como demandado.<sup>752</sup>

Por otra parte, la sentencia es declarativa; constata una situación, clarificándola.<sup>753</sup> Una característica destacable (y fácilmente explicable) es la *imprescriptibilidad* de esta acción. Como emana del dominio (y no es una verdadera servidumbre), se tiene mientras exista la calidad de dueño del bien.<sup>754</sup> Por cierto, eso no impide que si un vecino entra a poseer un sector del predio y cumple el plazo de prescripción, gane el dominio de esa zona; entonces, siempre se podrá pedir demarcación, pero será la línea la que, si el juez declara esa prescripción, habrá de modificarse conforme a la nueva situación.<sup>755</sup>

En todo caso, no se extingue por el no uso (art. 2499).<sup>756</sup>

En cuanto al valor de los hitos y gastos de instalación, no puede sino concluirse que deben ser de cargo de ambos vecinos por iguales partes.<sup>757</sup>

<sup>751</sup> GT. de 1878, N° 2.923, p. 1220.

<sup>752</sup> RDJ., t. 45, p. 535; t. 53, p. 246; t. 58, p. 207; t. 61, p. 414.

<sup>753</sup> RDJ., t. 52, p. 36.

<sup>754</sup> Así, RDJ., t. 86, secc. 2ª, p. 21.

<sup>755</sup> V. RDJ., t. 81, p. 97.

<sup>756</sup> RDJ., t. 8, p. 1; t. 43, p. 535.

<sup>757</sup> Incluso se ha resuelto que aunque en general el peritaje debe ser costado por quien lo solicita, como éste forma parte de los gastos de la demarcación entre los vecinos, a lo que ambos están obligados y que a ambos beneficiará, aunque sea solicitado por uno debe ser costado por los dos (I. del M. N° 350, p. 960).

Provenza de común acuerdo o de sentencia del juez la demarcación queda definitiva, de modo que los sucesores de los predios los reciben con esa línea de deslinde, incluso en orden a costear, también por iguales partes, los gastos de conservación.

Por último, la remoción intencional de los hitos puede dar lugar a responsabilidad civil y penal (arts. 843 y 2314 y sgts. del CC. y 462 del CP.). Sin perjuicio de la posibilidad de intentar acciones posesorias.

b.2. *Cerramiento.* Consiste en el derecho de todo propietario de cerrar su predio y de obtener que contribuyan a esa actividad los dueños de los predios colindantes.

Al igual que la demarcación, emana del dominio y, por lo mismo, la acción respectiva es real e imprescriptible (correspondiendo, por lo tanto, las citas de los mismos preceptos). Tampoco es, pues, una servidumbre.

Es claro que la demarcación es previa a ella.<sup>758</sup>

El CC. establece las reglas para proceder a la operación y sobre el dominio de los cierros (arts. 844 a 846).

b.3. *Tránsito.* El dueño de un predio destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otro(s) predio(s), tiene derecho para exigir paso a su través en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, previo pago de la justa indemnización (art. 847).<sup>759</sup>

La regulan los arts. 847 a 850. El procedimiento es el sumario (conforme al art. 680 N° 2 y sgts. del CPC.). Y para la correcta comprensión del art. 848 del CC. (que da a entender que son los peritos quienes resuelven sobre el monto de la indemnización y el ejercicio de la servidumbre) debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 410 del CPC.: el juez resuelve en el procedimiento que corresponda (el sumario), sólo que dentro de éste *debe* tener lugar el informe de peritos.

<sup>758</sup> GT. de 1912, N° 175; RDJ., t. 27, p. 142; t. 50, p. 452. Se ha resuelto que establecido que un muro es divisorio, se presume que está ubicado en el deslinde; quien sostenga que transcurre por un lugar distinto del que corresponde al deslinde debe probarlo (RDJ., t. 86, secc. 2ª, p. 21).

<sup>759</sup> Se ha resuelto que la circunstancia de que la madre del demandante tenga un predio a través del cual el actor puede transitar hacia la vía pública, no obsta a su derecho de constituir servidumbre sobre el predio del demandado (RDJ., t. 93, secc. 2ª, p. 133).

Ésta, que sí es una auténtica servidumbre, conforme las diversas categorías, puede ser calificada de positiva, discontinua, aparente o inaparente (aunque generalmente es de la primera clase).

Por cierto, corresponde al juez (como ya se dijo) determinar la dirección y las características de la senda que constituirá la servidumbre, conforme a las particularidades del caso, con el auxilio de expertos si es necesario. Asimismo —y esta situación puede ser conflictiva—, él tendrá que resolver cuál es el acceso a la vía pública que puede estimarse como pertinente cuando hay dos o más predios que se interponen y que, por lo mismo, se presentan como potenciales sirvientes. En estas discordias tendrá que orientarse por el objetivo de lograr la mayor eficiencia posible para el dominante con el menor perjuicio posible para el sirviente.<sup>760-761</sup>

<sup>760</sup> Así se ha resuelto, y estas circunstancias han sido calificadas como cuestiones de hecho (RDJ., t. 43, p. 17; t. 87, secc. 2ª, p. 83).

Habiendo dos o más potenciales predios sirvientes en equiparadas condiciones, y consciente el demandante que es el juez quien decide cuál será el predio que finalmente deberá soportar la servidumbre, el actor puede tener la duda: con quién comenzará, a quién demandará en primer lugar; el problema es procesal (y en Derecho procesal se ha controvertido la posibilidad de "demandados subsidiarios"; v., al respecto, Calvo Castro, Gonzalo: "Demandados subsidiarios", en Rev. de Derecho Univ. Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1980, IV, pp. 337 y sgts., con cita de algunas sentencias, destacadamente la de la Corte Suprema de 29 de agosto de 1979, que admite la posibilidad).

<sup>761</sup> Introduciendo alguna claridad en cuanto a los derechos que cada uno tiene en la faja de terreno objeto de la servidumbre, se ha resuelto que, por una parte, el dueño del predio sirviente sólo puede transitar, y construir las obras necesarias para el ejercicio, pero no otras porque el dueño del sirviente mantiene su dominio sobre la faja; y, por otra, como el dueño del sirviente mantiene allí su dominio, puede hacer valer todos los poderes de dueño con la sola salvedad de no entorpecer o tornar incommo el ejercicio de la servidumbre (F. del M. N° 268, p. 34). Compartimos esta comprensión; y es importante insistir en que el dueño de la faja sigue siendo el dueño del predio sirviente, porque la expresión del Código ("valor del terreno") posibilita una conjetura distinta (como ya se dijo en una nota anterior).

También se ha decidido que es procedente un cambio del trazado si se justifica por circunstancias climáticas que impiden el ejercicio de la servidumbre durante ciertas épocas del año (F. del M. N° 277, p. 554).

En otro sentido, esta servidumbre puede provocar un agudo conflicto con el derecho de propiedad, que posibilita vivo debate: si procede cons-

Si no se reúnen las exigencias legales para constituirla forzosamente, puede constituirse como voluntaria si hay acuerdo entre los dueños de los predios (por ej., si el predio tiene acceso a la vía pública, pero es en algún sentido inconveniente).<sup>762</sup>

**254. 3) Servidumbres voluntarias.** El art. 880 dispone la norma general para esta clase de servidumbres, confirmando margen a la autonomía de la voluntad para que se pacte cualquier gravamen, con las limitaciones del orden público y la ley; y pueden constituirse como voluntarias las servidumbres denominadas legales cuando no se cumplen, para imponerse en ese carácter, todos los requisitos que la ley ha dispuesto. Es claro que para

tituir forzosamente la servidumbre —que, como legal que es, se justifica por la necesidad de permitir el adecuado aprovechamiento del inmueble que carece de acceso a la vía pública— cuando, al imponerla, el dueño del predio sirviente quedará no sólo limitado en su dominio (lo cual es consecuencia natural de la servidumbre) sino privado de uno, varios o todos los atributos esenciales del dominio (sobre todo su predio). Prefiriendo al dominio del eventual sirviente, en un fallo se optó por rechazar la constitución de la servidumbre porque al imponerla el dueño del sirviente quedaría impedido de dedicarlo al uso que le tiene asignado (RDJ., t. 87, secc. 2ª, p. 83). Por cierto, elementos de hecho que parecen importantes para la decisión (en ésta y en otras situaciones) son los de si al constituirse la servidumbre el potencial sirviente quedaría impedido de todo aprovechamiento de su predio o sólo del que actualmente lo obtiene, y las posibilidades de aprovechamiento que sin la servidumbre tiene el potencial predio dominante.

<sup>762</sup> A propósito de la regla del art. 849 surge la interrogante de si procedería o no constituir forzosamente la servidumbre si antes de constituirla el potencial beneficiado ya ha adquirido otro predio que le permite acceder al camino público. El espíritu del art. 849 conduce a la negativa. Para la situación debe tenerse presente también el art. 881.

Por otra parte, ha debido resolverse que si el predio que pretende la servidumbre tiene acceso al camino público, sólo que por la nueva vía lo tendría más cómodo y más breve, no procede imponerla (Gaceta Jurídica N° 97, p. 17). Pero también se ha concluido que si por razones topográficas ese acceso es impracticable o irrogaría gastos excesivos y desproporcionados con relación al valor del predio y del terreno necesario para la servidumbre, el inmueble debe considerarse como destituido de acceso a



que se pueda calificar de servidumbre deberán aparecer los elementos y caracteres fundamentales de la institución.<sup>763</sup>

**255. Constitución.** Estas servidumbres pueden constituirse por título, por sentencia judicial, por prescripción o por la forma llamada "destinación del padre de familia".

a) *Por título.* Cuando la ley hace referencia a la constitución por título (arts. 882, 883, 884), debe entenderse el término en el sentido de acto jurídico que da origen a la servidumbre (no en su sentido de instrumento material).

Como se trata de servidumbres voluntarias, en esta clase es el título justamente la fuente más importante; la de mayor aplicación.

Este título puede ser un acto entre vivos o un testamento; puede ser gratuito u oneroso; y, en fin, por título se puede constituir toda clase de servidumbres (art. 882 inc. 1°).

la vía pública para los efectos de imponer servidumbre (RDJ., t. 87, secc. 2ª, p. 36).

<sup>763</sup> V. RDJ., t. 66, secc. 2ª, p. 87; F. del M. N° 249, p. 222.

La genérica restricción a la amplia libertad inicial que el texto dispone, deja una frontera difusa, que actualmente desemboca en el principio de la libre circulación de la riqueza y en textos constitucionales, como la libertad de trabajo. Se vincula al primero porque por esta vía de imposición generalizada de gravámenes reales se podría conducir a las trabas que el principio postula evitar; y a los segundos en cuanto ciertas servidumbres (especialmente negativas) pueden implicar restricciones a la libertad de trabajo y al desarrollo de actividades económicas, consagradas en la Constitución con particular energía. Así, situaciones de interés práctico como la siguiente, quedan en dudosa procedencia. En loteos para viviendas (especialmente de agrado) y en Reglamento de copropiedad inmobiliaria (y aquí se introduce un elemento nuevo favorable), persiguiéndose la tranquilidad de los habitantes del sector, suelen celebrarse acuerdos en los que un grupo de titulares (vecinos) se imponen obligaciones de no hacer respecto de sus predios (no instalar ciertos negocios, etc.); y, por cierto, la ventaja a la que aspiran es a configurar un derecho real (para que la sucesión en la titularidad mantenga la respetabilidad de la carga) (en su tiempo, el prof. Claro Solar las estimaba admisibles como servidumbres voluntarias. Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IV, N°s 1314 y 1315, pp. 24 y 25; también N°s 1612 y 1613, pp. 293 y sgts.; actualmente una solución abstracta parece más débil; el caso habrá de ser examinado confrontando el texto del Código con los aludidos preceptos de la Constitución).

En cuanto a las formas del acto, se ha entendido que la regla general es que no está sometido a solemnidades especiales,<sup>764</sup> pero examinando el acto específico por el que se constituye, la aplicación de aquella pretendida regla general puede resultar discutible. Así, si se constituye por acto entre vivos a título oneroso, generalmente se configurará una compraventa, para cuyo evento una disposición expresa exige escritura pública (art. 1801); si se constituye por acto entre vivos a título gratuito, pudiera llegar a configurarse una donación, en cuyo caso debe recordarse que en el sistema del Código los derechos reales (y personales) son cosas, y si recaen sobre inmuebles, son cosas inmuebles (v. supra, N°s 16 al 20); ahora bien, según el art. 1400, la donación de inmuebles requiere escritura pública;<sup>765</sup> en fin, si se constituye por testamento, ciertamente se cumplirán las solemnidades de éste.

El título puede ser suplido por un reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente (art. 883).<sup>766</sup>

*Tradicón del derecho real de servidumbre.* Concibiendo la constitución del derecho real como un "desprendimiento" de facultades del dominio, en el art. 698 el Código se refiere a la "tradicón" del derecho de servidumbre, disponiendo —como forma excepcional— que se efectúe por escritura pública, que puede ser la misma del acto o contrato. Para cumplir con la regla, en la escritura en que se acuerda la servidumbre se incorporará una esti-

<sup>764</sup> Así, Arellano, Juan, ob. cit., p. 55. En el mismo sentido, GT. de 1942, sent. N° 45, p. 239.

<sup>765</sup> Y por lo general deberá insinuarse, porque habitualmente el valor de la "cosa" (incorporal, llamada derecho de servidumbre) donada superará el valor que dispone el art. 1401; v. también supra, N° 219 bis.

<sup>766</sup> Se ha resuelto que este reconocimiento viene a importar una verdadera constitución de la servidumbre, por lo que debe contener las precisiones necesarias para su ejercicio (RDJ., t. 13, p. 394; t. 87, secc. 2ª, p. 36). Pero por otra parte, más tarde, tratándose del título de constitución, se ha concluido que en el título lo importante es que revele la voluntad del constituyente y la denominación (de la servidumbre) que le corresponde; y especificaciones del modo de ejercerla que no se consignen pueden ser suplidas por la interpretación y la aplicación de normas comunes; el elemento esencial es la voluntad, no el modo de ejercerla, que es elemento de la naturaleza (en la especie no se señaló la extensión ni la dirección del camino) (RDJ., t. 89, secc. 2ª, p. 51; t. 90, secc. 2ª, p. 41).

El reconocimiento expreso no requiere de forma especial, pero en su prueba queda sometido a las limitaciones de la prueba testimonial (arts. 1708 y sgts.).

pulación destinada a efectuar esa llamada tradición, con las declaraciones que señala el citado art. 698. Consecuente con esa forma (aunque refiriéndose a la "constitución"), el Regl. del Registro incluye la constitución de la servidumbre entre los títulos que pueden (y no que deben) inscribirse (art. 52 N° 2).<sup>767</sup>

Para la concepción que distingue entre constitución del derecho real y posterior transferencia (cuando es posible) a un tercer adquirente una vez constituido (en que sí hay tradición), el art. 698 incurre en una impropiedad; simplemente la servidumbre se "constituye" por escritura pública (si —mediante reforma legal— se exigiere inscripción, esa inscripción sería otra exigencia para constituirla, no tradición).

Y cualquiera sea la concepción que se adopte, después de constituida ya no habrá tradición; no hay enajenación autónoma; se transfiere junto a los predios, como accesoria de ellos.

En todo caso, una vez constituido el derecho real de servidumbre (o, en los términos del art. 698, efectuada su "tradición") debe permitirse el ejercicio efectivo del derecho (pudiendo acudir, con la debida adaptación, al art. 702).

La ley 6.977 (de 16 de julio de 1941) prescribe que la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos sólo puede adquirirse por escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces; debe además dejarse constancia de la obra en un plano aprobado por la autoridad competente, que deberá protocolizarse al tiempo de otorgarse la respectiva escritura pública.

Es evidente la conveniencia de exigir la inscripción para la constitución de la servidumbre. Al no quedar la constancia centralizada en el Registro (del lugar en que está ubicado el predio sirviente), los terceros potenciales adquirentes pueden ignorar la existencia de la servidumbre; así, pueden encontrar

<sup>767</sup> Se ha resuelto que no es necesaria la inscripción, incluso a propósito de servidumbres eléctricas (RDJ., t. 81, secc. 2°, p. 112).

Desde otro punto de vista, esta forma de efectuar la tradición importa una notoria aproximación al (si no una específica vigencia del) sistema del efecto real del contrato, y, con la denominación de tradición "instrumental" (*per chartam*) tiene antiguos precedentes (orientales) (v. al respecto González y Martínez, Jerónimo: "La tradición de fincas en el instrumento público", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 189, Madrid, 1944, pp. 81 y sgts., con el relato histórico y el examen del art. 1462 del CC. español, que la emplea en las ventas por escritura pública).

se con la perjudicial sorpresa de que el inmueble que adquirieron está gravado con una servidumbre no obstante haber sido diligentes en examinar el Registro antes de adquirir (por cierto, debe procederse a la reforma).<sup>768</sup>

b) *Por sentencia judicial* (art. 880). En general, las leyes no contemplan situaciones de servidumbre a establecerse por sentencia judicial, desde que éstas son declarativas y no atributivas de derechos; por otra parte, en tal situación no podría calificarse de servidumbre voluntaria, pues se impondría por el sentenciador. En el Código se encuentra un caso de servidumbre establecida por sentencia, tratándose del fallo que recae en la partición de bienes (art. 1337, regla 5).

c) *Por prescripción*. Sólo pueden adquirirse por prescripción las servidumbres continuas y aparentes; las discontinuas y las continuas inaparentes no pueden adquirirse por este modo y ni aun el goce inmemorial es suficiente (art. 882). La referencia al goce inmemorial, propio de la antigua legislación española y estimado generalmente en posesión de cien años, se consignó en el Código para desterrarlo definitivamente. Como justificación de la imposibilidad de prescripción se tiene en consideración que tratándose de las servidumbres discontinuas, los actos que las constituyen pueden ser considerados por el propietario del predio sirviente como de su simple tolerancia (art. 2499),<sup>769</sup> y tra-

<sup>768</sup> En los términos actuales, en que se está concibiendo una "tradición" de la servidumbre (como que el derecho real fuere "transferido" por el dueño del sirviente al dueño del dominante), tendría que disponerse que la tradición de la servidumbre se efectuará por inscripción; si la situación se concibe como una "constitución" (como un acto constitutivo), simplemente tendría que disponerse que la constitución requiere que el título se inscriba; en todo caso, pasaría a ser un título que "debe" inscribirse.

<sup>769</sup> Mediante recursos de protección se han ido resolviendo casos pertenecientes a una situación frecuente en el medio rural: se trata de personas que, de hecho, transitan por un predio ajeno para acceder desde los suyos a la vía pública (teniendo a veces acceso por sus respectivos predios, aunque más difícil), llegando incluso a formarse un sendero y hasta con una puerta o alambrada movediza a orillas del camino público; y un día (después de mucho tiempo de tolerancia) el dueño del predio afectado lo impide, clausurando la entrada, en uno o ambos extremos de la senda. En una primera época, protegiéndose el dominio, prevaleció la decisión de rechazar el recurso, porque el recurrente no exhibía antecedentes justificantes de un derecho para transitar (recuérdese que por ser discontinua, la servidumbre de tránsito

tándose de las inaparentes, se explica en la falta de posesión pública (que sorprendería al propietario; como los actos de ejercicio no son ostensibles, no habría tenido la oportunidad de impedirlos).

El plazo de posesión para prescribir es de cinco años (art. 882). El art. 2512 señala a la prescripción de las servidumbres como una situación de excepción a las normas generales que esa disposición establece. La excepción consiste en que no se distingue entre posesión regular e irregular; indistintamente, con cualquiera de ellas se adquiere a los cinco años.

Debe considerarse también la aplicación de la prescripción al modo de ejercer la servidumbre (para adquirirlo y perderlo).<sup>770</sup>

d) *Por destinación del padre de familia.* Esta forma de constituir servidumbre es un acto por el cual el dueño de dos predios establece un gravamen sobre uno en beneficio del otro, originándose la servidumbre posteriormente y de pleno Derecho al enajenarse uno de ellos, o ambos a propietarios distintos (art. 881).

Nótese que puede tratarse de dos predios contiguos o de uno que mantiene un gravamen en una sección del inmueble a favor de otra parte del mismo y que posteriormente es dividido.

Objetivamente, sobre todo cuando se trata de dos predios contiguos, puede decirse que existe servidumbre desde que se constituye el gravamen, pero como la institución exige que los predios pertenezcan a distintos dueños, ésta se configura al producirse la diferencia de propietarios, y mientras ello no ocurre, el establecimiento del gravamen permanecerá como un simple acto de ejercicio de su derecho de propiedad o, como dice el precedente romano que le dio nombre, como un acto de padre de familia que administra su propiedad.

Es aplicable también esta forma de constitución en el caso de que, existiendo la servidumbre, ambos predios se reúnen en

to no puede adquirirse por prescripción); pero posteriormente, sobre la base del repudio a la autotutela y alteración del llamado *statu quo*, ha ido prevaleciendo la acogida (v., por ej., RDJ., t. 82, secc. 5ª, p. 274; F. del M. N° 332, p. 580, con voto disidente; N° 431, p. 718; N° 450, p. 919; N° 451, p. 1183).

<sup>770</sup> V. una aplicación de la regla, para la servidumbre de acueducto, con la advertencia de que no se distingue entre clases de servidumbre, en F. del M. N° 462, p. 574.

un solo propietario y continúa éste manteniendo el gravamen, ahora como un simple servicio dentro de los bienes de su dominio y, posteriormente, al enajenar uno de ellos, vuelve a aparecer la diferencia de dueños. La servidumbre reaparece, constituida ahora por la destinación que mantuvo el propietario mientras era dueño de ambos.

El servicio que originará la servidumbre debe ser continuo y aparente (art. 881).<sup>771</sup>

Además, conviene observar que el art. 883 inc. 2° no reconoce expresamente esta forma de constitución como una especial, sino que atribuye a esta forma la virtud de *reemplazar al título*, como también puede reemplazarlo el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente<sup>772</sup> (la ley 6.977, que también contempla expresamente esta forma de constitución respecto de la servidumbre de alcantarillado, dispone que si alguien establece un servicio de esta naturaleza entre dos predios que le pertenecen, en todo caso debe otorgar escritura pública en que conste la instalación, e inscribirla en el Conservador; y si posteriormente pasan los predios a ser de distintos dueños, subsiste el servicio —ahora como servidumbre—, a menos que se estipule lo contrario, también por escritura inscrita).<sup>773</sup>

<sup>771</sup> Una aplicación, en F. del M. N° 249, p. 222; se trató de una servidumbre de aireación y ventilación entre dos locales en un edificio en copropiedad inmobiliaria, que estableció como servicio el dueño de ambos y que luego enajenó a distintas personas; se concluyó que no importa que el servicio verse sobre una "propiedad horizontal" (así llamada entonces) porque sus normas en este punto no se oponen con las del Derecho común, y que, afectando sólo a dos propietarios, tampoco importa que no se haya consignado en el Reglamento de copropiedad ni en los planos del edificio.

<sup>772</sup> Ya en el Código francés se dispone que la destinación "vaut titre" (art. 692) (según Biondi, el Código francés, decidido a admitir esta forma de constitución, se vio inducido a imponer la equivalencia ante la poca aceptación que tenía en el Derecho consuetudinario esa constitución por destino, exigiéndose siempre título; Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., p. 652). Ahora bien, si vale como título, puede surgir la duda acerca de la necesidad del modo (tradicción); la generalidad de la doctrina no lo contempla; simplemente se entiende que la servidumbre surge por el solo ministerio de la ley, en el momento del cambio de dominio (aparte del rechazo —como se ha dicho— a la posibilidad de una tradición en estas situaciones, al concebirse sólo una "constitución"; v. supra, N°s 52 y 219).

<sup>773</sup> Más antecedentes en Biondi, Biondo, *Las servidumbres*, cit., pp. 649 y sgts. con datos históricos (en los cuales el origen romano aparece muy leve)

**256. Derechos y obligaciones de los dueños de los predios.** Para determinar los derechos y obligaciones, ya del dueño del predio dominante, ya del dueño del predio sirviente, hay que remitirse al origen de la servidumbre: al título, a la forma en que se poseyó si se adquirió por prescripción, a la forma en que se usó el servicio en el caso de destinación del padre de familia (art. 884; también debe tenerse en cuenta lo prescrito en el art. 888).

**257. Extinción.** En principio, por constituir servicios de predio a predio, son —como se dijo— perpetuas. Sin embargo, hay factores que pueden producir su extinción. Están consignados en los arts. 885 (que incluye la prescripción extintiva), 886 y 887 del Código. Además, debe considerarse la extinción por expropiación, mencionada en la extinción del fideicomiso.<sup>774</sup>

y crítica por resultados inconvenientes a que podría conducir; Claro Solar, Luis: "La destinación del padre de familia como título de la servidumbre voluntaria", en RDJ., t. 19, Primera Parte, pp. 63 y sgts.

<sup>774</sup> Más antecedentes, además de las obras ya citadas, en De Juglart, Michel: *Obligation réelle et servitude en droit privé français*, Imprimerie Fredou et Manville Bordeaux, 1936; Pardessus, Jean-Marie: *Traité des servitudes ou services fonciers*, 8ª edic., Edit. G. Thorel Libraire, París, 1838; Messineo, Francesco: *Le servitù*, Ed. A. Giuffrè, Milano, 1949; González-Alegre, Manuel: *Manual de servidumbres*, 2ª edic., Edit. Nauta, Barcelona, 1962; Grosso, Giuseppe y Deiana, Giommaria: *Le servitù prediali*, 3ª edic., Edit. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1963; Arechederra, Luis: *Propiedad y constitución de servidumbres*. Edit. Dykinson. Madrid, 1993; Varas, Eduardo: *De las servidumbres*. Univ. de Chile, Santiago, 1925; Jorquera, Manuel: *De las servidumbres*, Univ. de Chile, Santiago, 1937; Grisar, Alfredo: *De las servidumbres legales de demarcación, cerramiento, medianería, luz y vista*, Univ. de Chile, Santiago, 1948; Baldrich, Carmen: *De las servidumbres en general en materia civil*, Univ. de Concepción-Concepción, 1955.