

50. Advertencia. Antes de acometer este tema conviene prevenir que, por su naturaleza y trascendencia, dista mucho de haber unanimidad en sus concepciones fundamentales. Su concepto, sus modalidades en épocas primitivas, la clase de bienes que han de ser susceptibles de propiedad privada, las facultades que debe significar para el propietario, las restricciones y cargas que debe soportar, motivan controversias interminables. La literatura sobre tales materias es abundante y difundida, los postulados jurídicos se relacionan y suelen confundirse con los económicos, sociológicos, políticos y, en definitiva, la discusión termina centrándose en diferentes concepciones filosóficas y de organización social.

Tomando en consideración las últimas décadas quizás sólo una generalización puede formularse: de una concepción muy liberal del dominio, que otorga las más amplias facultades al propietario para el ejercicio de su derecho, se ha evolucionado en el sentido de imponerle restricciones y cargas a fin de que de ese ejercicio pueda obtenerse provecho no sólo para el propietario, sino también para la colectividad, tendencia que culmina en la decisión de reservar para el dominio de la comunidad, representada por el Estado, ciertos bienes de importancia básica en la vida nacional. Pero tal tendencia nunca ha estado exenta de objeciones, al menos en el grado de su intensidad.

A continuación se consignarán sólo algunos alcances en los puntos aludidos, antes de tratar una materia más técnica en el Derecho nacional, como es la atin-

gente a los modos de adquirir la propiedad.

51. Legislación. Con lo dicho se comprende también que las bases estructurales se consagren siempre en la Constitución Política, de manera que la reglamentación legal se somete a esos textos, superiores y de mayor estabilidad (como ya se ha dicho, entre nosotros fundamentales son las reglas del art. 19 N°s 21 al 25 de la C. Pol.).

Por otra parte, la naturaleza de la institución conduce a que normas relativas a ella se encuentren —dispersas o agrupadas en temas— a través de todo el ordenamiento jurídico; sobre todo con la creciente intervención del poder público, se aprecia una creación constante de normas legales a su respecto (agrarias, urbanísticas, laborales, tributarias, penales), para transformarlo, restringirlo o protegerlo.

El CC. la trata en el Libro II (arts. 582 y sgts.). Aunque normas relativas a la propiedad se encuentran a través de todo el Código, ahí están las fundamentales en cuanto a los modos de adquirirla, sus restricciones por existencia de derechos reales limitados y su protección. Su transferencia por la vía de la contratación y su transmisión *mortis causa*, terminan por vincular al derecho de propiedad con toda la regulación del Derecho patrimonial (v. también supra, N° 3).

52. Concepto. El Código declara que “el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno” (art. 582, inc. 1°).

Tal definición es consecuencia de una concepción *analítica* del dominio, que lo concibe como un conjunto de facultades o prerrogativas identificables y de cierta autonomía y, por tanto, con un criterio cuantitativo se dedica a enumerar las facultades que el dominio confiere al propietario sobre el objeto de su derecho. Se opone a ella la concepción *sinéctica*, que lo concibe como un señorío monolítico o poder pleno sobre el objeto de la propiedad, con prescindencia de facultades identificables que puedan describirse separadamente y con autonomía; genera, por cierto, una definición distinta que, en lugar de enumerar facultades, con distinción cualitativa se reduce a describir los caracteres, vigor y restricciones a ese pleno poder (además, cuando se tratan los derechos reales limitados se percibirán consecuencias de estas diferentes concepciones).

Por el término "arbitrariedad" que incluye, esa definición ha sido calificada de clásica, denunciándose en ella un contenido absoluto, individualista, desprovisto de preocupación social. Pero puede observarse que el complemento ("no siendo contra ley o contra derecho ajeno") permite sobradamente morigerar y aun impedir la arbitrariedad y el abuso; la jurisprudencia y, desde luego, el legislador (como se explicará pronto al tratar la función social), han quedado facultados para conducir la institución mediante estas restricciones que posibilitan elaboraciones para que cumpla adecuada función; en esos términos, estimamos que el concepto es abierto y flexible (v. también infra, N° 59).

Cuatro componentes son destacables en esa definición: a) la calificación de "derecho", con la derivada calificación de "real"; b) la consignación de los atributos: de uso (implícito en uno expresado, el de goce), goce y disposición (se verán más adelante), con la amplitud de la arbitrariedad; c) las inmediatas restricciones genéricas, ley y derecho ajeno; y d) un campo de aplicación, cosas corporales que, a continuación (art. 583), es amplia-

do a las cosas incorporales, pero matizadamente (al calificar el poder sobre ellas como una "especie" de propiedad; al respecto, v. supra N°s 12, 13 y 14; una posición particular, en la que el art. 582 estaría definiendo sólo la categoría de propiedad sobre cosa corporal, y las de los preceptos siguientes serían otras especies de un género no definido, pero cuya característica fundamental es la "exclusividad", en N° 14, final, nota).

Pero si bien cuando de definición se trata se nos presenta de inmediato el texto del art. 582 citado, el concepto vigente tiene otro punto de partida, por explicación jerárquica, la Constitución (art. 19 N°s 23 y 24). Estas normas serán pronto examinadas.

53. Evolución. Entre los investigados de las épocas primitivas es materia de discusión la forma primaria de propiedad y el sentido de la evolución. Con frecuencia se sostiene que fue la propiedad colectiva la predominante en los inicios, y de allí se habría llegado a las formas comunitarias o familiares, hasta configurarse la individual; pero también se ha afirmado la existencia de dispersión, apareciendo, en distintos lugares, alternadamente distintas formas.

54. Evolución; continuación. En relación con los objetos del dominio, tal como se ha dicho en otra ocasión, hasta los tiempos de la revolución industrial era la propiedad territorial la fundamentalmente importante; el suelo y sus edificaciones constituían definitivamente la riqueza material de mayor envergadura; de ahí que los estudios sobre la evolución de la institución están siempre referidos a la propiedad inmueble. Es a partir de aquel acontecimiento que van apareciendo bienes muebles e inmateriales de apreciable valor y, por lo mismo, van influyendo también en la estructuración y caracteres jurídicos del dominio.

55. Evolución; estructura. Desde un punto de vista más bien técnico, a través

de la historia del Derecho en dos épocas se ha observado la existencia de una estructura compleja de la propiedad: en los tiempos del Derecho romano clásico y durante el sistema feudal. La concepción romana primitiva se asentaba en una propiedad simple, con caracteres similares a los conocidos en la actualidad; pero con la extensión del Imperio se produjeron diferencias de regímenes, principalmente para los "fundos itálicos" (propiedad quiritaria) y para los "fundos provinciales". La situación persistió hasta los tiempos de Justiniano, en que ya se volvió a la unidad. Pero pronto después de producirse esa simplificación, a la caída del Imperio (en Occidente) se inició otro sistema, aún más complejo, en el que se asentó el feudalismo, y que se mantuvo (al menos formalmente) hasta fines del siglo XVIII. A partir de arrendamientos perpetuos y numerosos otros contratos se fueron configurando unas atribuciones semejantes a las concesiones, como el "feudo" y el "censo", en cuya virtud se fue descomponiendo el dominio entre un titular del objeto y el concesionario de él; el "señor" era el titular del dominio, tras el "vasallo" o "tenanciero" que realmente tenía, ocupaba la cosa, pero sin tener la propiedad; con el tiempo, por la extensión de los derechos de disfrute del vasallo y por su perpetuidad, se le fue considerando también como una especie de propietario; el señor tenía entonces el "dominio directo", y el vasallo el "dominio útil"; y queda así estructurado un sistema con dos propietarios sobre una misma cosa, sin que haya división entre ellos, pero concebidos como derechos de propiedad de distinta naturaleza. Esa composición se llegó a ampliar, produciéndose una escala jerarquizada de titulares. Ya al final del período se va acen-

tando el derecho del vasallo (el dominio útil) a quien se llega a tener como el propietario, con tan sólo una servidumbre o carga en favor del primitivo señor, carga respecto de la cual van apareciendo intentos por extinguiarla. Se concluye, pues, en una especie de expropiación al

concedente, obrándose imperceptiblemente un desplazamiento de la propiedad hacia el tenanciero; la evolución estaba ya consumándose al tiempo de la Revolución Francesa. Con la Revolución desaparecen definitivamente las cargas feudales; el Código de 1804 consagra una propiedad liberada, única, pero con una regulación que la dejaba con fisonomía individualista. Como otros, el Código chileno recibe esa concepción.

56. Evolución; final. Desde allí, simplemente en su estructura, pero con escueta regulación, con amplias prerrogativas del titular sobre el objeto, se inicia otra evolución incesante, resumida en la expresión "función social".

57. Orientaciones actuales. El campo de aplicación y los principios rectores: equidad en el reparto y en el aprovechamiento. El tratamiento de este tema debe iniciarse con lo que puede denominarse una decisión fundamental, de carácter político-económico: la del *campo de aplicación de la propiedad privada*.

La naturaleza de las cosas y las posibilidades racionales de la vida social excluyen los dos extremos. La propiedad privada no puede ser eliminada completamente (teniendo presente los objetos de uso personal) y no se puede extender a la totalidad de las cosas (teniendo presente la necesidad de una calle).

Así, partiendo del supuesto de que siempre habrán de existir bienes de propiedad privada y bienes de propiedad colectiva (formalmente pertenecientes al Estado, o a la nación toda), la decisión se reduce a establecer el límite. Qué bienes permanecerán en poder de la comunidad y cuáles quedarán entregados al dominio de los particulares. En la fijación de ese límite (o confección del "inventario") surge una diversidad de posiciones filosófico-políticas, que están siempre presentes en la vida social. En esos planteamientos han aparecido también terceras posiciones, como son las llamadas propiedad cooperativa, propiedad comuni-

taria, por las cuales se propone que ciertos bienes sean, no de propiedad colectiva ni privada, sino de grupos sociales (por ej., los laborantes de una fábrica, que serían dueños de ella).

La decisión es dinámica. Va adoptando diversos matices y sufriendo cambios en distintos momentos históricos, por los cambios que experimentan muchos de los factores influyentes y por la alternancia de ideologías en la autoridad gobernante.

Examinada la realidad de un país en determinado momento, considerando la titularidad de los bienes conforme a las alternativas referidas (que siempre coexistirán), se podrá apreciar que quedan configurados "sectores" o "áreas" de propiedad colectiva, de propiedad privada y, aun, de propiedad intermedia, que se van restringiendo o extendiendo, como resultado de aquel aludido dinamismo, y lo hacen en correlación, como en recipientes comunicantes.

Quando en casos concretos se adopta la decisión de que cierto bien quede en dominio colectivo y a la sazón está en propiedad particular, para lograr aquella finalidad habrá de extraerse acudiendo al instrumento jurídico disponible para ese efecto: la expropiación por causa de utilidad pública (pero también la expropiación puede utilizarse para redistribuir la propiedad privada; en Chile, las leyes de reforma agraria que se han dictado contemplaban la expropiación de predios con la finalidad posterior de ser asignados a cultivadores en dominio individual, en unidades de dimensiones familiares).

Estos bienes que quedan en dominio del Estado a veces son excluidos de toda negociación con los particulares y otras son objeto de algunas limitadas actuaciones con ellos, mediante figuras jurídicas como los permisos y las concesiones (tratadas en Derecho administrativo).

Por la trascendencia que tienen para la comunidad, aquella relatada decisión fundamental y varios de sus caracteres son diseñados, en sus rasgos fundamentales, por la Constitución del respectivo

país. En Chile, por cierto la Constitución dispone de normas al efecto (se verán pronto).

Tanto en la que se ha llamado decisión fundamental como en la regulación específica de los distintos temas de los derechos reales influyen, en diversa medida según la materia, numerosos factores de variada naturaleza: actitudes filosóficas, ideales de justicia, individual y social, necesidades económicas y sociales contingentes, experiencias en el propio país y en otras latitudes, la naturaleza de ciertos bienes, su función (principalmente económica), sus características históricas o artísticas, la trascendencia que algunos tienen en la economía nacional (que ha conducido a llamar a algunos "bienes estratégicos"), la magnitud de las inversiones que requieren, el riesgo de la empresa de crearlos o desarrollarlos (v. además, supra, N^{os} 27 y 45 y lo dicho sobre vinculaciones en infra, N^o 220, nota).

Al tratarse aquí de formular una descripción de rasgos fundamentales de diversa naturaleza, procede también consignar el postulado (ideológico más que técnico) conforme al cual se concibe a la propiedad como supuesto de eficacia de algunos otros derechos fundamentales (sólo los propietarios son libres; sin propiedad no hay libertad); hay que suponer que al blandirlo no se está, ciertamente, jerarquizando derechos o valores sino, como recién se destacó, se trata de advertir que la contracción excesiva del campo de aplicación desvanece la efectiva vigencia de otros derechos (y decimos "contracción excesiva" porque la negación absoluta de la propiedad no es razonablemente concebible).

En un proceso de síntesis se destacan algunos *principios orientadores*, que también pueden ser enunciados como preocupaciones más constantes, con particular énfasis en los tiempos recientes:

a) *Equidad en el reparto*. Creados los bienes para servir al hombre, a todos los hombres, con ellos también debe realizarse aquel valor. Y esta realización se desenvuelve en una *equidad en el reparto*, de

modo que todos tengamos acceso a ellos, al menos en lo más indispensable para una aceptable calidad de vida.

b) *Equidad en el aprovechamiento*. Peritiendo las cosas a dueños privados, éstos deben explotarla, obtener de ellas beneficio, no simplemente detentarlos por ostentación de poder u otras consideraciones equivalentes, y esa explotación, aprovechando inicialmente al propietario, reporte también beneficios a la comunidad. Se ha sintetizado en la bien conocida expresión "función social de la propiedad" (sobre la que se volverá pronto).

Estos principios frecuentemente están presentes tanto en la elaboración de textos legales como en su interpretación y aplicación, de modo que son verdaderas constantes y rasgos distintivos del actual Derecho de cosas.

Debe añadirse que la intensidad de estas restricciones y deberes provoca también polémica, en términos semejantes a la aludida al tratar el tema de la decisión fundamental (también deben tenerse presentes las excepciones al carácter exclusivo, que se verán pronto, infra, N^o 59).

Finalmente, la influencia de aquellos dos principios en la dictación de normas legales permite concluir que, en la dogmática del derecho de propiedad, la *consideración de la función o utilidad* (generalmente económica) *que tiene el objeto*, es un criterio que incide decisivamente en su reglamentación (v. supra, N^o 3 bis).

Desde otro punto de vista, y sobre todo con las restricciones derivadas de la función social, puede apreciarse que la propiedad ya ha superado el concepto simple de "derecho". Para expresarla con realismo, observando cómo se presenta efectivamente, adopta la fisonomía de una "situación jurídica", constituida por una *posición jurídica que tiene un sujeto ante una cosa*. Y está compuesta por estos tres elementos: un poder dominador integral (en el sentido de que cubre todo el objeto); ciertas restricciones; y ciertos deberes. En la propiedad inmueble (el suelo), la ecuación poder-restricciones se va marcando

intensamente con la consideración económica y la planificación.

Siendo tantas y tan distintas las funciones y utilidades que prestan las cosas, se han ido configurando diversos estatutos legales para distintas categorías de bienes, que van debilitando la noción unitaria del dominio, atomizándola. Y por este camino han ido apareciendo las llamadas "formas de propiedad" (a las que se hará referencia pronto).

57 bis. La base constitucional chilena; el campo de aplicación; la protección; la función social, la reserva legal, las restricciones y privaciones y la afectación de la esencia; la privación o afectación sin indemnización y su consecuencia; la preservación natural y cultural. Ya se ha advertido que, atendida su trascendencia en la organización social y económica de una comunidad, es universal la decisión de incluir las normas básicas de la propiedad en el texto constitucional. Así acontece también entre nosotros; y con notoria dedicación.

En primer lugar, y no obstante la aludida atención dispensada, incluyendo una afanosa protección, la Constitución no la definió. En tales condiciones, parece natural la remisión a la recién mencionada del Código, sobre todo considerando su aludida flexibilidad, que se acomoda (sin obstáculo) a los substanciosos preceptos que impone la Constitución.

Las reglas constitucionales se refieren al campo de aplicación, a su función social, a su protección, a los atributos o facultades esenciales y a ciertos objetos especiales. Por cierto, cuanto dispongan al respecto las leyes ha de acomodarse a ella.

En cuanto a los atributos o facultades esenciales, se examinarán luego (infra, N^o 60; y sobre la posibilidad de su privación, se volverá pronto, en este mismo párrafo) (reglas particulares para ciertos objetos: minas, aguas, propiedad intelectual, son tratadas en disciplinas especializadas).

El campo de aplicación. El texto es el art. 19 N^o 23, que establece como princi-

pío muy general, "la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes"; esta fundamental norma se traba vigorosamente con otra, la del art. 19 N° 21, que reconoce y protege "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica..."; en conjunto, sientan las bases del régimen económico, que se consolida con la descripción de los caracteres fundamentales que se reconocen al dominio y la protección que se le brinda, en el art. 19 N°s 21 a 25, y se respalda (junto a otros) en el N° 26.

La amplitud queda determinada en dos sentidos; la generalidad de las cosas son susceptibles de propiedad privada (art. 19 N° 23); y se incluyen las cosas corporales e incorporales (v. sobre este punto lo dicho en supra N°s 12, 13 y 14; en el N° 13 se trata la identificación del derecho con la cosa y, en nota, se advierte la actitud del constituyente, de prescindir de la identificación; para la adquisición de inmuebles en zonas fronterizas, v. infra, N° 60, final, y nota).

La protección. Se inicia con la proclama de su aseguramiento (de la propiedad adquirida). Se dispone reserva legal: para el establecimiento de los modos de adquirir el dominio y para imponer restricciones, obligaciones y privaciones (se verán pronto, en este mismo párrafo). La privación (expropiación) es detenidamente regulada (restringiéndose así el campo regulado por la ley). Se vuelve a asegurar (junto a los demás derechos protegidos) que no puede ser afectada en su "contenido esencial" (art. 19 N° 26). Y es incluida entre los derechos protegidos por el recurso de protección (art. 20) (para la adicional protección brindada por las leyes ver infra, 4ª Parte, N° 258 y sgts.).

La función social, la reserva legal, las restricciones y privaciones y la afectación de la esencia. Tomando base en aquellos que hemos llamado principios orientadores, se ha difundido ampliamente la expresión *función social de la propiedad*, para advertir que el dominio (en torno al cual giran los demás derechos reales) debe ser ejercido con consideración de los intere-

ses de la sociedad y no sólo de los particulares del propietario. Ya se observa su influencia en la decisión sobre la *titularidad*, para preservar un objeto en poder del Estado o entregarlo al dominio de los particulares; pero se desenvuelve en la *regulación específica* de la propiedad privada y en general de todos los derechos reales. Y esa regulación entonces implica acometer una tarea que en la generalidad de las legislaciones se ha erigido en el centro de una discordia social, política y jurídica: *el hallazgo de la satisfactoria ecuación que armonice el interés individual (emplazado en el derecho subjetivo) con el colectivo (afincado en la función social)*. Se manifiesta principalmente en la introducción de "limitaciones" (o, mejor, "restricciones") y "obligaciones" (o, mejor, "cargas" o "deberes") a la propiedad privada; y llega a su extremo con la "privación" del dominio que, en la generalidad de las legislaciones, conforma la expropiación (que implica indemnización).

Entre nosotros, la Constitución ha dispuesto para esta materia una "reserva legal"; *sólo la ley* puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social" (art. 19 N° 24 inc. 2ª, la cursiva es nuestra). Y agrega que la función social comprende cuatro objetivos (el tercero descompuesto a su vez en dos) (concebidos, como es esperable en un texto de esta naturaleza, genéricamente). Por cierto, si es justificado exigir ley para imponer restricciones, más lo es para disponer la privación del dominio; y la Constitución así también lo establece (en el inc. 3º del N° 24 del art. 19). La privación tiene también mencionados sus objetivos; dos (asimismo enunciados genéricamente). Y confiere indemnización (que, antes que en las normas de la ley de expropiaciones, tiene una —prolija— regulación constitucional, en el mismo inc. 3º). En otros términos, entre nosotros la "reserva legal" está dispuesta para la *privación* del dominio y aun para la sola *restricción* o *deber*. En la doctrina general la noción de reserva legal ha sido concebida con una intensi-

dad graduable y en cada ordenamiento es habitual la discusión acerca del rigor con el que los respectivos preceptos la han acogido; ante nuestros textos constitucionales, los autores nacionales de Derecho público mantienen asimismo la discusión para nuestro régimen (que frecuentemente es reducida al dilema: reserva absoluta o relativa, para surgir luego la proposición intermedia). En materia de propiedad, entre nosotros parece adoptar estrictez, considerando lo dispuesto en los arts. 19 N° 24, 32 N° 8 y 60.

Las restricciones y los deberes pueden estar dirigidos genéricamente al contenido (respetando el esencial), a cierto atributo (sin que se configure la privación de uno esencial) o a algunos de los caracteres del dominio (en esta alternativa el más alcanzado es el carácter absoluto, al punto que, habiendo sido, desde que apareció incorporado en las definiciones de dominio, el centro del combate, en virtud de la intervención hemos de tenerlo por superado). Por otra parte, se vinculan a otros principios (como la doctrina del abuso del derecho).

Positivamente, se concretan en normas sobre variadas materias. Entre nosotros están diseminadas por todo el Código Civil y en innumerables leyes especiales, tanto de sectores productivos como habitacionales; tanto industrial como agropecuario, minero, urbanístico, etc.

Conviene también puntualizar los términos con que se consagró la privación (en el inc. 3º). Notablemente, junto a la *privación total* (expropiación, en su significado tradicional, en la que es extraída toda la cosa), la regla concibe también la *privación parcial* (que implica expropiación parcial); y no se trata de una privación parcial de la cosa, sino del *derecho*. Si un particular tiene, por ej., un predio, naturalmente puede ser expropiada una sección de él; esa sección es integralmente sustraída del dominio privado, que es trasladado al expropiante. Pero el texto agrega que asimismo nadie puede ser privado "de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio" sin una ley expro-

piatoria. Esto significa que el constituyente concibe la expropiación de una *parte del derecho*, permaneciendo la cosa en el patrimonio del expropiado pero con el derecho cercenado. En consecuencia, debe procederse como en toda expropiación, cumpliéndose las exigencias que el texto dispone para ella; destacadamente, por cierto, la indemnización. Adoptada la actitud de proteger intensamente el dominio, la decisión de los redactores exhibe agudeza y realismo, porque pone el derecho a resguardo de atentados esenciales que adopten formas de restricciones manteniendo (formalmente) el dominio en el titular (y que, de penetrar, evitarían los reclamos, las diligencias y, sobre todo, la indemnización, a que da lugar —sin duda— la expropiación integral).

La expresión "atributos o facultades esenciales" debe ser aplicada con el contenido que la doctrina civil le atribuye (y que pronto será referida; infra, N° 60). En otros términos, estimamos que aquella expresión empleada en el texto alude (está vinculada) a los atributos contenidos (básicamente) en la definición del Código Civil y que son los reconocidos tradicional y secularmente por la doctrina y las demás fuentes (decimos "básicamente" porque a los emergentes de la definición del Código debe agregarse otros: la exclusividad, la administración y la reivindicabilidad o, menos formalmente, la persecución, que se mencionan también en infra N° 60) (v. también el art. 6º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras).

Por otra parte, el precepto ostenta armonía con lo dispuesto en el N° 26 que, insistiendo en el resguardo de la generalidad de los derechos fundamentales, acude a la noción de contenido esencial, disponiendo que se asegura asimismo que las leyes no afectarán a los derechos en su "esencia". Tratándose del derecho de dominio, aquí resulta protegido con el otro método; ya no (con la concepción analítica) mediante el recurso a los atributos esenciales, sino (en la sintética) acudiendo a la "esencia". Estimamos que esta esencia o contenido esencial encuentra

su significado básico en la ya citada expresión "atributos esenciales" pero, incluyéndolos, la supera, con una fórmula más integradora, prescindiendo de atributos individualizables que la conforman por suma y que pueden dejar intersticios; este contenido esencial traduce un exclusivo y directo aprovechamiento integral de las cosas en sus posibilidades actuales y potenciales futuras, con posibilidad de intercambio y poder de persecución.

En suma, la Constitución autoriza a la ley (y sólo a la ley): para imponer *restricciones y deberes*, por cierto sin indemnización (como que se imponen con base en la función social), y para *privar* del dominio, integral (expropiación en su sentido tradicional) o parcialmente (por privación de un atributo o facultad esencial), aquí mediante ley expropiatoria y, por tanto, con la consecuente indemnización. Además, vuelve a asegurar que la ley no podrá afectar el derecho (en nuestro caso el de propiedad) en su esencia.

En la confrontación de aquellos textos con leyes determinadas que intervienen el derecho de dominio, pueden presentarse situaciones en las que será difícil precisar cuándo se estará en presencia de una *restricción* y cuándo de una *privación de un atributo esencial*; y si se ha afectado o no el derecho de dominio en su *esencia* (que en términos de controversia los particulares afectados podrán plantear —y de hecho han planteado— al tribunal). En definitiva, éste viene a erigirse en el conflicto fundamental que entre nosotros presenta este capítulo, pero ya no tanto por imprecisión constitucional, sino más bien por los términos en que la ley respectiva acomete la intervención.

Efectivamente, suele ocurrir que la legislación procede a intervenir la propiedad de ciertos bienes sin emplear la misma terminología de los textos superiores, y a veces con expresiones que más bien sugieren que se trataría sólo de restricciones intensas a las facultades del titular; en su calidad de "restricciones", quedarían incluidas en la función social y no conferirían indemnización, pero en

los hechos a veces —al menos según el dueño— constituyen verdaderas privaciones (parciales) del dominio, el cual (forzadamente) es mantenido en manos del propietario.

En doctrina y jurisprudencia extranjera la materia ha sido bastante agitada. La casuística, por los campos de donde surge, es muy similar a la que se está presentando aquí, y las soluciones oscilan entre las mismas alternativas nuestras. Pero con *dos diferencias técnicas* respecto de nosotros, que se manifiestan en el razonamiento; primero: autores y textos (frecuentemente menos explícitos que los nuestros), prescinden de la expresión "atributos esenciales" (que parece irse abandonando, producto del decaimiento de la concepción del dominio como suma de facultades) y la controversia es planteada puramente como un atentado al "contenido esencial" del derecho de propiedad; y, segundo: no llegan a exigir expropiación (que es reservada sólo para la privación total de la cosa); así, frente a leyes agresoras imprecisas, o se estiman restricciones fundadas en la función social y, por tanto, no indemnizables, o se consideran privaciones de contenido esencial, confiriéndose la respectiva indemnización.

Entre nosotros los textos legales han recaído, hasta ahora —como en otras latitudes— principalmente en los ámbitos urbanístico, ecológico e histórico y artístico; y las controversias prácticas, sobre todo en los dos últimos. Más específicamente, un ejemplo de esta situación lo proporciona la legislación (pronto será consignada) que ha afectado intensamente el dominio de predios forestales, llegando a impedir la explotación de ciertas especies amenazadas o en peligro de extinción; si un predio determinado tiene como valor exclusivo (o ampliamente dominante) esa especie, para el dueño la prohibición equivale (o se asemeja mucho) a privarlo del dominio.

En primer lugar, conviene advertir que en el reclamo no se está contra la conveniencia de proteger el bien o la categoría de bienes a los que se dirige la

privación o pretendida restricción (la especie vegetal amenazada, el monumento histórico o artístico, etc.); lo objetado es que esa protección o beneficio persiguiendo para toda la comunidad se logre a costa de un solo particular o de un grupo de dueños de predios con esos caracteres. De ahí que la impugnación haya sido sustentada en las garantías de igual repartición de las cargas públicas y de igualdad ante la ley.

Con sus textos, la Constitución viene a ofrecer dos métodos para solucionar el conflicto; y en ambos el problema es de *calificación*.

—Con los incs. 2º y 3º, que distinguen entre restricción y privación de atributo esencial y exigen ley expropiatoria para esta última, se trata de calificar si la intervención al dominio que la norma legal impone constituye restricción (o deber) o privación.

—Con el Nº 26, que protege la esencia del derecho, se trata de resolver si la ley agresora afecta o no al derecho de propiedad en su esencia.

Por cierto, esa calificación ha de entenderse objetivamente, con prescindencia de los términos que la ley interviniente emplee.

Es importante destacar que se trata de *métodos* distintos para solucionar el conflicto, cada uno con su texto, y, por tanto, no deben ser (como ha ocurrido en algunos casos) confundidos o mezclados (sin perjuicio de que, en su aplicación práctica, puedan plantearse uno en subsidio del otro); y ellos hacen innecesario acudir a la equidad (como también ha acontecido).

La *privación o afectación sin indemnización y su consecuencia*. Si la calificación es de reproche, es decir, si se concluye que la ley ha impuesto una privación de atributo esencial sin los requisitos de una ley expropiatoria (sobre todo sin conferir indemnización), o ha afectado al derecho en su esencia, hay que determinar la consecuencia. En ambos caminos la conclusión es la *inconstitucionalidad* de la ley que impone la intervención (en el

primero, por contravenir los incs. 2º y 3º del Nº 24; en el segundo, por contravenir el Nº 26).

Pero en la práctica se ha intentado otro remedio: la *indemnización*, que es demandada en lugar de atacar la norma legal invasora, la cual habrá de quedar, entonces, vigente, manteniéndose la privación del atributo esencial o la afectación de la esencia. En ciertas situaciones (sobre todo en las llamadas servidumbres administrativas), en algunas de las cuales hasta podría dudarse de su calificación como de restricciones o privaciones de atributo esencial, los respectivos textos legales confieren indemnización, con diversos procedimientos. Pero quedan otras (que irán aumentando) sin el remedio expreso.

Con el primer método no parece posible; aquí el planteamiento es que se trata de una ley que expropia y que no reúne las exigencias que la Constitución impone a toda ley expropiatoria, de modo que lo que procede es simplemente declararla inconstitucional (a menos que se reúnan todos los requisitos salvo la indemnización, porque entonces, al conferirse, la situación queda ajustada a la Constitución). Con el segundo es dudoso; el texto (el Nº 26) garantiza que las leyes "no podrán afectar los derechos en su esencia"; la norma legal ha afectado el contenido esencial, quedando configurada así la inconstitucionalidad; la indemnización no es contemplada; tampoco es negada; entonces, ¿es la indemnización un remedio ante una ley que contraviene la Constitución? ¿Queda remediada la contravención a través de una indemnización al afectado? La respuesta inmediata es negativa; pero podría postularse que como se trata de una garantía a las personas, pudiese ser un remedio aceptable, cuando el afectado mismo lo ha pedido. También podría estimarse que con la indemnización el derecho no ha sido "afectado en su esencia" (porque en el patrimonio del dueño se ha producido una subrogación real, en la cual el deterioro ha sido reemplazado por la indemnización).

En la práctica, al menos hasta ahora, no se ha procedido siempre con claridad en el empleo de estas alternativas. En ocasiones, con motivo de un recurso de protección, se ha pedido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y ha sido acogida. En otras, sin impugnar la vigencia de la ley se ha demandado puramente indemnización, y ha sido concedida; pero mezclando —estimamos que indebidamente— los métodos aquí descritos. En efecto, no se ha resuelto explícitamente que se trate de una formal restricción que implica una real privación de atributo esencial; manteniéndose el tribunal en la sede del inc. 2º (restricciones) se ha optado por estimar que se trata de restricciones graves que atentan en contra del contenido esencial del derecho de dominio y, ante la ausencia de norma que confiera indemnización (las restricciones no la confieren), se ha convalidado. Se ha acudido a varios fundamentos. Uno frecuente es la garantía de igual repartición de las cargas públicas (a veces con el agregado de igualdad ante la ley). Se añade que si bien al referirse el inc. 2º a las restricciones no confiere indemnización, tampoco la niega. Se ha empleado también la regla de que en los estados de excepción constitucional se confiere indemnización por las limitaciones a la propiedad (art. 41 N° 8 de la C. Pol.), deduciéndose que si en esos estados se confiere indemnización, con mayor razón procede por las restricciones impuestas en estado de normalidad (olvidando que allí se trata sólo de una limitación de lenguaje, porque el constituyente agrega que se trata de limitaciones que importen privación de atributos esenciales, con lo que queda claro que se trata allí simplemente de “privaciones” de atributo esencial, situación en la que evidentemente procede indemnización, conforme al inc. 3º). Se ha agregado la equidad (es equitativo concederla). En fin, se ha hecho expresa referencia a la responsabilidad del Estado y, dentro de ella, a la llamada “responsabilidad por hecho lícito” (en Chile afrontada principalmente

por la doctrina administrativa) con la cita de preceptos como el art. 38 inc. 2º de la Constitución y el art. 42 de la ley 18.575, Org. Constit. de Bases Generales de la Administración del Estado.

Esta última referencia merece una observación. Estimamos que el problema no es de responsabilidad civil; al menos atendidos nuestros textos (sobre todo el inc. 3º), no es necesario acudir a esa vía (y, por tanto, no es necesaria —ni procedente— la confrontación con todas las exigencias o elementos propios de esa responsabilidad). Si la norma constituye privación de atributo esencial (o afecta el derecho en su esencia) y, prescindiéndose de la ley expropiatoria y de la inconstitucionalidad, la situación va a ser remediada con la indemnización, esta indemnización pertenece al ámbito de la indemnización expropiatoria, que sustituye valor, y no en el sentido que tiene en la materia de responsabilidad civil. En la responsabilidad civil se trata de reparar un daño causado con dolo o culpa o aun sin ellos (si se trata de responsabilidad objetiva), en la que el daño se produjo como consecuencia de la actuación del Estado dentro de su actividad, daño que *no es el fin perseguido* y es más bien no deseado; por lo mismo, el interés público no se beneficia con la exacta actividad que provoca el daño. En cambio en la indemnización expropiatoria la autoridad agrede directamente al derecho de dominio, en ejercicio de sus potestades y para obtener un fin de utilidad pública. Nos parece que simplemente debe indemnizarse, con la justificación (remota) de la igualdad ante la ley y del igual reparto de las cargas públicas y, en términos inmediatos, con la misma justificación que explica la indemnización expropiatoria (integral), de protección a la propiedad, por lo que se produce (conforme al inc. 3º) es una privación parcial del dominio, privación parcial del derecho, no de la cosa, en la cual aquella privación viene luego a proyectarse; instalada en el derecho, más precisamente la agresión se radica (en términos de la concepción do-

minical tradicional) en los atributos esenciales, o (en expresiones de la concepción unitaria del dominio) en la potencia o magnitud fundamental (en el contenido esencial) del poder del propietario.

La preservación natural y cultural. En tiempos recientes, la función social ha recibido una destacada tarea de *preservación*. Aunque proviene desde antiguo, esta preocupación se ha impuesto últimamente con gran persistencia, por razones bien conocidas, hasta llegar a entrar en conflicto con el progreso material. Principalmente, se refiere a dos ámbitos:

1º. *La preservación de la naturaleza*, para mantener el ambiente con caracteres benéficos para la vida humana, amenazado por la contaminación industrial y por elementos derivados del congestionamiento urbano (v. C. Pol., art. 19 N°s 8 y 24, inc. 2º). Como se irá viendo, se refleja en varias materias. En términos genéricos, en una multitud de restricciones y cargas al derecho de propiedad; en términos más específicos: en el uso de bienes muebles (vehículos motorizados, instalaciones industriales, productos y residuos químicos, agua); y en el uso de inmuebles, del suelo (en las relaciones de vecindad, en las servidumbres, en las explotaciones mineras). Entre nosotros, el Código ya contiene algunas normas (por cierto desorganizadamente); pero posteriormente el aumento legislativo no ha cesado (muchos de esos textos se irán mencionando en capítulos siguientes). El texto nacional que aparece como uno de los centros de donde se emiten restricciones es la Ley de Bases del Medio Ambiente. Las reuniones de Gobiernos, que culminan en Tratados y Convenciones Internacionales, y la acción de Organizaciones no gubernamentales, han influido notablemente en las legislaciones internas (sólo por introducir un orden en la exposición y consulta, podemos distinguir una normativa restrictora con inmediato *fundamento ambiental* y otra con inmediato *fundamento sanitario*).

2º. *La del patrimonio cultural* que la comunidad va acumulando con el tiempo,

que servirá para cimentar nuevos progresos y para el disfrute y enriquecimiento del espíritu. La legislación ha ido reflejando también la preocupación. Entre nosotros, falta aún. El primer texto destacable es la Ley de Monumentos Nacionales (v. C. Pol., art. 19 N° 10, inc. penúltimo).

57 ter. La planificación territorial, el uso del suelo, la división predial y la edificación. Las diversas funciones que cumple el suelo en la producción agraria, las instalaciones industriales y comerciales, la vivienda y en general en la calidad de vida de la comunidad, han conducido a los legisladores a regular su uso y división imponiendo así intensas restricciones a la propiedad (generándose aquí, como en otros capítulos, un conjunto normativo posterior y paralelo al de los Códigos Civiles). En el ámbito urbano, para proceder a regularlo se comienza por una actividad previa, la planificación.

En el diseño general y en las decisiones específicas surgen controversias, en las que confluyen factores técnicos urbanísticos, sociológicos y aun políticos, con destacada presencia de la interrogante sobre el grado de restricciones al que se puede llegar sin desnaturalizar el dominio. Por otra parte, frente a determinada realidad de una comarca, cuyo desarrollo se planifica, entre los expertos surgen variados objetivos a los que se confieren distintas prioridades: la funcionalidad urbana, la preservación del ambiente y la vinculación de la persona con la naturaleza, la conservación del patrimonio cultural; se van reflejando en la concreta planificación y se impone alguno o se termina en soluciones de compromiso.

Debe tenerse presente también que en el desenvolvimiento de las actividades que ahora serán reseñadas surge con notable frecuencia la regulación ambiental; en cada una de ellas puede resultar necesaria una evaluación de impacto ambiental (entre nosotros, conforme a la ley 19.300 y su Reglamento).

1º. *La planificación territorial.* Es el conjunto de decisiones, instrumentos y nor-

mas con las que el Estado regula el uso del suelo ubicado en el territorio nacional.

Entre nosotros, actualmente esta actividad se desarrolla fundamentalmente en el sector urbano. El texto básico es la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC.), complementada por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC.).

Siguiendo en buena medida una tendencia general en las legislaciones actuales, conforme a los textos vigentes la planificación: a) *fija políticas* (define objetivos sociales y económicos relativos al territorio); b) *zonifica* (fija zonas; es decir, divide una gran superficie —en base a la división administrativa del territorio— en zonas o sectores; y c) *asigna uso* a cada sector (residencial, actividades productivas, equipamiento, áreas verdes, etc.), en un grado que podemos llamar genérico. En cada predio, el uso específico (dentro del genérico impuesto) es determinado por el propietario (si el predio está ubicado en un sector productivo, el propietario define la actividad productiva específica a que lo destinará).

La planificación se desenvuelve con dos referentes, uno geográfico y uno sustantivo. *Geográficamente*, en cinco ámbitos con especificidad decreciente: nacional, regional, intercomunal, comunal y seccional. *Sustantivamente*, mediante los llamados “instrumentos de planificación territorial” (que son los medios o herramientas con las que se ejecuta esta planificación); según nuestros textos son: la Política Nacional de Desarrollo Urbano, el Plan Regional de Desarrollo Urbano, el Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano, el Plan Regulador Comunal, el Plan Seccional y el Límite Urbano (arts. 28 de la LGUC y 2.1.2 de la OGUC.).

En el ámbito nacional, se fija una “Planificación Urbana Nacional”, que, como se dijo, define objetivos sociales y económicos relativos al territorio. Se materializa en documentos internos de la autoridad pertinente (el Ministerio de Vivienda y Urbanismo) (art. 29 de la LGUC.).

En el ámbito regional, se confecciona un “Plan Regional de Desarrollo Urbano”, aplicable a los centros urbanos de las regiones. Se materializa básicamente en un Plano y una Memoria explicativa. Lo elabora la Seremi de Vivienda y Urbanismo respectiva y existe un procedimiento al efecto (arts. 30 y sgts. de la LGUC. y 2.1.5. de la OGUC.).

En el ámbito intercomunal o metropolitano, se puede confeccionar un “Plan Regulador Intercomunal” (o “Metropolitano”), aplicable a las áreas urbanas y rurales de diferentes comunas que por sus relaciones se integran en una unidad urbana. Se materializa en un Plano, una Memoria explicativa y una Ordenanza. Lo elabora la Seremi de Vivienda y Urbanismo y existe un procedimiento al efecto (arts. 34 de la LGUC. y 2.1.8 de la OGUC.).

En el ámbito comunal, se confecciona un “Plan Regulador Comunal”, aplicable a los centros poblados de la Comuna. Se materializa básicamente en un Plano, una Memoria explicativa y una Ordenanza. Lo elabora la Municipalidad y existe un procedimiento al efecto (arts. 41 y sgts. de la LGUC. y 2.1.10 y sgts. de la OGUC.). Se dispone también qué Comunas y centros poblados deben contar con Plan Regulador Comunal).

Dentro de la Comuna puede establecerse uno o varios “Planes seccionales”, aplicables a una porción de la Comuna. Cada plan seccional se materializa en un Plano, una Memoria explicativa y una Ordenanza. Lo elabora la Municipalidad y existe un procedimiento al efecto (arts. 46 de la LGUC. y 2.1.14 y sgts. de la OGUC.).

El “límite urbano” (antes llamado “radio urbano”) es una línea imaginaria, curva, plana y cerrada que, dibujada en un plano (si hay plan comunal será en el Plano Comunal), define el límite de los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal (por cierto, es establecido considerando la realidad urbanística existente al tiempo de confeccionarse y sus proyecciones) (arts. 52 y sgts. de la LGUC. y 2.1.16 de la OGUC.).

Ciertamente, cada plan se adecua al del nivel superior; cada uno detalla al superior, dentro de su ámbito (art. 2.1.3 de la OGUC.).

2º. *El uso del suelo*. Actualmente la generalidad del territorio nacional tiene uso regulado (para estos efectos se incluye un concepto de uso en el art. 1.1.2 de la OGUC.); pero con normas diferenciadas para el uso en áreas urbanas y rurales.

a) *El uso del suelo urbano*. Tal como ya se insinuó, la regulación del uso del suelo urbano se establece en base a la zonificación (consignada en el Plan) más una lista legal taxativa de usos establecidos.

Así, se zonifica (es decir, el territorio comprendido en el Plan es dividido en zonas, cada una con su nombre) y a cada zona se asigna un uso (o varios usos) de entre los que la norma establece (el art. 1.1.2 de la OGUC. define lo que se entiende por zona).

De las zonas, hay algunas que más que creadas por el hombre (planificador), son “respetadas” por él, por diversas consideraciones (como las “zonas de protección natural”, “protección costera”, en el objetivo de preservación de la naturaleza a la que recién se hizo referencia; v. supra, Nº 57 ter).

Los usos establecidos son: residencial; equipamiento (que a su vez incluye usos científico, comercio, culto y cultura, deporte, educación, esparcimiento, salud, seguridad, servicios, social); actividades productivas; infraestructura; espacio público; área verde.

El uso residencial se entiende siempre admitido salvo que el respectivo instrumento de planificación territorial lo prohíba expresamente (art. 2.1.25 de la OGUC.).

A una zona se pueden asignar dos o más usos simultáneamente (por ej., industrial-residencial) (con lo que se amplían al propietario las alternativas específicas).

Si dentro del límite urbano hay predios que por su especial naturaleza y ubicación no son edificables “no podrán subdividirse y sólo se aceptará en ellos la instalación de actividades transitorias,

manteniéndose las características rústicas del predio” (art. 60 de la LGUC.).

Cuando se aprueba el Plan que distribuye el uso por zonas, las *construcciones* existentes en cierta zona y que contravienen el uso asignado a ella, se mantienen (se “congelan”, no se destruyen, salvo si se trata de ciertas “industrias” molestas o dañinas); no se pueden aumentar (ampliar) ni es posible ejecutar nuevas construcciones contra el uso asignado (aunque sí está admitido ejecutar obras conservativas y aun introducir mejoras a lo existente). En cuanto a las *actividades* que en esas construcciones se desarrollaban, si contravienen la asignación de uso contenida en el Plan, continúan, por el tiempo permitido según las habilitaciones vigentes (permisos, patentes, autorizaciones sanitarias, etc.), pero por influencia de estos y otros mecanismos administrativos, se va tendiendo a adecuar el uso específico al genérico dispuesto (por ej., no se renueva la patente del local). Y en el futuro, respecto de nuevas actividades, el predio sólo podrá ser destinado a un uso específico dentro del uso genérico asignado a la respectiva zona (arts. 57 y sgts. de la LGUC.).

Por cierto, la expropiación contribuye a consumir el uso planificado.

Puede observarse que el denominado “cambio de uso del suelo” como pretensión particular e inmediata de un propietario, en el medio urbano no es posible. La única posibilidad que un propietario tiene de lograr el cambio de uso de su predio es esperar a que se produzca un cambio en el Plan (por el cual el uso asignado a la zona en la que está su predio cambie al uso anhelado).

b) *El uso del suelo rural*. En el ámbito rural (fuera del límite urbano) se dispone una regla general: el predio rural tiene como destino genérico el uso rústico, es decir, agrícola, ganadero o forestal (dentro de ese uso genérico, el propietario decide el uso específico y, por cierto, puede cambiar libremente de agrícola a ganadero a forestal o viceversa) (art. 55 inc. 1º de la LGUC. y art. 1º del DL 3.516).

Ese uso genérico puede ser cambiado; como aquí no hay Plan, el cambio no puede referirse sino al que solicite el propietario respecto de su predio (a diferencia de lo que acontece —como se dijo— en el ámbito urbano). Y ese cambio está regulado. El cambio de uso está vinculado a la construcción. Mientras nada se construya, no se requiere autorización para cambiar el uso (por ej., de estarse desarrollando una actividad agrícola, ganadera o forestal, puede cambiarse a la extracción de áridos). Si se pretende edificar es necesario obtener la autorización para el cambio de uso (y esta autorización es previa a la que sigue siendo necesaria: la autorización de la DOM. para la respectiva edificación). Se requiere autorización de la Secretaría Regional Ministerial (Seremi) de Agricultura, cumplidos ciertos requisitos, entre ellos la presentación de un plano (arts. 55 y 56 de la LGUC. y reglas de la OGUC.). Con los informes favorables de ciertas otras instituciones, la Seremi emite una resolución autorizando el cambio de uso y certifica esa autorización en el plano. Con la resolución y el plano certificado, el propietario acude a la DOM. y solicita la autorización para edificar. Hay sí ciertas obras cuya ejecución no requiere del cambio de uso.

El cambio de uso puede ser parcial (para cierta superficie de un predio); y no se necesita dividirlo (no hay norma que imponga la división y no se ve fundamentalmente el cambio de uso con la división (en lotes no inferiores a 0,5 hectáreas). Como se verá, en esta situación se vinculan: cambio de uso, división y edificación. Aquí conviene formular dos advertencias: a) al ser dividido el predio en varios lotes, el cambio puede ser parcial, es decir, el propietario puede mantener el uso agrícola, ganadero o forestal para uno o más de los lotes; y b) la autorización para ambas (cambio de uso y división) es concedida por una sola autoridad (la Seremi de Agricultura). La Seremi expide una sola resolución, que incluye las dos autorizaciones, para el cambio de uso y

para la división, y certifica en el plano. Con la resolución y el plano certificado el propietario puede ir de inmediato (sin esperar a enajenar) al Conservador, quien subinscribe la resolución al margen de la inscripción de dominio, y resolución y plano son agregados al final del Registro de propiedad; y con copia de esos mismos instrumentos acude a la DOM. y solicita la autorización para edificar.

El cambio es del genérico inicial (agrícola, ganadero o forestal), a otro, de entre los genéricos que se establecen, también en lista legal taxativa (art. 55 de la LGUC.): construcciones industriales; equipamiento (con las mismas especificaciones del concepto ya designadas respecto del suelo urbano); turismo; poblaciones.

Desde entonces (desde aquel primer cambio), la autorización para cualquier nuevo cambio será de competencia de la Municipalidad respectiva (es decir, se procede como si fuera urbano) (arts. 55 y 56 de la LGUC. según interpretación formulada por algunos comités institucionales del área).

Cuando un predio rural obtiene cambio de uso (por ej., a industrial), en todo lo relativo a las normas reguladoras de ese nuevo uso queda sometido a la DOM. Pero eso no significa que cambie su calificación básica; sigue siendo predio rural (porque está ubicado fuera del límite urbano) y, por tanto, salvo norma expresa en contrario, queda sometido al estatuto de los predios rurales.

Debe tenerse presente que los planes reguladores (comunales, intercomunales y, evidentemente, regionales) pueden extenderse a sectores de suelo que estén ubicados fuera del límite urbano, asignándoles usos determinados, fundamentalmente de protección y riesgo y de uso rústico (por ej., "de interés silvoagropecuario") (arts. 30 y sgts. de la LGUC. y 2.1.5 y sgts. de la OGUC.). Estimamos que la circunstancia de que un predio ubicado fuera del límite urbano quede incluido en un Plan Regulador no lo convierte en predio urbano y, por tanto, no queda sometido a las normas de éstos;

sigue siendo rural. Es el límite urbano el que decide calificación y estatuto aplicable; por tanto, en cuanto a su (primer) cambio de uso ese predio queda sometido a las reglas mencionadas para el suelo rural.

Por otra parte, dentro del límite urbano puede haber predios rústicos. Esto implica afirmar que un predio puede ser al mismo tiempo urbano y rústico; es urbano, porque está ubicado dentro del límite urbano; y es rústico porque está destinado a uso agrícola, ganadero o forestal; ya se ha dicho (v. supra, N° 26) que aquí se está en presencia de dos clasificaciones, cada una con su propio factor: rústico y no rústico (en base a la función o rol); urbano y rural (en base a su ubicación geográfica respecto del límite urbano). Como el Plan Regulador asigna uso a todo el suelo urbano (y dentro de los usos no está el rústico), entonces, si un predio urbano en el hecho (en la realidad) está destinado a un uso rústico (está destinado a una actividad agrícola, ganadera o forestal), como está sometido a todas las normas del suelo urbano, mientras su dueño en nada innove, puede continuar destinándolo al uso agrícola, ganadero o forestal (y puede efectuar cambios dentro de las alternativas rústicas: de agrícola puede cambiarlo a ganadero, etc.); pero si quiere edificar, ha de someterse al uso que corresponde a la zona en que está ubicado, conforme al Plan.

3°. *La división predial.* No corresponde tratar aquí todo el proceso de partición de la comunidad (que es estudiado en la denominada partición de bienes hereditarios, en el capítulo de la sucesión por causa de muerte, donde el Código dispone normas que son de aplicación general a la partición de comunidades de otro origen, sin perjuicio de normas especiales para algunas, como las de la partición de gananciales de la sociedad conyugal). De lo que aquí se trata es de las restricciones que se imponen, precisamente, a la división del *suelo*, sea que se produzca porque un predio se va a distribuir entre sus varios comuneros o que un único titular va a dividir

su predio para enajenarlo por partes. Y, tratándose de una comunidad, sea que los comuneros han llegado a serlo por sucesión por causa de muerte, por disolución de una sociedad conyugal, por disolución de una sociedad civil o comercial, o porque lo adquirieron en común por compra, donación, etc.

En su gran mayoría, las normas reguladoras de la división del suelo son las mismas, sea que se trate de división de un predio que se tiene en comunidad o de división de un predio de un solo propietario.

Los términos "división", "subdivisión" y "loteo" suelen usarse indistintamente (en el lenguaje corriente, y aun legal, el término "loteo" ha conquistado en buena medida la preferencia en las divisiones para fin habitacional).

La regulación de la división es concebible aun sin planificación pero, donde existe, la regulación divisoria es influenciada por ella; entre nosotros, así acontece en el medio urbano; en el rural, la regulación de la división está determinada principalmente por la categoría físico-ambiental del suelo y por diversos otros factores. En los dos ámbitos surge, como particular punto de controversia, el de la *superficie mínima* permitida.

Como ya se ha sugerido, se imponen restricciones diferenciadas según se trate de suelo urbano o rural.

a) *La división del suelo urbano.* En el suelo urbano las consideraciones se refieren al racional desarrollo de las ciudades, que incluyan apropiados espacios para la vivienda, el comercio, la industria, el equipamiento, el esparcimiento y el contacto con la naturaleza.

Desde mucho tiempo en el país se han ido dictando normas reguladoras de la división predial. Actualmente, se consignan en la LGUC., con el complemento de la OGUC. (deben tenerse en cuenta también: la ley 16.741 sobre Poblaciones en situación irregular y el DL. 2.695 sobre saneamiento de títulos de la pequeña propiedad, respecto de los cuales se volverá más adelante).

En el medio urbano la división está vinculada al uso del predio y a una de sus características, su urbanización. Es fácil percibirse de la justificación de estas vinculaciones. Al uso, porque el destino del predio impone la necesidad de ciertas superficies que permiten lograr satisfactoriamente la finalidad proyectada. A la urbanización, porque al aumentar los predios (con menor tamaño) aumentan las posibilidades de mayor densidad poblacional, con la secuela de dificultades que trae consigo, y entonces la urbanización contribuye a mejorar la calidad de vida que la congestión tiende a deteriorar (el concepto de "urbanizar" se obtiene relacionando los arts. 134 de la LGUC y 1.1.2 de la OGUC.).

Con la constatación de que el uso y la urbanización influyen en la regulación de la división, procede referirse a la superficie mínima de los lotes producto de una división. Nuestros textos (como acontece en la generalidad de las legislaciones en este punto) han optado por evitar la imposición de una superficie mínima a la autoridad local, con la instrucción de mantenerla vinculada a aquellos dos factores. Así, se ha dispuesto que toda subdivisión debe ajustarse al Plan Regulador respectivo (especialmente a su Ordenanza, art. 71 de la LGUC.). En la Ordenanza de cada Plan Regulador se fija la superficie mínima que ha de tener cada lote de una división; y esa superficie mínima es fijada para cada zona de uso establecido en el Plan.

Con estos antecedentes, para dividir un predio urbano es necesario obtener autorización de la DOM. respectiva (que se materializa en una resolución y una constancia en el plano al que se hará referencia pronto, suscritas por el Director de Obras Municipales).

Para obtenerla, las exigencias están diferenciadas.

—*División de predios urbanizados.* Han de tenerse por predios urbanizados aquellos cuya urbanización sea declarada *suficiente* por la DOM. Entonces, el propieta-

rio que estima que su predio está en esas condiciones solicita la declaración de suficiencia. Si la DOM. así la considera emite una resolución declarando suficiente la urbanización (es conveniente conducir esa resolución al Conservador pidiéndole que de ella tome nota al margen de la inscripción de dominio, y la agregue al final del Registro). Declarada suficiente la urbanización, debe presentarse a la DOM. una solicitud con un plano (y otras especificaciones (arts. 65 de la LGUC. y 3.1.2 de la OGUC.)). La DOM. emite una resolución autorizando la división y certifica en el plano esa circunstancia. Resolución y plano son presentados al Conservador de Bienes Raíces; el Conservador subinscribe la resolución al margen de la inscripción de dominio y ambos instrumentos son agregados al final del Registro de Propiedad (arts. 3.4.1 y siguientes OGUC.). Ahora (el predio está dividido) el dueño tiene "varios predios" (y puede enajenar cada uno).

—*División de predios no urbanizados.* Para subdividirlos es necesario urbanizarlos. Aquí es destacable el art. 136 de la LGUC. que impide, con una gran amplitud, la celebración de actos y contratos que constituyen títulos traslativos de dominio (y aun otros que se les asemejan) sobre partes de predios, mientras no se cumplan las exigencias de urbanización y las autorizaciones que dispone, sea que la parcialidad enajenativa se refiera a lotes deslindados o a cuotas del predio (porque, entre otros actos, impide expresamente la "formación de comunidades").

Para obtener la autorización de división debe presentarse un proyecto de urbanización (que incluye, por cierto, un plano). Ahora vemos que, más concretamente, la división está vinculada precisamente al proyecto de urbanización. Y las características de la urbanización van a depender de las características y cantidad de los lotes que se pretende formar, y del uso que le corresponda al predio según la zona en que esté ubicado (arts. 134 y sgts. de la LGUC.). En suma, tratándose de predios no urbanizados el proyecto

incluirá, integradamente, la urbanización y el diseño del loteo (como es explicable, las actividades no se han concebido separadamente: primero proyectar y ejecutar la urbanización y después proyectar y efectuar la división).

Aprobado el proyecto, se pueden iniciar las obras de urbanización. Ejecutadas las obras, la DOM. procede a su "recepción" y emite dos resoluciones: en una recibe las obras (trámite que cumple la función de controlar la coincidencia entre lo proyectado y lo ejecutado); en la otra autoriza la división y certifica en el plano esa circunstancia. Resolución y plano son presentados al Conservador de Bienes Raíces; el Conservador subinscribe la resolución al margen de la inscripción de dominio y ambos instrumentos son agregados al final del Registro de Propiedad (art. 136 de la LGUC.). Ahora (el predio está dividido) el dueño tiene "varios predios" (y puede enajenar cada uno).

Se contempla también la "garantía de la urbanización". Es posible obtener autorización para enajenar lotes sin que el predio esté urbanizado si se garantiza la posterior ejecución de las obras (arts. 129 a 136 de la LGUC.). Es fácil percibir la utilidad de esta alternativa, que ayuda al propietario en el financiamiento de las obras; por lo mismo, en la práctica es frecuentemente utilizada.

Reconociéndose realidades, se han destinado normas para divisiones que —de hecho— se han efectuado en terrenos no urbanizados, sin cumplir la exigencia previa de urbanizar (y sin garantizar la ejecución de las obras) (art. 65, c. de la LGUC.). En definitiva, la LGUC. constata la situación y dispone que las obras deben ejecutarse. Como novedad, agrega que el "proceso enajenativo" no se podrá efectuar mientras no se ejecuten las obras. Deben tenerse presente además dos textos represores, que inducen poderosamente a evitar que la situación se produzca: el art. 138 de la LGUC., que tipifica un delito para quienes de hecho dividan y enajenen sin urbanizar; y la ley 16.741 (llamada de "Poblaciones en situación

irregular", también conocida popularmente como la ley de "loteos brujos"), que asimismo establece un delito (art. 70).

Se impide a los Conservadores inscribir toda transferencia o adjudicación de terrenos sin un certificado de la DOM. que acredite el cumplimiento de las normas sobre urbanización (art. 136 de la LGUC.).

b) *La división del suelo rural.* En el suelo rural los factores considerados se refieren a la productividad agropecuaria, y es tema polémico y complejo el determinar la extensión mínima aceptable bajo la cual no debiera ser posible subdividir. Se han llegado a diseñar "unidades" métricas variables, que son aplicadas a las distintas regiones de un país según las características productivas de su suelo.

El concepto de "minifundio", extensión de suelo que, como unidad aislada, resulta antieconómico explotar, surge en el debate como elemento destacable (aunque el progreso tecnológico, que amplía las posibilidades del cultivo intensivo, ha ido alterando antiguas medidas mínimas de rentabilidad).

En Chile, desde muchas décadas se han ido dictando normas legales que imponen restricción. Actualmente el texto fundamental es el DL. 3.516. Es posible dividir un predio en lotes de hasta media hectárea física como superficie mínima, norma que puede calificarse de bastante (y tal vez excesivamente) generosa (art. 1º del DL. 3.516).

El texto legal declara que en lotes iguales o superiores a 0,5 hectárea se puede dividir "libremente", pero luego se imponen exigencias formales que conducen a concluir que ese adverbio debe ser matizado (aquella proclamada libertad no es tan absoluta). Se puede dividir libremente en el sentido de que no es necesario cumplir requisitos substantivos (pedir autorización, con demostración de causa justificante); siendo los lotes resultantes iguales o superiores a 0,5 hectárea no hay discrecionalidad en la autoridad; hay requisitos formales (objetivos), que la autoridad sólo constata como cumplidos; y

entonces debe emitir la certificación respectiva.

Decidido a dividir su predio, el dueño debe solicitar al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) (o a la DOM. en ciertas especiales situaciones) una "certificación" de que los lotes formados tienen una superficie igual o superior a aquel mínimo, acompañando un plano que grafique los lotes, con ciertas características, y varios otros documentos. El SAG (o la DOM. en su caso) emite una resolución certificando aquella circunstancia y hace otro tanto en el plano. Resolución y plano son presentados al Conservador de Bienes Raíces; el Conservador subinscribe la resolución al margen de la inscripción de dominio y ambos instrumentos son agregados al final del Registro de Propiedad (mientras no se presente al Conservador, en el Registro el predio sigue como uno solo). Ahora (el predio está dividido) el dueño tiene "varios predios" (y puede enajenar cada uno).

El texto dispone que cada lote está sujeto a la prohibición de cambiar su destino (art. 1º del DL. 3.516) (porque un "cambio de uso" debe ser solicitado y autorizado, como ya se dijo) (arts. 55 y 56 de la LGUC). Al tiempo de transferirse cada lote, deben presentarse al Notario copias de aquellos mismos instrumentos; y en la escritura debe expresarse la prohibición (que en todo caso es legal), bajo consecuencia de nulidad absoluta (art. 1º del DL. 3.516).

Nótese que los predios que durante el imperio del texto actual nunca se han dividido, si bien igualmente no pueden cambiar de uso salvo que lo pidan y obtengan (como ya se dijo), no tienen sin embargo la prohibición (legal) expresa y, por lo mismo, ninguna en sus títulos (salvo que el dueño la hubiere pactado con alguien). Desde la dictación del DL. 3.516 el predio que se divide recibe la mencionada prohibición (legal) expresa (y que además queda estampada en la escritura con que se inicia la enajenación).

En ciertas circunstancias está permitida la división en lotes de superficie inferior a 0,5 hectárea.

La división de predios (rurales y urbanos), origina nuevos roles de avalúos (para los lotes resultantes), asignados por el Servicio de Impuestos Internos a petición del propietario.

Se impide a los Notarios autorizar escrituras públicas de enajenación que no se ajusten a las exigencias establecidas, y a los Conservadores inscribir tales escrituras (DL. 3.516).

4º. *La edificación.* Luego de la intensa regulación precedente, todavía se añaden restricciones al dominio en la actividad constructiva (las justificaciones son, en general, las mismas que se han venido mencionando para las actividades precedentes).

Toda edificación, urbana o rural, debe ser autorizada por la DOM. respectiva (título III de la LGUC. y OGUC.); y requiere siempre de urbanización, sea el predio urbano o rural (sólo que varían las exigencias) (art. 116 de la LGUC. y OGUC.).

La DOM. fija las características de la urbanización requerida según la edificación de que se trate. Tratándose de predios rústicos, cuando hay cambio de uso de suelo, como ahí se presenta un anteproyecto de construcción y la división es autorizada por la Seremi de Agricultura, esa resolución fija las condiciones mínimas de urbanización que la DOM. más tarde sólo detalla.

Dispuesto a edificar, el propietario pide a la DOM. que emita un "certificado de informaciones previas" (art. 116 de la LGUC.). Con tal información, pide a la DOM. un "permiso de construcción", adjuntando los antecedentes propios del anteproyecto de que se trate. La DOM. tiene un plazo de 30 días para pronunciarse. Concedido el permiso puede iniciarse la edificación. Deberá ajustarse a los planos, especificaciones y demás antecedentes aprobados por la DOM. en el permiso (toda modificación debe ser autorizada). Ejecutadas las obras, la DOM. procede a su "recepción", y si las estima ajustadas al proyecto aprobado, emite el "certificado de recepción municipal" (arts. 142 de la LGUC. y 3.4.1. de

la OGUC.) (si se trata de copropiedad inmobiliaria, se debe obtener además el certificado que acoge el inmueble a ese régimen y señala las unidades enajenables dentro del condominio, conforme al art. 10 de la ley 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria).

Además, se disponen normas para: zonas de remodelación; zonas de construcción obligatoria; demolición de obras ejecutadas en contravención a la normativa vigente; terminación de construcciones inconclusas; y reparación de construcciones mal conservadas (arts. 72 y sgts. y 148 y sgts. de la LGUC.).

En la obtención de las diversas autorizaciones mencionadas y en la aplicación de sanciones por supuestas infracciones, suelen presentarse dificultades (especialmente de interpretación de textos y de calificación de obras ya ejecutadas o que se pretende acometer) que en ocasiones han motivado recursos de protección.

Finalmente, téngase en cuenta que las normas reguladoras de estas actividades (planificación, uso, división y edificación), están influenciadas directamente por la realidad económica y demográfica; como ésta va cambiando, aquéllas tienen una limitada permanencia; cada cierto tiempo han de irse modificando (v. además, supra, Nº 26).

En cuanto al subsuelo, se tratará pronto (v. infra, Nº 63).

58. Las llamadas formas de propiedad.

La concepción tradicional del dominio se ha caracterizado no sólo por imponer escasas restricciones a la propiedad, sino también por ostentar una regulación uniforme, con normas aplicables a la generalidad de los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, abundancia o calidad.

La insistencia en el beneficio común ha ido quedando reflejada en la legislación y fueron apareciendo preceptos legales modificatorios a las reglas comunes que justamente iban destinados a una determinada categoría de bienes. Las diferencias derivan, precisamente, de la distinta *función o rol* (principalmente eco-

nómico) que corresponde a las varias clases de bienes.

En un comienzo, esas normas diferenciadas eran escasas y no alcanzaban a constituir un estatuto relativamente completo. Entonces, la propiedad continuaba una sola, con algunas reglas especiales para cuando el objeto del dominio era una habitación, un predio rústico, una mina, el producto del talento, etc. Pero con el tiempo fueron aumentando tales disposiciones especiales, al punto de llegar a constituir un verdadero estatuto particular, regulador de todos los aspectos fundamentales de la materia, rigiendo las normas comunes tan sólo de manera suplementoria. Paralelamente, la actividad doctrinaria desarrolla principios y sistematiza normas, y luego comienza a hacer referencia a una nueva "forma de propiedad"; se han ido configurando así las denominadas propiedad agraria, minera, intelectual, etc.

Como estas distintas formas de propiedad se van delineando paulatinamente, son pocas las características comunes que pueden detectarse, ya que no todas se encuentran en un mismo estado de desenvolvimiento normativo, doctrinario y jurisprudencial. Puede sí afirmarse que, estando los nuevos estatutos motivados, fundamentalmente, por la particular *naturaleza y función del objeto* regulado, esos criterios deben considerarse también como un elemento importante en la *interpretación e integración* de los preceptos legales y de las negociaciones que sobre la materia pacten los particulares.

59. Caracteres. Desde mucho tiempo la doctrina tiene asignados al derecho de dominio estos caracteres: real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Pero, como se verá, deben ser matizados.

a) *Real.* Es el derecho real por excelencia; empleando los términos del Código, se ejerce sobre una cosa sin respecto de determinada persona (arts. 577 y 582; v. supra, Nº 17).

b) *Absoluto.* Confiere al titular la posibilidad de ejercitar sobre el objeto las más

amplias facultades, de manera soberana, ilimitada e independiente. Siguiendo las codificaciones de la época, el Código establece este carácter absoluto expresando que su derecho lo ejercita "arbitrariamente" (v. supra, Nº 52).

Esta es la característica que ha sido principalmente alterada en los términos que se han reseñado, introduciéndosele restricciones de variada naturaleza y magnitud, a través de la genérica y ya referida expresión "función social". Pero nuestro texto soporta esta masiva incursión casi sin resentirse porque a aquella arbitrariedad añadió de inmediato dos fronteras (la ley y el derecho ajeno) cuyas naturales moviidades dejan a ese arbitrio en un estado muy susceptible de ser modelado, con lo que el concepto del dominio queda bastante flexible; y, por lo mismo, dejan adaptable la fórmula empleada para definirlo y, entonces, con bastante capacidad de sobrevivencia (v. supra, Nº 52).

Considerando esas restricciones ya integradas al concepto de propiedad, suele reemplazarse el nombre de esta característica por el de "generalidad" del dominio, en cuanto el propietario puede obtener toda utilidad o provecho que la cosa puede proporcionar sin necesidad de texto o autorización especial, salvo las restricciones legales y las limitaciones derivadas de otros derechos reales sobre la misma cosa; y se le agrega que es un derecho "independiente", en cuanto no presupone la existencia de otro derecho real. Estos rasgos destacan al contrastar el dominio con otros derechos reales que carecen de aquella generalidad, otorgan sólo algunas facultades especiales (como la de uso, o las de uso y goce), y son, además, dependientes, pues presuponen la existencia de un dominio radicado en otro sujeto.

c) *Exclusivo*: Se radica en un solo titular, y no puede haber dos o más propietarios, independientes uno del otro, sobre una misma cosa con iguales poderes sobre ella. Las actividades de demarcación y cerramiento son manifestaciones

de la exclusividad del dominio (arts. 842 y 844; v. también arts. 876, 878, 942) (para la trascendencia fundamental que la exclusividad tiene en la noción misma de propiedad, v. supra, Nº 14, final, nota).

Una importante forma de concreción de esta característica es la llamada facultad de excluir; consiste en el poder o prerrogativa que tiene el dueño de impedir a los demás el uso o goce o disposición de la cosa de que es propietario. Como puede verse, esta es una forma ostensible de hacer valer el dominio en la vida diaria; fundado en la sola situación de ser dueño, puede impedir que cualquier otra persona penetre en el objeto, se instale en él, lo gobierne (o tan sólo lo toque, con su cuerpo o con un objeto conducido por él; sólo que en la realidad las invasiones mínimas, a veces producto del congestionamiento humano, deben ser calificadas con prudencia). Por cierto, comprende intromisiones jurídicas y materiales, pero es en éstas en donde conviene tenerla presente en cuanto terceros pueden vincularse a la cosa ajena, por descuido o aun porque pretenden que es admisible por la circunstancia de que no la están dañando.

Deben destacarse importantes *excepciones*, que desde mucho tiempo se han venido elaborando:

1º. *El derecho de uso inocho*. Es el que se tiene en la cosa de otro para obtener un provecho sin causar al dueño perjuicio alguno o causándolo en medida insignificante (para una actividad específica, v. el art. 620). Hay Códigos que lo establecen expresamente. En todo caso, su ejercicio requiere de específico control y prudencia.

2º. *El derecho de acceso forzoso (o coactivo)*. Es el que se le reconoce al dueño o administrador de una cosa para entrar, transitoriamente, a una propiedad ajena, a ejecutar algún acto relativo a la utilización de aquel objeto (por ej., para recoger frutos caídos en un predio vecino, para reparar un muro, etc.). En Chile hay textos aislados a este respecto (por ej., arts. 620 y 943 del CC.).

3º. *El principio del mal menor*. En su virtud, cualquier persona puede aprovecharse de una cosa ajena para salvar una cosa o un bien jurídico de mayor valor que el daño que pueda causar, ante un peligro inminente (v. un ejemplo en el art. 36 inc. final de la ley de copropiedad inmobiliaria).

Estas proposiciones se vinculan estrechamente a la noción de función social del dominio; en definitiva, constituyen algunas aplicaciones concretas y, por cierto, contribuyen a conferir la verdadera dimensión del derecho de propiedad. Por otra parte, en su funcionamiento práctico requieren de criterio prudente y firme control.

d) *Perpetuo*. Significa que el dominio sobre una cosa persiste mientras subsiste la cosa. No se extingue por el solo transcurso del tiempo o por el no ejercicio del derecho; por lo mismo, se tiene concluyendo que su acción protectora, la reivindicatoria, no se extingue por el solo transcurso del tiempo. Mediante tiempo pueden perderse cuando un tercero posee la cosa y llega a ganarla por prescripción (adquisitiva), teniendo lugar lo dispuesto en el art. 2517: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho". Debe tenerse presente, además, lo dispuesto en la Constitución (art. 19, Nº 24, inc. 3º, que permite la privación del dominio sólo mediante expropiación, con la respectiva indemnización) (v. también los párrafos sobre: extinción del dominio, infra, Nº 65 bis, y prescripción de la acción reivindicatoria, con una discusión, infra, Nº 268).

Los ordenamientos jurídicos suelen contemplar situaciones de dominio sin perpetuidad o, al menos, sin perpetuidad cierta; dicha esta última posibilidad en sentido inverso, con eventual terminación, que implica un dominio temporal. Se trata de un dominio revocable. Conviene distinguir la *revocación* de otro género de causales de extinción del dominio (que se verán más adelante, infra, Nº 65 bis). La revocación se produce por una causal

intrínseca que, como germen interno, puede llegar a provocar su extinción; en tanto, se reservan para ser tratadas como causales de extinción del dominio, las varias circunstancias que, como agentes externos, lo extinguen. El dominio es revocable cuando se asume su eventual extinción y, por lo mismo, que carece de su vocación de perpetuidad. Las otras causas lo destruyen no obstante aquella vocación de perpetuidad; naturalmente perpetuo (tenido por perpetuo), sin embargo lo extinguen. Entre nosotros, la situación más típica de dominio revocable es la propiedad fiduciaria (art. 733; se verá más adelante); en la expropiación es conocida la llamada "retrocesión", que también implica una eventual excepción a esta característica del dominio (este carácter evoca la sucesión por causa de muerte, que se presenta como un medio para en cierto modo extender, si es posible, la perpetuidad del dominio más allá de la vida del titular).

e) *Abstracción y elasticidad*. En la doctrina moderna se han ido planteando estas dos características del dominio, que explican mejor diversas situaciones concretas. Es abstracto en el sentido de que el poder del titular es independiente de (está sobre) las facultades que integran su contenido; de ahí que, aunque una facultad, incluso esencial, se (aparentemente) extraiga, el dominio permanece sin desnaturalizarse. Incluso, se ha estimado que la facultad queda potencialmente dentro del derecho, más bien está inhibida y es sólo el ejercicio de la facultad lo que ha pasado a otro o, sin pasar a otro, el titular queda inhibido (así ocurre, respectivamente, en el usufructo y en la convención de no enajenar). Relacionada con esa característica está la otra, la elasticidad; a partir de su básica vocación de plenitud, el poder tiene la virtud de contraerse y expandirse; al concurrir otros derechos reales de inferior jerarquía, se contrae, para expandirse (automáticamente) en cuanto cesa ese derecho que lo comprimía; este carácter explica la situación que se produce, por ej., en el



usufructo: cuando el usufructo se extingue, el dominio se expande de inmediato, recupera su plenitud, sin necesidad de un nuevo acto (restitutorio).

60. Atributos (o facultades). Uso, goce (el entorno), disposición (las zonas fronterizas). Esa concepción del dominio como suma de prerrogativas individualizables, asigna al propietario estas tres facultades (llamadas también "atributos") fundamentales: uso, goce y disposición del objeto de su dominio. Para efectos constitucionales, pueden ser consideradas "esenciales"; y estimamos que (para los mismos efectos) a ellas ha de agregarse: la reivindicabilidad, la facultad de administración y el que formalmente es el más notorio y típico de sus caracteres, la exclusividad (v., para esta última, supra, N° 14, final, nota; y, para el contenido esencial en general, v. N° 57 bis).

a) La *facultad de uso* (*jus utendi*) significa que el propietario puede utilizar o servirse de la cosa. El Código (como su modelo francés), no menciona separadamente este atributo, lo que ha conducido a entender que lo incluye en la facultad de goce. Así aparece también en las definiciones de usufructo (art. 764) y arrendamiento (art. 1915), en que la facultad de uso es evidente; con más evidencia aún aparece en la definición del derecho real de uso (art. 811). La refiere especialmente, sí, en otras disposiciones (por ej., en los arts. 575, 1946, 1916, 2174, 2220). Pero es claro que se trata de dos facultades distintas (aunque en la realidad es difícil que el goce concorra sin el uso); y hay preceptos que se refieren a ambas separadamente (arts. 592, 595, 598, 602). Por otra parte, si la cosa se extingue por el primer uso (objetivamente, como un alimento, o para el titular, como el dinero) el uso pasa a convertirse en consumo.

b) La *facultad de goce* (*jus fruendi*) significa que el dueño puede beneficiarse con los frutos y productos de la cosa. No obstante que el art. 643 los llama productos, la doctrina siempre ha distinguido

los productos de los frutos. Estos últimos son los que la cosa da periódicamente, ayudada o no de la industria humana y sin detrimento de la cosa fructuaria; el producto carece de periodicidad y disminuye la cosa (es claro, por lo mismo, el art. 537).

Con lo anterior no resulta justificado recurrir a la accesión —como lo hace el Código (arts. 643 y sgts.)— para conferir al propietario de una cosa los frutos y productos de ella; pertenecen al dueño por la mencionada facultad de goce (v. infra, N° 81 y sgts.; v. además, el usufructo, infra, N° 228 y sgts.).

Incluida en esta facultad, en las últimas décadas se ha desenvuelto la característica del *entorno*.

Ante el intenso desenvolvimiento de la protección ambiental, junto al estímulo de situaciones concretas, se postula que las características ambientales que rodean al objeto (señaladamente al inmueble) integran también el derecho de dominio y quedan, por tanto, también protegidas, como los atributos.

1°. Estimamos que no alcanza a erigirse en un atributo del derecho; si se llega a calificar de atributo, por regla general no ha de considerarse esencial; se trata más bien de características del objeto que, en consecuencia, quedan cubiertas por la protección que a él se le prodigan.

2°. Entonces, al igual que las partes integrantes de la cosa sobre la que recae el derecho, ese entorno en principio queda intangible ante intentos de alteraciones por la autoridad o por terceros. Decimos "en principio" porque, al igual que el objeto propiamente, puede ser alterado en ciertas circunstancias y con determinadas exigencias; esas características de entorno no podrían quedar más protegidas que la cosa misma. Además, esa intangibilidad debe evaluarse frente a otros factores y, sobre todo, debe cotejarse con las necesidades de modificación física del entorno motivadas por interés de la comunidad (que se incluyen en la función social del dominio); de no ser así, la intangibilidad absoluta del entorno, debido

a que es parte del dominio privado, traería consigo la —insostenible— paralización (o congelamiento) general del ambiente del país y, eventualmente, del planeta, al menos en las zonas en que está distribuido en propiedad privada. Debe considerarse asimismo el derecho de los demás propietarios privados cuyos respectivos derechos de dominio deben ser también respetados. Entonces, las dificultades se conectan con las "relaciones de vecindad" (v. infra, N° 64).

3°. Como resultado de la evaluación comparativa podrá concluirse si ese entorno merece ser protegido o debe renunciar a la alteración.

Para esos efectos, pueden considerarse los siguientes elementos de juicio: a) No todas las características del entorno no han de quedar protegidas. Nótese que se pretende que quedan incluidas en el atributo del goce o disfrute; luego, ha de tratarse de características positivas, beneficiosas para el predio. Y esta calificación, efectuada por el tribunal, debe resultar de una apreciación objetiva, en lugar de obedecer a la pretensión proveniente del propietario (que frecuentemente estará impulsado a la intangibilidad por varias motivaciones y no sólo por un objetivo beneficio). En estas condiciones, quedarían fuera de la protección las características objetivamente perjudiciales y aun las inocuas. b) Por otra parte, para concluir si la alteración de la que se está quejando un propietario merece o no protección, debe confrontarse también con la situación del resto de los vecinos, por que pudiere ocurrir que cierta característica del entorno, que para el quejoso es beneficiosa, para ellos es perjudicial. En tales situaciones, la relatividad de los derechos y los principios y reglas sobre las relaciones de vecindad deben también ser considerados. c) Por último, debe asimilarse no averiguarse si, al adquirirse el objeto, tenía ya incorporada, legítima y definitivamente, la característica que ahora se altera.

Entre nosotros hay algunos precedentes jurisprudenciales.

c) La *facultad de abuso o disposición* (*jus abutendi*) deriva de su carácter absoluto. Significa que el dueño puede disponer de la cosa según su voluntad y arbitrariamente. Pero las limitaciones de la ley y del derecho ajeno surgen aquí en toda su fuerza y controversia, como ya se ha referido.

En esta facultad de disposición pueden distinguirse dos categorías:

— El dueño puede disponer *materialmente* de la cosa, modificándola, destruyéndola. Pero deben tenerse presente las limitaciones contenidas en la legislación protectora de obras de arte y monumentos históricos, y de la naturaleza (ya mencionadas en supra, N° 57 bis); también leyes económicas impiden una destrucción caprichosa de artículos de consumo esencial (por ej., alimentos).

— El dueño puede disponer *jurídicamente* de la cosa, celebrando negociaciones con terceros respecto de ella: dándola en arriendo, comodato, gravándola con prendas, hipotecas u otras cargas y, en fin, transfiriéndola (v. además, lo dicho sobre la disposición *mortis causa* al tratar el carácter perpetuo del dominio en N° 59, y lo que se dirá sobre la extinción del dominio, especialmente sobre el abandono, en infra, N° 65 bis).

Las zonas fronterizas. Es frecuente en las legislaciones la imposición de restricciones para la negociación inmobiliaria en las denominadas zonas fronterizas y, específicamente, para conferir derechos reales o personales (disponer, en un sentido amplio), a extranjeros o, al menos, a nacionales de países limítrofes y a los Estados limítrofes mismos. Entre nosotros hay varias importantes (y se agregan algunas para zonas costeras). Por cierto, son dictadas por razones de seguridad nacional (v. el art. 57 del CC.).

61. Estipulación limitativa de la facultad de disposición. Es la convención por la que el propietario de un objeto se obliga a no disponer de él. Recordando las categorías de disposición, teóricamente puede referirse a no disponer material o

jurídicamente. La estipulación de no disponer materialmente no presenta mayor dificultad y, al menos entre nosotros, no es frecuente. La de no disponer jurídica-mente, no enajenar, es más aplicada y presenta conflicto.

La doctrina ha mantenido discusión acerca de la validez de esta estipulación. En síntesis, los planteamientos antagónicos son los siguientes. Por una parte, se estima que la facultad de disposición en último término garantiza la libre circulación de la riqueza y la libertad de comercio, de modo que el establecimiento de trabas a la disposición podría significar una alteración substancial al sistema económico, que podría adquirir caracteres verdaderamente feudales; así, hay un interés público comprometido en mantener en los propietarios la libertad de disponer de los objetos de su dominio. En contra, se opta por la libertad de los particulares de contratar los convenios que estimen y, entre ellos, la de limitar la mencionada facultad dispositiva.

En el Derecho chileno, en algunas materias específicas se prohíbe la estipulación de no enajenar (arts. 1126, 1964, 2031, 2415) y en otras se permite (arts. 751, 793, 1432). Y no existe una norma que en términos expresos y generales se pronuncie al respecto, circunstancia que posibilita también aquí la discusión para las materias restantes. En síntesis, el problema se ha debatido en los siguientes términos.

a) Se ha sostenido la validez de estas estipulaciones, con los siguientes fundamentos: 1º. No hay una prohibición expresa general de estos pactos, y es principio generalmente aceptado el que Derecho privado se puede efectuar todo lo que no está expresamente prohibido por la ley. 2º. Hay ocasiones en que la ley prohíbe expresamente esta cláusula, de donde se desprende que por lo general es posible convenirla. 3º. Si el propietario puede desprenderse del uso, goce y disposición, caso en el que enajena la cosa, más bien podría desprenderse de sólo esta última facultad. 4º. Por último,

el Reglamento del Registro Conservatorio permite precisamente inscribir, en el Registro correspondiente, "todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea *convencional*, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar" (art. 53, N° 3).

b) En contra, han sido rechazadas, estimándolas nulas, porque: 1º. Atentarían en contra de la libre circulación de la riqueza. Esta libre circulación y, por consiguiente, la proscripción de trabas propias de la época feudal, establecida en diferentes disposiciones del Código y en el Mensaje, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y puede tenerse como una norma de orden público. 2º. Si en determinadas situaciones las cláusulas de no enajenar están expresamente permitidas, de allí se desprende que generalmente no se tienen por válidas. 3º. El art. 1810, dando a entender también que sólo la ley puede prohibir enajenar, dispone que pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida *por ley*. 4º. En cuanto a la disposición del art. 53 del Regl. (citado), como se trata de una norma reglamentaria no puede dársele eficacia en lo que no se acomode a la ley y, rechazándose estas cláusulas por la ley (el Código), el Reglamento no podría establecerlas (pero se ha sostenido que habiéndose dictado el Reglamento en virtud de una disposición del Código, el art. 695 tendría fuerza de ley). En esta posición, las convenciones de no enajenar adolecerían de nulidad absoluta por falta o ilicitud del objeto (arts. 10, 1461, 1466 y 1682).

c) Finalmente, ha sido aceptada la validez en términos relativos; si se establecen por un tiempo no prolongado y existe una justificación. Se aduce para este efecto la norma del art. 1126 *a contrario sensu* (a la que se confiere una aplicación general).

Esta última parece ser la solución más aceptable. Con ella quedaría desvirtuado el argumento del atentado al principio de la libre circulación de los bienes que,

por su naturaleza general (y no de un mero particularismo dispositivo), parecería ser la razón más contundente para negar validez a estos pactos. En esta misma dirección, la jurisprudencia tiende a aceptar la validez de la estipulación por tiempo determinado y prudente, y con justificado motivo. En alguna ocasión también se ha rechazado.

En cuanto al contenido de la estipulación, impone una obligación de no hacer (no celebrar acto enajenativo). Supuesta su validez, si el deudor la infringe, es decir, enajena el bien de que se trata, sería aplicable el art. 1555 (en lo concerniente a la inscripción de la prohibición cuando recae sobre inmuebles y los efectos de esa inscripción, v. infra, N° 128, final).

62. Algunas clasificaciones

— En base a su titularidad, la propiedad puede ser individual, asociativa o colectiva, según el propietario sea un particular, un grupo de individuos (foramando generalmente una persona jurídica, como es el caso de las cooperativas) o el Estado.

— Desde el punto de vista de la naturaleza del objeto sobre el que el dominio recae, puede ser propiedad civil o común, agraria, urbana, intelectual, minera, horizontal, etc.

— En cuanto a la integridad de facultades del derecho de propiedad, puede haber propiedad *plena* o *nuda*. La primera está provista de los atributos ya mencionados de uso, goce y disposición; la segunda contiene sólo el derecho de disposición jurídica del objeto en el que recae, perteneciendo a otro las facultades de uso y goce, configurándose en éste un derecho de usufructo (art. 582, inc. 2ª).

— En cuanto a su duración, se distingue entre propiedad *absoluta*, que no está sometida a duración o término, y *fiduciaria*, que está sometida al evento de trasarse a otro si se cumple una condición (art. 733).

63. Extensión material. El subsuelo.

Para cuando el dominio recae sobre co-

sas corporales, resulta necesario formular algunos alcances sobre los límites hasta los que se extiende físicamente la propiedad.

Traándose de bienes muebles, los contornos materiales de la cosa constituyen su límite. La dificultad la ofrecen los fluidos (como el agua y otros líquidos, los gases), en cuanto se necesita proceder a su individualización como cosa, con el auxilio de elementos externos, como un recipiente en que se contengan o una medida técnica (como el "gasto" respecto del agua). Individualizados así estos bienes, allí quedarán igualmente establecidos los límites de su dominio.

Es en los inmuebles donde hacen falta mayores precisiones.

En el *plano horizontal*, los deslindes establecen la extensión de cada propiedad; y si ellos no están claros, se recurre a la operación de "demarcación", la que se puede complementar con la de "cerramiento" (arts. 842 y sgts., que se tratarán en el capítulo de las servidumbres; las dificultades que suelen surgir en la individualización de los predios serán consideradas al tratar la acción reivindicatoria, infra, N° 264; v. también lo dicho en N° 25).

En el *plano vertical* se plantean dificultades, que se traducen en la extensión del dominio hacia el subsuelo y hacia el espacio (o "vuelo").

Es conocido el antiguo postulado: "por arriba hasta el cielo, por abajo hasta el infierno". Con esta concepción no habría límites en este plano vertical hacia el espacio, y hacia el subsuelo llegaría hasta el centro de la Tierra (las líneas y planos serían convergentes hasta el centro, formando una pirámide invertida o una figura geométrica semejante).

El otro extremo significa la inocuidad de estos elementos, limitando al propietario a ejercer su derecho solamente en la superficie del inmueble (ac-titud que prácticamente impide o, al menos, restringe excesivamente la utilización de los inmuebles).

Por la fuerza de la realidad (en cuanto al efectivo ejercicio del dominio impli-

ca la necesidad de emplear espacio y subsuelo cercanos a la superficie) y el avance de las restricciones al derecho de dominio, se ha ido imponiendo, en la doctrina y en las legislaciones, la posición intermedia y que se nos presenta como más razonable, fundada en la noción de *utilidad*. El propietario del inmueble extiende su derecho al espacio que cubre el inmueble y al subsuelo, en la medida en que el interés y provecho del ejercicio de su dominio lo justifica; y quedando siempre a salvo las limitaciones en el interés común. Este planteamiento (atribuido a Ihering) es seguido en muchos Códigos del siglo XX. Generalmente, estos textos atribuyen al dueño del suelo la facultad de utilizar el espacio y el subsuelo, aun con el derecho a excluir la intrusión de terceros, en la medida en que demuestre interés o provecho (salvo el uso inocuo) manifestando, expresamente o a contrario sensu, que más allá no puede impedir la utilización por extraños (también generalmente dejan a salvo la regulación especial de las aguas y las minas); pero habitualmente no se pronuncian sobre la titularidad de esas zonas (en definitiva quién es el dueño); ni de las de utilización atribuida al dueño ni de las ubicadas más allá. El referido postulado parece aceptable para atribuir (en la zona donde se demuestre interés) no sólo la utilización exclusiva y excluyente (salvo el uso inocuo), sino también el dominio, aunque se observa más vigoroso para el subsuelo (en todo caso, tratándose del vuelo nos referimos al espacio, no al aire). Más allá, hacia la profundidad y el espacio sobre la zona utilizable por el dueño surgen: primero, las alterativas de *res nullius* o de propiedad del Estado (con el concepto de soberanía); y, luego, en zonas aún más lejanas de la superficie, la noción de cosa común a todos los hombres (y su examen integra otras disciplinas, como el Derecho aéreo y del espacio).

En el Derecho chileno, en cuanto al espacio atmosférico no hay disposición expresa sobre su dominio en favor del pro-

prietario de la extensión de tierra correspondiente; pero hay disposiciones que así lo dan a entender, como los arts. 931 y 942; con ellas, interpretadas a la luz del postulado antes mencionado (y admitiendo que es controvertible), bien puede concluirse que le pertenece (el espacio, no el aire), en la medida de la utilidad que puede obtener; en todo caso, con limitaciones que se imponen en las normas urbanísticas y sobre aeronavegación (v. supra, N° 48, 4°). En cuanto al *subsuelo*, igualmente, no hay disposición expresa que lo atribuya (en dominio) al propietario. El art. 942 lo da por supuesto; por lo demás, resulta indiscutible en alguna medida, si se considera que para poder ejercitar su dominio el propietario necesita siempre de la parte inmediatamente inferior a la superficie (para cultivos, cimientos de construcción, etc.). Asimismo, interpretado el texto con la concepción del interés o provecho, puede concluirse que el subsuelo pertenece al propietario, en la medida en que tenga un interés o le reporte una utilidad. Las legislaciones minera y de aguas disponen limitaciones en este punto (v. también los arts. 625 y sgts. del CC. sobre tesoros). Más allá, en la profundidad, ya no tiene dominio, aunque puede él utilizarlo, pero sin impedir el uso de otros; y tanto a la titularidad de esa zona, también las alternativas son: o es *res nullius* o, como parece más aceptable, es del Estado (con el art. 590 y el concepto de soberanía).

Las necesidades de la vida actual, concretamente las derivadas del congestionamiento urbano, que incitan al aprovechamiento de los espacios dentro de las ciudades, han conferido notable importancia al subsuelo, que ofrece atractivos posibilidades para diversos usos, especialmente en estacionamientos de vehículos, líneas de comunicación, vías de transporte (de personas mediante trenes, de energías mediante ductos). Existen algunas normas reguladoras, pero se hace necesario un cuerpo legal más completo y preferentemente sistematizado, que oriente las futuras in-

versiones en obras subterráneas (si se pretende estimularlas). Asimismo, en los planes reguladores (especialmente en los comunales), ha de incluirse el tratamiento del subsuelo. Y en esa regulación tendrá que distinguirse entre el subsuelo de inmuebles que son bienes públicos (nacionales de uso público y fiscales) y el de inmuebles que son bienes de dominio privado. En todo caso, congruente con lo ya manifestado sobre la utilidad, tratándose de obras (como aquellas recién mencionadas) que se ejecutan a gran profundidad, no parece necesario obtener la autorización de los titulares del suelo ni imponer expropiación.

64. Las relaciones de vecindad. El uso y goce de la propiedad, principalmente territorial, diariamente da lugar a varias relaciones entre propietarios, vecinos o cercanos. Estas "relaciones" pueden mantenerse en términos de armonía y, más deseablemente, de cooperación, para la solución de problemas comunes del vecindario o comarca, o pueden adquirir caracteres de colisión de pretendidos derechos, con una sucesión imprevisible de consecuencias. Los caracteres de derecho absoluto y exclusivo que en términos generales se asignan al dominio, constituyen el punto de partida en la solución de tales conflictos pero, además, habrá que tener en cuenta las nuevas orientaciones de la propiedad hacia una utilidad colectiva, así como otros principios generales, especialmente el del repudio al abuso del derecho. Y más específicamente son convenientes algunas normas que dispongan a lo menos algunas fórmulas generales y, en casos determinados, incluso algunas sanciones.

Entonces, normas sobre relaciones de vecindad son el conjunto de reglas que se refieren a los derechos y deberes de las personas debido a que viven en estado de vecindad, proximidad o cercanía.

Los problemas y, por tanto, la necesidad de soluciones, se presentan en los sectores rurales y urbanos, pero sin duda son más numerosos y agudos en las aglo-

meraciones ciudadanas. Por cierto, la creciente aplicación de la propiedad horizontal contribuye a la aparición de desasosigos vecinales (y cobra mayor efectividad la sentencia "no tendrás paz si tu vecino no lo quiere").

Para regular la materia en la generalidad de las legislaciones se contienen normas diseminadas a través de todo el ordenamiento jurídico, y habitualmente no se destina un cuerpo orgánico al efecto. Desde luego, es el derecho de propiedad el centro de estas relaciones y, por tanto, deben buscarse en primer lugar las reglas del dominio, que (como se ha dicho) están contenidas, a su vez, en muchos cuerpos legales, pero básicamente en la Constitución y en el respectivo Código Civil.

Entre nosotros, de la Constitución puede señalarse, fundamentalmente, la inviolabilidad de la propiedad privada (art. 19 N° 24) y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8); en el Código Civil hay un cúmulo de disposiciones legales relativas a la vecindad; están ubicadas especialmente en los títulos de: la ocupación, la accesión, las servidumbres y las acciones posesorias, particularmente las especiales.

Deben considerarse también las numerosas disposiciones del Código Penal (especialmente las relativas a las faltas), de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades y de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria (en general, puede verse la amplia referencia a textos legales formulada en el epígrafe "Las restricciones por justificaciones ambiental y sanitaria"; supra, N° 57 ter).

Sin embargo, las fuentes de conflictos son tantas que jamás podrán los textos legales tener respuesta para cada uno de ellos; de ahí que sea necesario propiciar alguna noción básica que pueda servir de directriz para orientar la innumerable casística (y que puede surgir del espíritu de la legislación, con base en textos específicos como los señalados). Se ha propuesto, acertadamente, que las colisiones han de



salvarse aplicando un criterio de *normalidad* en: el ejercicio de los derechos que a cada vecino corresponde y en el destino de los bienes que físicamente originan la contigüidad; así, quien se aparte de ese ejercicio o uso normal, en consideración a las características materiales, ambientales, culturales, etc., del vecindario, se pondrá, a lo menos en principio, al margen de lo que puede denominarse "lícita relación de vecindad". A lo anterior puede agregarse, como elemento complementario, la necesidad de que exista entre todos a quienes afectan esas relaciones, una recíproca tolerancia dentro de ese concepto de normalidad, que es flexible y relativo.

Con dos factores coincidentes: el aumento y concentración de la población y el desarrollo industrial (que provoca y disemina ampliamente la contaminación de variada naturaleza), en la actualidad hay dos caracteres destacables que adoptan estas relaciones: a) por una parte se *colectivizan* los sujetos involucrados (agrupados en juntas de vecinos, comités de administración, asambleas de copropietarios), y b) por otra, se *extiende el campo* de acción de las agresiones, de las defensas y finalmente de las normas, abandonando la sola interpredialidad (colindantes), expandiéndose a zonas muy extensas, aunque sigan siendo los cercanos vecinos los más intensamente afectados. Con estos elementos, el tema se vincula a la *función social* de la propiedad (incluyendo la planificación territorial), a la *regulación ambiental*, y a la *responsabilidad civil* (y disfruta de la antigua y renaciente herramienta de las "acciones populares").

Por último, ésta es (otra) ocasión de recordar el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (consagrado en la Constitución -art. 19 N° 8- y devuelto en textos especiales).

65. La propiedad familiar. Para lograr que a la propiedad tenga acceso la gran mayoría de la población, es frecuente encontrar, en distintas legislaciones, la tendencia al fomento de la denominada pro-

piedad familiar. Puede entenderse por propiedad familiar (o de dimensiones familiares), la que se afecta al fin de mantenimiento y progreso de una familia. La casa habitación, las pequeñas y medianas explotaciones industriales, artesanales y agrícolas, constituyen objetos en que se concreta.

Ha sido en el sector agrario en donde los intentos de difundirla han conseguido mayores resultados, quizás por la naturaleza de las explotaciones agrícolas. En primer lugar deben mencionarse formas familiares de propiedad de origen puramente consuetudinario, en las que la fuerza de la costumbre ha ido configurando un patrimonio de familia que secularmente se ha ido transmitiendo de generación en generación (como el *caserío* vasco y la *casa* aragonesa en el norte de España, el *maso chiasso* en el norte de Italia).

La introducción de esta propiedad ha requerido, en muchas ocasiones, de alteraciones a principios y legislación tradicionales; de ahí que se ha llegado a establecer en leyes especiales o mediante modificaciones al Código Civil respectivo. Códigos Civiles más recientes la establecen directamente. En España (*patrimonio familiar*), en Italia (*patrimonio familiare y minima unità coltivale*), en Estados Unidos (*homestead*), se ha constituido la propiedad familiar en pequeñas empresas agrarias, con algún éxito. En las legislaciones latinoamericanas, las leyes de reforma agraria han sido una vía por la cual se han llegado a constituir, en muchos países, explotaciones agrícolas de dimensiones familiares cuando, luego de las expropiaciones de predios mal explotados o de excesiva extensión, se asignan, entre otras formas, en medianas extensiones a cultivadores directos.

Una gran dificultad que enfrenta la institución, y que en buena parte entraña su difusión, es el de la titularidad. Al no constituir la familia una persona jurídica, no es posible tenerla como el sujeto titular de la propiedad familiar. En definitiva, sobre todo para las relaciones con

terceros, los bienes que componen ese patrimonio deben quedar radicados con certeza en una persona natural, generalmente el padre; de ahí que lo que se llega a lograr es imponer determinadas *limitaciones* a una propiedad, en manos de un padre de familia, y mediante ellas se obtiene que quede, en la práctica, afecta al beneficio del grupo familiar.

Como limitaciones y características más sobresalientes, se contemplan las de *inalienabilidad* (mientras se mantengan ciertos supuestos, como hijos menores, por ej.), *membrabilidad* e *indivisibilidad*. Esta última es la característica imprescindible para su subsistencia. Se dispone como indivisible tanto por actos entre vivos como en la transmisión por causa de muerte. En caso de fallecimiento del titular, si no es posible mantenerla en comunidad, se dispone su asignación a un solo heredero, configurando un "derecho de atribución preferencial", mediante un orden de prelación que se establece, no siempre coincidente con los órdenes sucesorios tradicionales. Con esta atribución a un solo heredero se logra también evitar los inconvenientes de una ilimitada división de inmuebles (que en la agricultura se traduce en la formación de minifundios) con variados perjuicios en la producción. La indivisibilidad generalmente se establece respecto del inmueble que es base de la propiedad familiar, utilizándose luego los conceptos de inmuebles por adherencia y por destinación.

En Chile, igualmente ha sido la actividad agraria la que ha posibilitado en alguna medida la implantación de la propiedad familiar; de todas formas, su desarrollo ha sido escaso. La Constitución de 1925 contenía la disposición de que el Estado ha de propender "a la constitución de la propiedad familiar" (art. 10 N° 4), texto que por mucho tiempo permaneció como disposición puramente programática.

Respecto de inmuebles urbanos, algunos antiguos textos de la legislación habitacional introdujeron determinados

elementos de propiedad familiar, en el denominado "hogar obrero"; se trataba de estatutos que desarrollaron planes de construcción de viviendas con ayuda de fondos públicos o semipúblicos, que dispusieron la inalienabilidad, inembargabilidad e indivisibilidad (con un régimen de adjudicación preferente) de tales inmuebles, aunque sólo en determinadas condiciones (ley 1.838, de 1906, sobre habitaciones obreras; leyes 5.950, de 1936, y 7.600, de 1943, orgánica de la Caja de la habitación popular; pero puede observarse que esas características persisten tan sólo para inmuebles construidos a través de esos sistemas y su aplicación no fue muy extendida).

En el medio agrario se han logrado otros avances, aunque no de gran importancia. Primero, la legislación que creó una Caja de colonización agrícola (actualmente fusionada con otras instituciones del Estado; ley 4.496, de 1928, con numerosas modificaciones posteriores y más tarde sustituida por la ley 5.604, de 1935) estableció la creación de "parcelas", que constituyeron unidades económicas agrícolas de dimensiones familiares, principalmente en predios fiscales; dichas parcelas, asignadas a particulares, tenían caracteres de indivisibilidad e inembargabilidad, pero sólo mientras se cumplían obligaciones para con la institución; el sistema, en todo caso, no se desarrolló, cuantitativamente, en términos apreciables. Más tarde, la primera ley de Reforma agraria (N° 16.640 de 1967), estableció la "unidad agrícola familiar", que llegó a tener alguna vigencia práctica. Luego de la expropiación de un predio, para incorporarlo al proceso de reforma, el sistema contemplaba la etapa de preparación, transitoria, de asentamiento, por tres a cinco años; al final de esa etapa, el organismo aplicador de la reforma debía destinar el predio, teniendo como primera alternativa la de asignarlo, en for-



ma de unidades agrícolas familiares, a campesinos, en dominio individual. Fue revestida de los caracteres de inalienabilidad e inembargabilidad, temporalmente, y de indivisibilidad perpetua, tanto por actos entre vivos como por causa de muerte, contemplándose también el derecho de atribución preferencial a un solo heredero. Con posterioridad, esta legislación fue ampliamente modificada y finalmente derogada.

La ley 19.335 ha implantado lo que denomina "bienes familiares" (introduciendo un párrafo, el N° 2, con ese nombre en el Título VI del Libro I del CC., arts. 141 y sgts.) (su estudio corresponde al Derecho de familia). Aquí sólo se destacarán algunos elementos de su estructura. Como norma básica, se dispone que "el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que guarnecen el hogar, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán, entonces, por las normas de este párrafo, cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio" (art. 141, inc. 1°). Efectuada la declaración (mediante un procedimiento rápido que la ley establece) "no se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino concurriendo la voluntad de ambos cónyuges. Lo mismo regirá para la celebración de contratos que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar" (art. 142, inc. 1°). Los cónyuges, de común acuerdo, pueden desafectar un bien familiar y el cónyuge propietario puede pedir al juez la desafectación fundada en que no está actualmente destinado a los fines de la institución (art. 145). Por otra parte, la declaración de bien familiar permite alguna protección respecto de los acreedores, en cuanto los cónyuges pueden "exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor" (art. 148), gozando así de lo que en materia de fianza se denomina beneficio de orden o excusión. Como puede verse, los caracteres que

suelen atribuirse a la propiedad familiar, mencionados al comienzo (inalienabilidad, inembargabilidad y, sobre todo, indivisibilidad), aquí no son acogidos. En todo caso, en esta constatación no debe verse una objeción porque, en otro sentido, esas aludidas características pueden presentar serios inconvenientes económicos por la limitación que implican a la fluida circulación de los bienes.

Finalmente, para nuestros efectos debe mencionarse la gran reforma introducida al Código Civil en materia de filiación (con repercusión sucesoria) por la ley 19.585. Como se sabe, el texto está dirigido principalmente a la igualación (destacadamente en materia hereditaria) de los derechos de los hijos de filiación matrimonial con los de filiación no matrimonial y a facilitar la investigación de la paternidad. Pero también en el texto, continuándose en una tendencia (que se venía desenvolviendo en textos precedentes), se consignaron reformas sucesorias a favor del cónyuge sobreviviente. Entre ellas, se introdujo la importante institución de la atribución preferencial de la vivienda familiar, que implica, por lo que aquí importa, su indivisibilidad, característica que, como se ha dicho, es tan importante en la propiedad familiar. Si al fallecer un cónyuge ha dejado entre sus bienes la vivienda familiar, el cónyuge sobreviviente tiene derecho a atribuírsela, con el mobiliario que la guarde, con cargo a su cuota hereditaria, con preferencia a los demás herederos, y si el valor de ellos excede del valor de su cuota, en el exceso puede pedir derecho de habitación o uso vitalicio y gratuito (art. 1337 N° 10). No se trata —como es fácil percatarse— de la consagración de una propiedad familiar; simplemente se introduce en la vivienda familiar un rasgo cercano a la indivisibilidad (tan importante en la propiedad familiar): al fallecer el titular, si estaba casado, el cónyuge sobreviviente (que, conforme a las normas de esta misma ley, le hereda) queda como su dueño exclusivo o, al menos, como dueño en parte y usufructuario vitalicio en el resto. Cuando el valor de la vivienda excede

a la cuota que le corresponde, es cierto que en el exceso no es dueño (la nuda propiedad del exceso pertenece a los demás herederos) pero, como queda como usufructuario vitalicio, en la realidad la vivienda se mantiene sin dividirse (que —como se ha dicho— es la característica que, junto a otras ya mencionadas y que aquí no se presentan, conforman los rasgos fundamentales de la propiedad familiar).

65 bis. La extinción del dominio. El Código no contiene una regulación sistemática de la materia y la doctrina nacional no le ha dedicado mucha atención.

Puede terminarse por varias causas. Suele distinguirse entre modos absolutos y relativos. Con los primeros desaparece el derecho (si posteriormente la cosa llega a adquirirse por un nuevo titular, la adquisición es originaria. Con los segundos, sólo cambia de titular (produciéndose un traspaso).

a) Entre los absolutos, los hay con y sin voluntad del dueño. Pueden mencionarse: la destrucción de la cosa (puede ser voluntaria o involuntaria), la recuperación de la libertad de los animales cautivos o domesticados (es sin voluntad), las especies al parecer perdidas (es sin voluntad), la inembargabilidad (es sin voluntad), el abandono (por definición, es voluntario).

Tratándose de la destrucción material, frecuentemente quedan restos, residuos o despojos (que pueden ser valiosos, como en el caso de la joya que se funde); aun que se ha estimado que nacería un nuevo derecho de propiedad sobre ellos para el nuevo dueño, parece preferible concluir que es el mismo derecho que ahora recae en el objeto reducido o transformado; así, frecuentemente lo que acontece es una destrucción parcial (o una transformación). En todo caso, ante el concepto de destrucción física, para el ámbito de los derechos reales lo que habitualmente más importa o tiene mayor interés es la pérdida de la función o rol económico de la cosa, que se percibe e influye señaladamente en la extinción de

los derechos reales limitados (v. supra, N°s 3 bis y 57 bis sobre la protección natural y cultural).

En cuanto a la recuperación de libertad de ciertos animales, entre nosotros hay reglas en el título de la ocupación (arts. 608, 619, 620, 621).

Respecto a las especies al parecer perdidas, aunque también pudiere considerarse una transferencia, estimamos que más bien es una extinción para el perdedor, de modo que, de producirse la subasta, el dominio es adquirido originariamente por el subastador (las reglas están en los arts. 632, 633, 637, 642).

Sobre la inembargabilidad, cuyas hipótesis más factibles se relacionan con la transformación de una cosa en bien nacional de uso público, entre nosotros generalmente tendrá lugar por la vía de la expropiación (que será aludida pronto, en la siguiente categoría). Hay situaciones que podrían quedar incluidas aquí (en cuanto pérdida del dominio privado), como son las que pueden producirse en la formación de un lago de dominio público (v. supra, N° 48, nota) o río, o —algo más esperable— por el cambio de cauce de un río, en predios particulares. El dueño perdería el dominio del sector del predio que ahora es lecho o cauce (al menos respecto del cauce de ríos, se ha resuelto que es bien nacional de uso público).

El *abandono* tiene interesante historia y ha recibido atención de la doctrina. Suele menospreciarse su examen porque tendría escasa aplicación, pero parece estar cobrando interés con la abundancia de residuos (con distintas denominaciones específicas: basura, chatarra) que para algunas personas pueden carecer de valor y, más aun, pueden ser indeseables y, para otras, pueden resultar valiosos; y surgen, además, los bien relevantes residuos "tóxicos" (que llegan a trascender al Derecho Internacional). Desde luego, respecto de estos últimos hay ya bastante regulación que debe tenerse presente (v. algunos textos aplicables en supra, N° 57 bis, últimas notas).

En su aplicación surgen varias interrogantes. Desde luego, sobre su admisión, que parece predominar ampliamente. ¿Cuándo se pierde el dominio, al momento del abandono o cuando otro se apropiara de la cosa abandonada? ¿Puede retratarse el abandonante?, ¿se puede abandonar una parte física?, ¿se puede abandonar una cuota (por el único titular o por el comunero)? ¿Qué acontece con los derechos reales y personales constituidos en la cosa o referidos a ella? ¿y con las obligaciones *propter rem* que puedan estar gravando al titular abandonante? Si se trata de un bien registrado, ¿debe o no efectuarse alguna gestión en el Registro?

Aquí trataremos algunas.

Estimamos que entre nosotros es admisible. Puede acudirse a los arts. 12 y 624 del Código, y al art. 52 N° 3 del Regl. del Registro Conservatorio (v. también los arts. 829 y 858 del CC.).

Se trata de un acto de disposición, unilateral y no recepticio, de modo que el dominio queda extinguido por el acto del abandono.

Cuando se trata de inmuebles, por el art. 590 el Fisco adquiere el dominio originariamente y de pleno Derecho por el modo de adquirir ley; si se trata de muebles, el eventual posterior adquirente adquiere el dominio, asimismo, originariamente (por ocupación).

Parece no haber inconveniente en admitir que el comunero abandone su cuota; más difícil es admitir el abandono por un único titular, de una cuota o de una parte física de la cosa (por esta vía, sobre todo en la última, se podría pretender "mejorar" la cosa que se mantiene).

Tratándose de derechos reales en cosa ajena, tendrían que mantenerse no obstante el abandono; más tarde, el nuevo adquirente tendría que respetarlos. En cuanto a los derechos personales, la dificultad tendría que solucionarse por el ca-

mino del incumplimiento contractual; algo semejante tendría que acontecer respecto de las obligaciones *propter rem* las cuales, en todo caso, gravarían a quien entre más tarde en el dominio o posesión de la cosa, conforme a los principios y reglas de esas obligaciones.

Como el Conservador sólo efectúa cambios en el Registro con la presentación de instrumentos públicos (el punto se verá luego), si el abandonante pretendiera dejar sin efecto su inscripción, sería necesaria una declaración de abandono por escritura pública, con la cual requeriría la cancelación. El Conservador podría negarse a inscribir, fundado en que el art. 728 no contempla esta causal de cese de la posesión inscrita, pero parece no justificarse; aquí se trata del abandono del dominio, no de la posesión inscrita (además, la taxatividad del citado texto está discutida, como se verá más adelante).

b) En los relativos puede distinguirse entre la transferencia voluntaria y la que se produce con prescindencia de la voluntad del titular. En la primera se incluye la tradición con todos los títulos traslaticios. En la segunda habitualmente se incluyen diversas formas de la accesión, la expropiación, la prescripción adquisitiva (pero es muy discutible el carácter relativo —en el sentido de transmisivo con el que aquí es empleado el término— de estas extinciones; es sostenible —y se ha sostenido específicamente respecto de la expropiación y de la prescripción adquisitiva— que el adquirente adquiere el dominio originariamente; en tal postura, que es la que compartimos, el expropiado y el antiguo dueño sufren una pérdida de las aquí llamadas absolutas) (como el tema —según puede verse— se relaciona también con la perpetuidad del dominio, v. además supra, N° 59, en que se trata la revocación; también infra, N° 268).

Capítulo II

LA COPROPIEDAD

66. Descripción general. En la doctrina y en los textos legales se observa frecuente desorden en el empleo de varios términos relacionados con esta materia: "indivisión", "comunidad", "condominio", "copropiedad".

El primero, "indivisión", parece ser el más comprensivo y puede ser utilizado para referirse a los otros; y en cuanto a los dos últimos, "condominio" y "copropiedad", se les tiene generalmente como sinónimos.

Suele denominarse "comunidad" a la indivisión sobre una universalidad jurídica (como la herencia) y copropiedad o condominio a la que recae sobre especíes o cuerpos ciertos. Pero, en otro sentido, se propone que la comunidad es el género: indivisión de cualquier derecho que pertenece a dos o más sujetos y que se ejerce sobre un mismo objeto (comunidad de propiedad, de usufructo, de servidumbre, etc.); y la copropiedad o condominio es la especie: indivisión del derecho de dominio.

Se seguirá aquí la última nomenclatura. Queda dicho, entonces, que hay comunidad cuando dos o más sujetos tienen un derecho de idéntica naturaleza jurídica sobre la totalidad de un mismo objeto. Y hay copropiedad o condominio cuando dos o más sujetos tienen el dominio sobre la totalidad de un mismo objeto.

Desde otro punto de vista, se conocen las comunidades proindiviso y prodiviso.

La primera es la auténtica comunidad, en los términos antes definidos, en la que el derecho de cada comunero se extiende a la totalidad del objeto común. Pero también se ha concebido la deno-

minada comunidad "prodiviso", en la que el derecho de cada sujeto recae sobre una parte físicamente determinada del objeto de que se trata, ejerciéndolo exclusivamente sobre esa parte, y además se extiende a otros sectores de la cosa en que hay efectiva comunión con los otros comuneros; estas partes comunes *unen* las distintas secciones exclusivas de los indivisarios. Es el caso de la copropiedad inmobiliaria en la cual, junto a ciertos bienes comunes (como el suelo), hay una comunidad prodiviso de algunas partes (por ej., interiores de cada departamento de habitación) sobre las que cada comunero ejerce derechos con exclusividad (v. infra, N° 72). Más evidente es la situación en los bloques de construcción destinados a estacionamiento de vehículos, en los que en base a deslindes sólo marcados en el suelo y sin separaciones verticales, se ejercen derechos separadamente por varios titulares.

67. A diferencia de algunos precedentes legislativos, el Código chileno dedica un título especial a la comunidad, a la que trata como cuasicontrato, regulándola, en consecuencia, en el libro de las obligaciones (arts. 2304 y sgts., inspirados directamente en enseñanzas de Pothier; como se verá pronto, el cuasicontrato no es el único origen de la comunidad) y no en el de los bienes (como acontece en otras codificaciones). Además, hay muchas otras disposiciones diseminadas a través del cuerpo legal. Deben tenerse presente, asimismo, las reglas sobre la partición de bienes hereditarios (arts. 1317 y sgts.) las que, no

obstante su ubicación, tienen aplicación general en virtud de disposiciones expresas (arts. 1776, 2115, 2313).

68. Las dos concepciones. Dos son las principales concepciones elaboradas para explicar la naturaleza de la comunidad y que, ordinariamente, han inspirado las diferentes reglamentaciones.

La *doctrina romana* la considera una modalidad del dominio, en la cual cada comunero tiene una cuota-parte en la cosa común, y, además, tiene derecho a la cosa en su totalidad. Cada comunero tiene una *cuota*, que es abstracta o ideal puesto que la cosa no está dividida materialmente, sólo se concibe intelectualmente; es, pues, dueño exclusivo de esa cuota o fracción intelectual de la cosa y, en cuanto tal, puede actuar (celebrar actos) sobre ella. Considerada la cosa en su totalidad, todos tienen derecho a ella, pero el derecho de cada uno está limitado por el concurso de los demás, de modo que ninguno puede ejercitar actos materiales o jurídicos sobre ella sin el consentimiento de todos los otros (es el derecho a veto, al que luego se hará particular referencia) (presenta también otras dos características, que se describirán pronto).

En la concepción adquiere primacía el derecho del individuo (es, pues, individualista) y estima a la comunidad nada más que como una modalidad del dominio. Por una parte, permite a cada cual disponer de su cuota y, por otra, entrar en los demás la utilización de la cosa. Con ambas facultades disminuye ostensiblemente la productividad de los bienes comunes. Este resultado carecía de trascendencia en Roma, donde siempre se estimó a la comunidad como un estado transitorio, pronto a liquidarse y, por lo mismo, naturalmente pasivo. En el Derecho actual, donde se observan con frecuencia masas de bienes en comunidad que se mantienen en movimiento productivo, esta concepción resulta insuficiente. De ahí que incluso codificaciones que han adoptado la noción romana le introduzcan modificaciones (así, Códigos modernos conce-

den a la mayoría de los indivisarios la facultad de tomar decisiones sobre la administración de la cosa común, obligatorias para la minoría, lo que implica una disminución del poder individual en beneficio del grupo, es decir, en beneficio de una suerte de personalidad colectiva, que constituye una idea básica de la concepción germánica).

La *doctrina germánica* abandona la noción de propiedad exclusiva; adopta una concepción colectivista o comunitaria, en la que predomina el derecho del grupo por sobre el del individuo; por otra parte, se entiende como una situación permanente, estable, beneficiosa para ciertas funciones económicas. Según ella, la comunidad es una propiedad colectiva, llamada también "de manos juntas" o "en mano común" (*gesamte hand*), en la que el objeto pertenece a todos los comuneros considerados colectivamente como un solo titular. De esta manera, no se tienen derechos sobre cuota; todos tienen un derecho de goce sobre el objeto, cualitativamente igual, pero parcial, porque está limitado por el derecho de los demás; en su funcionamiento se introduce el mecanismo de toma de decisiones por mayoría (y, en ocasiones, incluso se llega a negar a los comuneros la acción para pedir la partición de la cosa común).

La doctrina nacional estima que el Código chileno adopta, fundamentalmente, la doctrina romana. Se concluye así por los antecedentes considerados para la elaboración de estos textos y por el contenido de varios preceptos, en virtud de los cuales se reconoce la noción de cuota (que —como se ha dicho— es rasgo distintivo de la concepción romana) y se permite al comunero celebrar, como dueño de ella, diversos actos sin el consentimiento de los otros (luego se precisarán algunos de esos actos; v. infra, N° 70). Mas, hasta qué punto se ha adoptado esa doctrina es un tema en el cual se ha discrepado (y surge, particularmente, en la comunidad sobre universalidades, a la que pronto se hará referencia).

La materia relativa a derechos, obligaciones y responsabilidades de los comuneros, y extinción de la comunidad, se regula fundamentalmente en el párrafo del cuasicontrato de comunidad (arts. 2304 y sgts.).

Silenció el Código el importante tema de la *administración* de la cosa común, probablemente por estimar a la comunidad como una situación transitoria, a la que se pondrá término tan pronto como se subsane algún impedimento; textos posteriores han remediado en parte la deficiencia (C. de C. art. 852; CPC. arts. 651, 653, 654, 655) (sobre los frutos en la comunidad v. infra, N° 87).

Aunque no corresponde tratar aquí la administración (es estudiado en el examen particularizado de las fuentes de las obligaciones), conviene formular una referencia a un importante elemento que puede surgir en ella, el llamado "derecho a veto" ("derecho a prohibir", originariamente *jus prohibendi*), por constituir una notoria concreción de la doctrina romana y que, por lo mismo, contribuye a distinguirla. Consiste en la facultad que cada comunero tiene de impedir las actuaciones de los otros en la cosa común. Como aquella concepción de la comunidad postula (según ya se dijo) que cada comunero es *dueño* de su cuota, resulta que ninguno, ni la mayoría, puede adoptar decisiones sobre la administración de la cosa común (menos, por cierto, sobre actos dispositivos), porque afectarían las cuotas ajenas. En otros términos, cualquiera puede oponerse a que en la cosa se ejecuten actos jurídicos o materiales (cualquiera puede prohibirlo). Puede observarse que esa conclusión constituye un serio inconveniente de esta concepción de la comunidad, que llega a ser paralizante. En nuestros textos no aparece establecido expresamente, pero se tiene entendido como vigente, considerando que entre nosotros se ha seguido la concepción romana (con su noción de cuota).

La doctrina ha acudido a diversos mecanismos para sortear el inconveniente del *jus prohibendi* (que impone la unanimidad). Así, se ha propuesto considerar

que el comunero que actúa lo hace como un agente oficioso de los demás. Más difusión ha logrado la denominada doctrina del mandato tácito y recíproco (semejante al concebido en la solidaridad); se entiende que entre los comuneros existe un mandato que es tácito (no formulado expresamente) y que es recíproco (cada uno lo ha recibido de los demás), con el cual cualquiera puede efectuar actos de administración de la cosa común (en las legislaciones es frecuente encontrar consagrado ese mandato en la sociedad, cuando no se ha designado administrador). Entre nosotros la vigencia de este mandato tácito y recíproco está discutida. Se ha sostenido que sí, con la coordinación de los siguientes textos: cuando en la sociedad no se ha conferido la administración a uno de los socios, el art. 2081 entiende que entre los socios existe un mandato tácito y recíproco para administrar; el art. 2078 dispone que al administrador corresponde cuidar de la conservación del objeto social; y el art. 2305 dispone que el derecho de cada comunero sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social. En contra, y no obstante el art. 2305, se ha negado la aplicación del mandato a la comunidad; principalmente porque en la sociedad existe un vínculo voluntario en el origen y se mantiene durante ella, que justifica ese mandato, el llamado *affectio societatis*, elemento que no existe en la comunidad; se controvierte también el alcance de la remisión del citado art. 2305; y se destaca la regla del art. 2307, texto que, respecto de las deudas que conlleva un comunero, incluso en beneficio de la comunidad, deja obligado sólo al respectivo comunero, solución que excluye el supuesto mandato. Específicamente respecto de los actos de administración (jurídicos y materiales), se ha estimado que cualquier comunero puede ejecutarlos si tienden a proteger la cosa común (medidas conservativas) sin necesidad de acudir a la doctrina del mandato, sobre la base de que de ese modo está protegiendo su (propio) derecho

cuotativo; se llega a precisar que puede ejecutarse cuando ese acto sea la única manera de proteger su derecho cuotativo, y en esa medida.

En diversas ocasiones la jurisprudencia nacional ha empleado la explicación del mandato tácito y recíproco para confirmar actos de administración, aduciendo como soporte legal los arts. 2305 y 2081.

Por cierto, para evitar esas disputas está la alternativa de un administrador, cuyo nombramiento puede provenir de diversas fuentes.

La doctrina suele advertir que el legislador (chileno) no favorece el estado de indivisión, fundamentalmente porque: constituye fuente permanente de discordia entre los comuneros en el aprovechamiento de la cosa común; inhibe las posibilidades de inversiones y mejoras, por la incertidumbre sobre la suerte definitiva del objeto; impide, en fin, la libre circulación de esos bienes comunes. En el mismo sentido el Código dispone que la partición de la cosa común "podrá siempre pedirse" (art. 1317, de donde se ha derivado que la acción de partición es imprescriptible).

69. Clases de indivisión

a) *Según el objeto* sobre el que recae, puede haber comunidad *sobre una universalidad* o *sobre una cosa singular*. Es ésta la única clasificación que reconoce el Código (arts. 1317 y 2304).

Desde luego, puede advertirse que la clasificación trae consigo la dificultad inherente al concepto de universalidad (v. supra, Nos 36 y sgts.).

En cuanto a la clase de universalidades sobre las que puede haber comunidad, en la doctrina nacional no ha habido muchas precisiones. En todo caso, no existe acuerdo.

Hay quienes entienden que puede haber comunidad tanto en universalidades de hecho como en universalidades de Derecho (o jurídicas). Y como ejemplos de estas últimas señalan la herencia (que es el ejemplo que menciona el art. 2306), la que queda al disolverse la

sociedad conyugal, la que queda al disolverse una sociedad civil o comercial y, en general, cada vez que la comunidad recae sobre un patrimonio o masa de bienes con activo y pasivo propios. Pero esa proposición ha sido negada. Se ha sostenido que siendo un rasgo distintivo de las universalidades jurídicas el que tengan un pasivo (v. supra, Nº 38), en Chile no puede haber comunidad sobre universalidades jurídicas, porque, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1354 y 2306, habiendo dos o más comuneros el pasivo está siempre, por el solo ministerio de la ley, dividido entre los copartícipes. De este modo, esas (citadas) universalidades, que quizás podrán ser jurídicas cuando pertenecen a un solo titular (habría que analizar cada caso con los conceptos generales sobre universalidades), cuando pertenecen a dos o más sujetos son universalidades de hecho, pues carecen de pasivo (no tienen pasivo común).

El punto se relaciona con el de la comunicación entre la cuota y los bienes, que se verá a continuación.

Cuando la comunidad recae sobre una universalidad surge un problema que merece una referencia especial, por el alcance práctico que deriva de su solución: el de si existe o no *comunicación* entre la cuota y los bienes que integran la universalidad.

Para plantearlo y resolverlo, conviene formular algunas advertencias previas.

Ya se ha dicho que la generalidad de la doctrina nacional tiene aceptado que el Código chileno ha seguido la noción romana de la comunidad. Pues bien, *esa concepción*, en lo que aquí interesa, exhibe estas dos características:

1ª. En la partición de la comunidad, asigna a la adjudicación un *efecto atributivo*.

La comunidad puede terminar por varias causales (art. 2312). Una es la partición. Ella puede efectuarse por acuerdo entre los comuneros, por juez partidor o por decisión del causante (cuando la comunidad es de origen hereditario).

La partición es el conjunto de actos tendientes a distribuir los bienes comu-

nes entre los comuneros en proporción a sus cuotas. La adjudicación es el acto por el cual el comunero recibe un bien determinado de la comunidad, en pago de su cuota.

Conferir efecto atributivo a la adjudicación significa resolver que cuando a un comunero se le adjudica un bien, él es dueño de ese objeto desde el día de la adjudicación. Constituye, pues, título traslativo de dominio; al entregarle la cosa al comunero, se configura una enajenación (la adjudicación "atribuye" dominio).

El efecto atributivo se opone al efecto *declarativo* de la adjudicación, por el cual se considera que el adjudicatario es dueño del objeto adjudicado desde el día en que se originó la comunidad. Se le confiere, pues, un efecto retroactivo; por una verdadera ficción se considera que ha sido dueño exclusivo de ese bien desde el día en que se originó la comunidad y, recíprocamente, se asume que nunca tuvo derechos en los demás bienes, adjudicados a otros comuneros (la adjudicación "declara" un dominio ya existente).

La importancia de optar por una u otra alternativa se puede observar en las enajenaciones efectuadas o los gravámenes constituidos por uno solo de los comuneros a favor de terceros durante la indivisión. Por ejemplo, uno de ellos (sin acuerdo de los otros) constituye usufructo sobre un objeto de la comunidad; y después, ese bien es adjudicado a él (al que constituyó el usufructo). Con el efecto atributivo, el usufructo fue constituido por quien no era dueño, porque lo es sólo desde la partición. Con el efecto declarativo lo constituyó el dueño, pues lo es desde que se originó la comunidad.

En este punto el Código chileno optó. Se apartó aquí de la concepción romana y consagró el efecto declarativo de la adjudicación (art. 1344; el art. 718 señala el mismo efecto para la posesión, pero tiene un alcance discutido, como se verá más adelante; infra, Nº 166).

2ª. En cuanto a la relación entre la cuota y los bienes que integran la universalidad (la concepción romana) los con-

sidera *comunicados*. Esta comunicación existe en dos sentidos. Por un lado, significa que la cuota en la universalidad se aplica o imprime en cada uno de los bienes que la integran y en cada parte de ellos (así, si en la comunidad existen un automóvil, una casa y un fundo, cada comunero tiene una cuota en el automóvil, la casa y el fundo). Y, por otro, significa que la naturaleza de los bienes queda impresa, o se refleja, en la cuota, de modo que la naturaleza de ésta será la que tengan aquéllos (así, con referencia a la distinción de bienes en muebles e inmuebles, si en la comunidad hay sólo muebles, la cuota es mueble; si sólo hay inmuebles, es inmueble, y si hay de ambas clases, es mixta).

En este punto el Código chileno no expresó alternativa. Y he ahí el problema. Acogió o no la comunicación entre la cuota y los bienes. Está discutido.

Una opinión, al parecer todavía dominante, admitiendo que el Código chileno se inspira en la concepción romana, estima que esa concepción no se ha seguido, sin embargo, hasta este punto; sostiene que no se produce la comunicación entre la cuota y los distintos bienes; el derecho de cada comunero recae sobre el todo común, abstractamente considerado, no sobre las cosas o partes materiales del mismo. Como argumentos de tal conclusión se ofrecen, principalmente: el art. 1909, por el que el cedente del derecho de herencia no responde de la existencia de bienes determinados, sino sólo de su calidad de heredero, que se justifica precisamente porque su derecho recae nada más que sobre la universalidad; el art. 686, que ordena la inscripción del dominio y de otros derechos reales cuando recae sobre inmuebles, no menciona al derecho real de herencia, lo que se debe a que, por recaer sobre una abstracción, no es inmueble (ni mueble); el efecto declarativo de la adjudicación, establecido expresamente en el Código (arts. 718 y 1344), opuesto al efecto atributivo que tenía en Roma, sería también contrario a la comunicación.

Pero también se ha sostenido que, habiéndose adoptado en nuestro Derecho la concepción romana, la comunicación entre la cuota y cada uno de los bienes de la comunidad (característica de esa concepción), no está excluida. Los arts. 951, inc. 2º y 580 demuestran la orientación concreta del Código respecto de la comunidad en cosa universal; lo que tienen los comuneros son bienes y no una mera abstracción jurídica. Se agrega que el efecto declarativo de la partición no puede tenerse como argumento concluyente para rechazar la comunicación, sobre todo teniendo presente que la partición no es el único medio de poner fin a la comunidad. Así, puede también terminar por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en manos de un solo sujeto, según el art. 2312, N° 1 y, en tal situación, ciertamente no hay efecto declarativo. Si un comunero enajena su cuota en un bien específico y después otra persona, comunero o extraño, reúne en sí todas las cuotas, no se reputa dueño del todo desde el origen de la comunidad, pues aquí no hubo división y por consiguiente no se aplican los arts. 718 y 1344; *no hay norma* con la cual disponer la ineficacia de la enajenación y, por tanto, hay que concluir que subsiste tal enajenación cuotativa y deberá ser respetada por este posterior adquirente del todo común. Queda así demostrado que cada comunero tiene, desde un comienzo, una cuota en cada objeto. Por último, cuando se está en presencia de la comunidad hereditaria, debe distinguirse entre el derecho real de herencia, que sí recae sobre la universalidad jurídica que es la herencia, y la comunidad de dominio que se origina entre todos los herederos, sobre los bienes del causante (comunidad que recae sobre una universalidad de hecho puesto que no tiene pasivo, ya que las deudas están divididas, según el art. 1354); en esa comunidad sobre el activo hereditario, la cuota de cada comunero, como se ha dicho, se comunica a cada bien de que se compone la comunidad. En el mismo sentido puede añadirse

se también el art. 1268; aparte de la acción que tiene para perseguir su herencia (o cuota) poseída por otro (la acción partición de herencia), conforme a ese texto el heredero (el único o cualquiera de los varios) tiene la acción reivindicatoria sobre las cosas singulares; puede reivindicar cosas específicas que sean poseídas por un extraño; esta regla revela que, al tiempo que es heredero (titular del derecho real de herencia) es dueño (si es único) o co- dueño, comunero, de los bienes (porque junto con el derecho de herencia se formó una comunidad universal de dominio entre los varios herederos), y si puede reivindicar cosas, es porque en esa comunidad (universal de dominio sobre el conjunto de cosas) no sólo tiene su cuota abstracta (se ha dicho "flotante"), sino también derecho cuotativo en cada cosa.

Las consecuencias de cada alternativa son de evidente importancia. Si no se produce la comunicación, la cuota no participa del carácter de los bienes que componen la comunidad. Con ello, escapa a la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles. Esto, a su vez, trae varias consecuencias; por ejemplo: si se enajena la cuota, su tradición no requerirá de inscripción conservatoria, ya que ella está establecida para la enajenación de inmuebles y la cuota no lo es, por más que haya inmuebles en su contenido concreto, y bastará, por lo mismo, cualquiera de las formas de tradición para los muebles del art. 684, que constituiría la regla general; si el indivisario es incapaz, para enajenar su cuota no se requiere de las formalidades habilitantes prescritas para enajenar bienes raíces suyos.

Si la comunicación es admitida, las consecuencias anotadas se transforman en las inversas (v. infra, N° 147).

Si la comunidad recae sobre una cosa singular, no hay duda de que la cuota de cada uno se radica en el único objeto de la comunidad y, por tanto, participa de su carácter (art. 580). En consecuencia, los actos sobre la cuota estarán sometidos a las reglas de los actos sobre el respectivo objeto. Si es un inmueble, la

tradición de la cuota requerirá inscripción, la enajenación de la cuota perteneciente a un incapaz necesitará de las correspondientes formalidades habilitantes, podrá rescindirse por lesión enorme si se cumplen los demás supuestos, etc. (aquí hay acuerdo).

b) *Según su origen* (o fuente) la comunidad puede derivar de un *hecho* (como ocurre con la comunidad hereditaria, que nace con el hecho muerte del causante); de la *voluntad del titular* (dos o más personas adquieren en común un bien determinado, o un propietario enajena una cuota), o de la *ley* (como en la medianería, las servidumbres, la copropiedad inmobiliaria).

c) *Según su duración* pueden ser *temporales* o *perpetuas*. Las comunidades temporales, que por regla general son indeterminadas en el tiempo, pueden tener duración determinada en virtud del denominado "pacto de indivisión" el cual, por la adversidad legal a la comunidad, está sujeto a limitaciones (art. 1317). De este modo, si no se ha celebrado un pacto, la regla es que la partición se puede pedir en cualquier tiempo (art. 1317).

Las comunidades perpetuas las establece la ley, aunque en el fondo derivan más bien de la naturaleza misma de las cosas (como es el caso de la comunidad que tiene lugar en la copropiedad inmobiliaria, la medianería, etc.).

d) *Según su funcionamiento* pueden ser activas o pasivas. La frecuencia con que se desarrollan en la actualidad comunidades que funcionan como patrimonios dinámicos, en productiva actividad económica, ha permitido establecer esta distinción entre comunidades activas y pasivas. Las primeras constituyen una masa de bienes que funcionan desarrollando una determinada actividad económica (como es el caso de la copropiedad de las naves, que en el Derecho marítimo es regulada integralmente, o de muchas sucesiones hereditarias, en las que hay un establecimiento comercial o industrial que continúa indiviso y en producción en manos de los herederos). Las

segundas no son más que un conjunto de bienes que estáticamente esperan la remoción de algún obstáculo para ser divididos entre los comuneros. De la lectura de las normas del cuasicontrato de comunidad se colige que el Código tiene más bien la visión de estas comunidades pasivas.

70. La cuota. Con la concepción romana, en nuestros textos los derechos y obligaciones de los comuneros en la cosa común se precisan a través de la noción de cuota o cuota-parte. Es la porción ideal, determinada o determinable, que cada comunero tiene en el objeto de la comunidad. Estas cuotas pueden ser iguales o desiguales; a falta de prueba en contrario, han de entenderse iguales (arts. 1098, 2307). Se expresan generalmente en fracciones o porcentajes (un tercio, un cuarto, veinte por ciento, etc.).

El comunero puede disponer libremente de su cuota por actos entre vivos (por ej., arts. 1320, 1812, 2417) o por causa de muerte (art. 1110); puede reivindicarla (art. 892); puede ser embargada (art. 524 del CPC.). Ello sin perjuicio de los actos materiales que los comuneros pueden ejecutar en la cosa común (arts. 2305 y 2081), pudiendo cualquiera pedir el cese del goce gratuito que de la cosa común hace otro comunero (art. 655 del CPC.).

71. La coposesión. Se ha dicho que la coposesión es a la posesión, en los hechos, lo que la copropiedad es a la propiedad en el Derecho. La coposesión tiene lugar cuando dos o más personas detentan con ánimo de dueño, poseen, un mismo objeto. El Código admite la posibilidad (arts. 718 y 687).

Siguiendo los principios posesorios, el ánimo de dueño debe inspirar a todos los coposedores, aunque no todos detentan materialmente la cosa que en común se posee; basta con que uno de ellos la posea a nombre de todos.

Al igual que en la posesión, la coposesión puede o no ir acompañada del do-

minio; en otros términos, los coposeedores pueden ser o no dueños de la cosa de que se trata; cuando no lo son, adquiere especial importancia, desde que en virtud de ella podrán llegar al dominio mediante la prescripción (se efectuarán nuevos alcances sobre el punto al tratar los problemas de la prescripción entre comuneros, v. infra, N° 267; de la reivindicación, v. infra, N° 267; y de las acciones posesorias entre ellos, v. infra, N° 273).

72. La copropiedad inmobiliaria. Las exigencias del desarrollo urbano, la escasez del suelo, la necesidad de limitar la excesiva extensión de las ciudades y muchos otros factores, han originado e incrementado la construcción de edificaciones de altura, en algunas urbes con caracteres inusitados. Ciertamente, tales construcciones implican su propiedad entre distintos titulares, que utilizan partes de ellas con exclusividad. Pero, gestada así una forma especial de propiedad, ha seguido desarrollándose con el influjo de nuevos factores, que la han conducido también a su aplicación a conjuntos urbanos de una sola planta (de un solo piso).

Inserta en el ámbito de lo que puede denominarse "propiedad urbana", la materia ha llegado a identificarse mediante una expresión reservada especialmente para ella: la llamada "propiedad horizontal" o (actualmente entre nosotros) "copropiedad inmobiliaria".

Se le puede definir como un régimen de propiedad en el cual se es titular del dominio exclusivo sobre determinada unidad de un edificio o sector de suelo, y codueño de modo permanente y en principio irrenunciable de elementos comunes, indispensables a la existencia y disfrute de aquélla.

En Chile, los textos legales fundamentales son la ley 19.537 y su Reglamento.

Una síntesis de esta reglamentación es la siguiente:

1°. El Director de Obras Municipales respectivo es quien, cumplidos los requisitos legales, extiende el certificado que acoge el condominio al régimen de co-

propiedad inmobiliaria; allí se fijan las unidades de que se compone.

2°. Se debe dictar un reglamento de copropiedad, con el contenido mínimo que dispone la ley; en lo no previsto por él, rige el reglamento de la ley. El primero debe ser otorgado por la persona (natural o jurídica) que sea dueña del condominio (con ciertas limitaciones). Una vez otorgado debe reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces; y sólo entonces puede obtenerse el certificado que acoge el condominio a este régimen de copropiedad, y desde entonces es obligatorio para los adquirentes y ocupantes de cada unidad. En una sección especial del Registro de propiedad se archivan los planos del condominio, que deben estar aprobados por el Director de Obras Municipales y el aludido certificado de acogimiento al régimen.

3°. La copropiedad inmobiliaria está constituida por la unión de bienes (unidades) de dominio exclusivo con bienes de dominio común.

4°. Son *bienes* (unidades) de *dominio exclusivo* sectores de un edificio implantado en suelo común (que constituyen pisos o plantas, departamentos, oficinas, locales comerciales, bodegas, estacionamientos); o viviendas de una sola planta en suelo común; y aun viviendas con una superficie de suelo (más extensa de la que cubre la construcción) unidas por suelo común.

Bajo el imperio de la original ley 6.071, el régimen era posible sólo en edificaciones de varios pisos con suelo común; modificaciones posteriores lo hicieron aplicable también a construcciones de un solo piso, con suelo común, y en una novedad de notable importancia la nueva ley permite el *dominio exclusivo de lotes de suelo* en el que se asienta la construcción (también de dominio exclusivo), unidos entre sí por suelo común.

Son *bienes comunes* los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio o conjunto; los que permiten el uso y goce de la propiedad exclusiva; y

otros que, sin tener esos caracteres, sean declarados comunes (en el reglamento de copropiedad o por los copropietarios). La ley señala algunos (en edificios: el terreno, muros exteriores y soportantes, etc.). De la enumeración legal se desprende que son tantos que, en los edificios, el propietario más bien tiene derecho a la exclusividad y privacidad del uso y goce de lo que *encierra* su piso o departamento.

La regla general es que los bienes comunes no pueden dejar de ser comunes. Bastante rígida en la primera legislación, en la actual se ha flexibilizado; en ciertas circunstancias y por acuerdo de la asamblea, pueden enajenarse, darse en arrendamiento o gravarse (art. 14).

5°. El dominio exclusivo es ejercitado con modalidades especiales derivadas de la naturaleza y caracteres de esta forma de copropiedad. Las controversias entre copropietarios y entre éstos y el administrador relativas a la administración del condominio, son de competencia del Juzgado de Policía Local.

6°. El derecho del comunero sobre los bienes comunes se determina por el avalúo fiscal de cada unidad; y en la misma proporción debe contribuir en los gastos comunes, salvo acuerdo distinto; con la misma base se determina el voto en las asambleas de copropietarios; y la cuota que a cada uno corresponde en lo que resta de los bienes comunes (cuando el régimen termina por extinción parcial, según se dirá).

7°. La unidad se puede transferir, transmitir, hipotecar, gravar con otro derecho real o convenir cualquier derecho personal, libremente, sin el consentimiento de los demás copropietarios.

8°. El derecho sobre los bienes comunes es inseparable del dominio, uso y goce de la respectiva unidad; cualquier negociación sobre ésta alcanza a aquél.

9°. Se disponen normas sobre la administración del conjunto y las relaciones de vecindad. Para la administración se establecen órganos: la asamblea de copropietarios, el comité de administración y el administrador (para las causas con-

cernientes a la administración y conservación del edificio, el administrador tiene la facultad de representar en juicio activa y pasivamente a los copropietarios, conforme al art. 23).

10°. Los copropietarios deben contribuir a los gastos comunes (en proporción al valor de su unidad, como se dijo). Si una unidad pertenece a dos o más titulares, son obligados solidariamente. El administrador puede proceder ejecutivamente contra el deudor; se consagra un especial título ejecutivo para el efecto (la copia del acta de la asamblea en que se hayan acordado las expensas comunes). En la totalidad de lo adeudado es deudor quien sea el titular de la unidad al tiempo del cobro (es decir, el actual titular responde de los gastos comunes adeudados aun antes de adquirir la unidad).

11°. Es posible conferir el uso y goce exclusivo de ciertos bienes comunes a uno o más copropietarios (en el respectivo reglamento o por acuerdo de los comuneros).

12°. En cuanto al término del régimen, la ley actual no se refiere expresa y directamente a la materia. Pero hay algunas normas al respecto. Así, si la autoridad ordena la demolición del condominio se dispone que la asamblea "acordará su proceder futuro" (art. 37), y dentro de esta expresión cabe la disolución de la comunidad. También se contempla la posibilidad de que, con ciertos requisitos, la asamblea pueda solicitar a la Dirección de Obras Municipales que proceda a modificar o dejar sin efecto la declaración que acoge el condominio a este régimen (art. 38); en tal situación, la copropiedad inmobiliaria queda convertida en simple comunidad, que ha de regirse por las normas del Derecho común (que aquí se han reseñado); la comunidad prodiviso se convierte en comunidad proindiviso.

72 bis. Situaciones semejantes (tiempo compartido y cementerios). Por particulares factores se han desarrollado también otras modalidades cercanas a la comunidad tradicional que merecen al

menos una referencia: el tiempo comparado y los cementerios.

a) *Tiempo compartido*. La institución es conocida con diversos nombres: multipropiedad, propiedad por turnos, derecho de aprovechamiento por turnos, tiempo propio, tiempo compartido ("time sharing" en el ámbito anglosajón); lo propio de la denominación se vincula a los términos en que se establece y a la calificación que se le atribuya (como se irá viendo). Su origen es relativamente reciente; se ha desarrollado particularmente en inmuebles, en el sector turístico o de recreación.

En descripción inicial, consiste en el disfrute de un bien alternadamente entre varios titulares, conviniéndose el período (en extensión y fecha de cada año) en el que corresponderá a cada uno.

Habitualmente incluye sectores de uso exclusivo junto a espacios comunes (como los de la copropiedad inmobiliaria). Asimismo, lo más frecuente es que incluye variado mobiliario.

Ha prosperado, por la mutua conveniencia para los involucrados. El inversionista logra mejorar la rentabilidad del objeto; los usuarios, evitando soportar el elevado costo de un inmueble en dominio exclusivo, logran disfrutarlo por cierto período en la época que eligen (al menos dentro de sus posibilidades económicas y en su personal percepción de la relación calidad-precio). Incluso, como se ofrece la posibilidad de intercambios en el ejercicio del derecho (facilitado por las denominadas "sociedades de intercambio"), se añade el atractivo de diversificar los lugares y épocas de esparcimiento.

Por otra parte, por falta de control su irrupción ha engendrado algunos abusos (que, al parecer se han ido salvando) y, por cierto, persisten vacíos e interrogantes; se presentan, aquí como en otras materias, por el frecuente adelanto de la realidad a la regulación jurídica. En otros términos, su estructuración se encuentra en gestación, con diverso grado de avance en los diferentes ordenamientos, considerando que en varios países ya se

cuenta con textos legales y comentarios de doctrina.

Para la apropiada comprensión del tema y, en particular, para abordar el importante capítulo de la calificación de su naturaleza jurídica, estimamos conveniente dar cuenta de estas dos constataciones: a) Las normas que en algunos ordenamientos se han dictado suelen contener ciertos rasgos substantivos que, por cierto, influyen en la final calificación jurídica, pero generalmente se han dedicado a imponer controles, especialmente mediante exigencias formales; b) Ante la falta de estatuto regulador, en la práctica el negocio se ha desenvuelto con gran variedad de modalidades, tanto en las características del objeto material (inmueble) sobre el que se contrata, como en el diseño jurídico empleado. En cuanto a las primeras, se ha aplicado a un inmueble (un edificio), a varios edificios intercambiables dentro de un conjunto, a edificios o conjuntos ubicados en distintos lugares del mundo, etc. En cuanto al segundo, se han tomado como modelo o, al menos, como punto de referencia: la propiedad, con modificaciones (por ej., con exclusión de su carácter perpetuo); la propiedad con su modalidad de comunidad (a su vez con diversos matices); otros derechos reales limitados (especialmente el usufructo); la sociedad, el arrendamiento, etc. En suma, en la base, las opciones giran en torno a las nociones de derecho real o personal (la alternativa del derecho real se relaciona con el problema de si los particulares pueden o no crear derechos reales no establecidos en la ley, que ya fue referido al comienzo). Debe tener en cuenta también que las posibilidades de éxito de cada una de estas posiciones no sólo dependerán del afinamiento conceptual sino de las normas que en el respectivo ordenamiento rijan para la correspondiente institución y que se impongan como inmodificables (por ej., entre nosotros, la alternativa de la comunidad tropezará con la imprescriptibilidad de la acción de partición y

la limitación del pacto de indivisión, conforme al art. 1317; la del usufructo tiene el inconveniente de que es intransmisible, etc.).

En las legislaciones que han regulado la materia se ha optado por diversas soluciones (así, por ej., en Francia se adopta la forma societaria; en Grecia, se le ha asimilado a un arrendamiento con especiales características; en España se confiere la opción de regularlo como derecho real o personal).

En Chile no se ha dictado un estatuto sobre la materia; no obstante esa carencia, en la práctica el negocio se ha concretado y hay varias instalaciones con esta forma de aprovechamiento (aunque su incremento se ha desatado al parecer con ritmo irregular). Para el acuerdo entre el inversionista y los usuarios se ha acudido principalmente a la constitución de usufructos (incluso con varios usufructuarios para un mismo período, generalmente parientes entre ellos, con derecho de acrecer, para sortear la dificultad de la intransmisibilidad que —como se sabe— por norma está impuesta para este derecho real).

Estimamos que en la decisión acerca de la naturaleza jurídica y sobre todo para el diseño del convenio que debe suscribirse entre el inversionista y los usuarios (mientras los textos legales no impongan uno), debe considerarse la substancia prevaleciente que se persigue, entre la *propiedad* del objeto o el *servicio* que se presta con base en él; el objetivo predominante encuentra en los esquemas jurídicos el instrumento propicio: el derecho real o el derecho personal. Por lo mismo, si —como parece ser— los usuarios persiguen el objetivo de encontrar eficientes y oportunos servicios más que adquirir una cuota de las instalaciones materiales, con las cargas que siempre traen consigo, el derecho personal, con la correlativa obligación (descritos apropiadamente en el contrato) se presenta como el instrumento más propicio. b) *Cementerios*. Como se sabe, en el país el tema evoca influyentes episodios

de la vida nacional, gestados sobre la inmediata circunstancia de que desde sus comienzos y por mucho tiempo su organización y funcionamiento se mantuvieron vinculados a la Iglesia Católica.

Por cierto, la referencia que aquí será formulada está dirigida al capítulo de los derechos que se tienen en el preciso lugar de la sepultura.

Luego de un precepto del CC. (el art. 587 del CC., según el cual el uso y goce de cementerios en predios de particulares pasarán con ellos a quienes adquieran los predios, salvo que se disponga otra cosa por testamento o acto entre vivos), *los principales textos son*: el Código Sanitario (Libro VIII, arts. 135 y sgts.); la ley 18.096, que dispone el traspaso de cementerios de Servicios de Salud, a las Municipalidades; el DS. 357, Reglamento General de Cementerios; el DFL. N° 1 que determina las materias que requieren autorización sanitaria expresa.

Conforme a estos textos:

1. Cementerio es un "establecimiento destinado a la inhumación o a la incineración de cadáveres o de restos humanos y a la conservación de cenizas provenientes de incineraciones" (Regl. General de Cementerios, art. 2°).

2. Existen cementerios generales (o públicos) y particulares. Los primeros son los que pertenecen a alguna institución del Estado (como los del Servicio Nacional de Salud -SNS-, los de las Municipalidades); los particulares son los de cultos religiosos, los de colonias extranjeras, etc. (Regl. General de Cementerios, art. 15°).

3. La instalación y funcionamiento de cementerios, públicos y privados, requiere autorización sanitaria expresa (DFL. N° 1, art. 1°, N° 26°).

4. Sólo en cementerios legalmente autorizados podrá efectuarse la inhumación de cadáveres o restos humanos (salvo autorización del Director General de Salud) (Código Sanitario, art. 135°).

5. Sólo el S.N.S. podrá autorizar la instalación y funcionamiento de cementerios (Código Sanitario, art. 136°).



6. Corresponderá a las Municipalidades instalar cementerios, previa aprobación del SNS., en los lugares en que no los hubiere o fueren insuficientes (produciendo adquirir o expropiar terrenos para el efecto) (Código Sanitario, art. 138).

7. Los terrenos dedicados a cementerios deberán ser única, exclusiva e irrevocablemente destinados a este objeto (Regl. General de Cementerios, art. 16).

8. Se distinguen diversas clases de sepulturas (mausoleos de familia, nichos perpetuos y temporales, sepulturas en tiera perpetuas y temporales, etc.) (art. 29).

9. La situación jurídica de la sepultura y la naturaleza del derecho sobre o respecto de ella ha sido discutida en la doctrina y en nuestros textos no queda

definida. Han sido sostenidas las más variadas alternativas. La circunstancia de existir cementerios públicos y privados, conduce a distinguir para esos efectos. En los públicos se ha propuesto la calificación de derecho real, derecho personal, derecho real administrativo, "permiso especial de uso". En los privados, el derecho que surge del contrato que se celebra entre la sociedad que crea el Cementerio y el adquirente del derecho de sepultura asimismo ha sido objeto de variadas calificaciones: de derecho real (dominio, de propiedad prodiviso, de derecho real limitado) y de derecho personal (y en esta última se ha añadido el complemento de "derecho personal innominado", inmueble).

PÁRRAFO I

DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA

73. Conceptos y alternativas. Para la transferencia de bienes por acto entre vivos, en la historia del Derecho se han ido configurando diversos sistemas.

Con precedentes romanos (a los que pronto se hará referencia), en muchas legislaciones, entre ellas en la nuestra, para la transferencia del dominio y demás derechos reales, y aun personales, se exige la concurrencia de dos elementos jurídicos: un título y un modo de adquirir.

Título es el hecho o acto jurídico que sirve de antecedente para la adquisición del dominio. *Modo de adquirir* es el hecho o acto jurídico que produce efectivamente la adquisición del dominio.

Con el solo título, pues, no se adquiere el dominio de las cosas: de él nace solamente un derecho personal, el derecho de exigir que posteriormente se transfiera el dominio por el obligado, mediante el correspondiente modo de adquirir. El ejemplo más claro lo proporciona la compraventa: perfeccionado el contrato de compraventa, el comprador aún no es dueño de la cosa comprada ni el vendedor la ha hecho ajena; con el contrato, el vendedor se ha obligado a transferirla al comprador; posteriormente, el dominio se transfiere cuando el vendedor efectúa al comprador la entrega o tradición de la cosa vendida. De ahí que suele expresarse que son los modos de adquirir las fuentes de donde emanan los derechos reales.

En la práctica, esta dualidad frecuentemente no se percibe con nitidez. Así

Capítulo III

LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

acontece en el título masivamente empleado, la compraventa de muebles, que es consensual; el modo suele seguir tan inmediatamente al título, que casi se confunden: se produce acuerdo en la cosa y en el precio e inmediatamente se entrega la cosa vendida. Pero se distinguen claramente en la compraventa de inmuebles, en la cual primero se celebra el contrato por escritura pública y, posteriormente, cumpliendo el contrato, tal título se inscribe en el Registro; con ese acto de inscripción —forma en que se efectúa la tradición de inmuebles— se produce la transferencia del dominio.

Los títulos que habilitan para la posterior transferencia del dominio son llamados títulos traslativos de dominio. Son innumerables, legalmente no tienen un número cerrado y pueden revestir la forma y características que acuerden los particulares. Generalmente adoptan la forma de contratos: compraventa, permuta, donación, aporte en propiedad a una sociedad. Tal es el sistema denominado romano, del título y modo, o del efecto personal del contrato.

Además del nuestro, siguen el sistema, por ej., los Códigos español, austriaco, suizo, ruso y varios latinoamericanos (incluido el nuevo CC. brasileño de 2002).

Frente a él se conoce el sistema consensual, o del efecto real del contrato, en cuya virtud el solo título es suficiente para producir la transferencia del dominio, sin necesidad de recurrir al modo. Fue establecido señaladamente por el Código Civil francés y de allí adoptado por otros; por ej., los de algunos países latinoamericanos y posteriormente el italiano, el portugués, el de Québec.

