

lo que da configuración propia a este instituto (y que lo distingue del usufructo, en el cual el goce de la cosa por el usufructuario habrá de tener necesariamente fin).

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

El art. 738 dispone que a la condición que siempre supone (de existencia del fideicomisario al tiempo de la restitución), pueden agregarse otras, copulativa (junto a la anterior) o disyuntivamente (de manera alternativa a la anterior).

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

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

226. Efectos del fideicomiso

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

— Por esto es que el propietario fiduciario puede:

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

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

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

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

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

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

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

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

Excepciones. Los arts. 749 y 760 establecen tres situaciones que hacen excepción a las obligaciones antes enunciadas: el art. 749 se refiere al llamado "tenedor fiduciario", que está obligado a restituir también los frutos; el art. 760, inc. 1º permite la posibilidad de liberar al fiduciario de responsabilidad por todo deterioro, y el inc. 2º hace referencia al que se ha denominado "fideicomiso de residuo".

B) *Derechos y obligaciones del fideicomisario*

— Con la constitución del fideicomiso el fideicomisario adquiere la simple expectativa de llegar a obtener la cosa de que se trata. Éste es para él el efecto básico que se produce con la constitución de la propiedad fiduciaria (art. 761). Conse-

cuencia de ello son las prerrogativas que la ley le confiere:

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

2º. Se ha sostenido que podría transferir su expectativa (por ej., venderla, por el art. 1813).

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

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

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

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

Capítulo III

EL USUFRUCTO

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

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

229. Características. Pueden señalarse las siguientes principales:

1º. *Es un derecho real.* Está enumerado en el art. 577, y le da contenido, de uso y goce, el mencionado art. 764. Siendo propietario de su derecho real (art. 583) para protegerlo el titular está premunido de la acción reivindicatoria (art. 891) y —si recae sobre inmueble— de las posesorias que correspondan (art. 916). Puede verse así la diferencia con el derecho personal de goce, que no puede reclamarse sino del correlativamente obligado (por ej., el que tiene el arrendatario).

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

A diferencia de otros enumerados en el art. 577, es un derecho real principal; su finalidad se encuentra en su contenido

y no en asegurar el cumplimiento de una obligación (como ocurre, por ej., con los derechos reales de prenda y de hipoteca).

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

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

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

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

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

230. Elementos. Son los siguientes:

231. 1º. Bien susceptible de usufructo. El Código no ha establecido normas a

este respecto, por lo que se concluye en una amplia posibilidad de constituir usufructo: sobre una universalidad (como la herencia) o sobre una cuota de ella; sobre una especie o cuerpo cierto o una cuota de él; sobre bienes muebles o inmuebles; fungibles o no fungibles, y sobre derechos personales.

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

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

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

- Respecto de la cosa fructuaria, el usufructo es un título de mera tenencia (el usufructuario reconoce dominio ajeno) mientras que el cuasiusufructo es un título traslativo de dominio (el cuasiusufructuario se hace dueño del bien que recibe) (art. 789).
- De lo anterior resulta que llegada la época de la restitución el nudo propietario

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

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

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

234. 2º. Concurrencia de tres sujetos

- Constituyente.* Es quien crea el derecho de usufructo (más precisiones sobre el carácter de este constituyente se verán pronto, al examinar la constitución del usufructo).
- Nudo propietario.* Es quien tiene la propiedad de la cosa fructuaria (sin el uso y goce). Puede ser el mismo constituyente, en cuyo caso conserva la pro-

piedad nuda, o un tercero, a quien se le atribuye.

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

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

Los sucesivos consisten en el traspaso del derecho de un usufructuario a otro al cabo de un tiempo, luego a otro y así sucesivamente, como lo indica su nombre. El alternativo consiste en la adquisición del derecho por un usufructuario, que al cabo de un tiempo lo traspasa a otro, al final del plazo de éste vuelve al primero, prosiguiendo la adquisición de manera alterna e infinita. El art. 769, que dispone la prohibición, señala los efectos que se producen si de hecho se constituyen (v. también el art. 10).

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

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

- El usufructo dura, a lo más, toda la vida del usufructuario; si se estipula un

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

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

c) Si se establece una condición, habrá que atenderse a ella, y expirará el usufructo cuando se cumpla, pero con la limitación de la muerte del usufructuario. Asimismo, se puede agregar una condición al plazo que se establezca (por ej., el usufructo se extinguirá al cabo de diez años o antes si ocurre tal evento). En suma, la condición en el usufructo tiene el efecto de adelantar, eventualmente, su extinción.

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

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

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

- 1º. ley;
 - 2º. voluntad del propietario;
 - 3º. prescripción;
 - 4º. sentencia judicial.
- 1º. *Por ley.* A este origen se refiere el art. 810. A estos derechos de usufructo, pero generalmente derechos de usufructo, pero difieren bastante de esta institución (estos "derechos legales de goce", del padre sobre los bienes del hijo y del marido sobre los bienes de su mujer, son examinados en el estudio del Derecho de familia).

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

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

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

Pero hay otro planteamiento, que compartimos. Se recordará (supra, Nº 219, nota) que, rechazándose la idea de transferencia por desprendimiento de

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

En todo caso, la inscripción debe efectuarse en el Registro de hipotecas y gravámenes del Conservador de donde esté ubicado el inmueble (arts. 686 del Código y 52, Nº 2 del Regl.). Además de la inscripción, deberá ponerse el predio a disposición del usufructuario para el ejercicio de su derecho (y puede utilizarse aquí lo dispuesto en el art. 702, inc. final, aunque esté dispuesto directamente como presunción de tradición).

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

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

Si se trata de una transferencia del usufructo ya constituido, es necesario previamente dar cuenta de que, como se dirá pronto, está discutido si lo cedido es efectivamente el usufructo o sólo el ejercicio del derecho (emolumento del usufructo) (infra, Nº 238). Supuesto que lo trans-

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

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

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

3º. *Por prescripción.* Esta posibilidad (contemplada expresamente en el art. 766 Nº 4) no será muy frecuente, ya que lo

usual es que quien posee una cosa lo hace con el ánimo de señor sobre el bien en su integridad. Sin embargo, puede tener aplicación en situaciones en que se ejercita el derecho con un título de usufructo, pero que ha resultado ineficaz para adquirir el derecho propiamente; por ej., cuando se constituye el usufructo sobre cosa ajena, se entregó la cosa fructuaria para el ejercicio del derecho y, desde entonces, el usufructuario comenzó a poseer el derecho, que no obtuvo porque el constituyente no era el dueño (en la concepción del derecho real limitado como desmembramiento del dominio, en que aun al constituirse -por primera vez- se concibe que hay tradición del derecho real, se dirá: al efectuarse la tradición del derecho real de usufructo, esta tradición no producirá su efecto normal, porque el tradente no tenía el derecho; la tradición, entonces, dejará al adquirente en posesión del respectivo derecho de usufructo); así, poseyendo el derecho por el lapso exigido, se terminará ganándolo por prescripción (podría también cobrar aplicación cuando el título de constitución resulta nulo).

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

4º. *Por sentencia judicial.* Suele citarse como ejemplo la disposición del art. 1337 Nº 6, en la partición de bienes, pero debe observarse que el precepto permite al partidor constituirlo "con el legítimo consentimiento de los interesados", lo que más bien nos lleva a un usufructo originado por voluntad de las partes, que sólo formalmente se consignaría en el fallo arbitral. Más precisa es la situación contenida en la ley 14.908 (llamada de Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias): "El juez podrá fijar también como pensión alimenticia un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los Registros correspondientes del Conservador de Bienes Raíces". (art. 9 inc. 2º) (puede

verse también el art. 65 de la Ley de matrimonio civil, que permite al juez constituir usufructo, uso o habitación como forma de conferir indemnización compensatoria).

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

238. a) Derechos del usufructuario

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta facultad ha motivado una discusión en orden al objeto preciso del arriendo o cesión (transferencia). El punto se plantea con trascendencia en esta última: puede entenderse que es posible ceder el usufructo mismo o sólo su ejercicio (que ha sido llamado "emolumento del derecho de usufructo"). Si lo cedido es el derecho, el cesionario quedará como nuevo usufructuario; pasa a ocupar la posición jurídica del cedente, teniendo el mismo derecho y, por tanto, con las mismas atribuciones y sometido a las mismas restricciones y extinción (si se concluye que lo transferido es el derecho, y se trata de un inmueble, el cesionario puede, por ej., hipotecarlo -conforme al art. 2418-, lo que no podría hacer si lo cedido es sólo el emolumento o ejercicio del derecho de usufructo; en esta última posibilidad sería el cedente quien conservaría el derecho pudiendo él, aun después de la cesión, hipotecarlo) (con el inc. 2º del art. 793, que luego de la cesión mantiene directamente responsable al cedente, y lo dispuesto en el inc. 2º del art. 794, entre nosotros un fallo (antiguo) resolvió que lo cedido son sólo los frutos; por otra parte, se ha resuelto que la entrega del usufructo en arrendamiento al nudo propietario no lo transforma en usufructuario, y por tanto no opera la consolidación).

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

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

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

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

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

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

Respecto del inventario, debe ser solemne (art. 858 del CPC.) y no se exige tratándose de los llamados usufructos legales; en el usufructo que contempla, la ley 14.908 exige solamente inventario simple. Frente al silencio de la ley, que expresamente autoriza la posibilidad de extinguirlo de la caución, se ha discutido la posibilidad de que el constituyente o nudo propietario pueda liberar al usufructuario de la obligación de confeccionar inventario. Predomina la opinión de que es posible, en base a la autonomía de la voluntad, con la salvedad de situaciones excepcionales como aquella a la que se refiere el art. 1407; si se configura un usufructo con las características que esa norma señala, el inventario sería un requisito del título mismo y no podría evitarse (v. también art. 379) (para efectos tributarios, sin embargo, puede ser necesario). En cuanto a la caución, la ley no ha dado mayores especificaciones ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto a su monto, por lo que quedará entregada a las particularidades del caso (art. 46). Gene-

ralmente se convendrá entre usufructuario y nudo propietario, regulándola el juez en desacuerdo. Puede ser liberado de la caución (art. 775, inc. 22) y la ley establece esta liberación en ciertos casos (como los contemplados en el art. 775, inc. 3º, en los usufructos legales, en la ley 14.908, en la Ley General de Bancos).

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

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

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

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

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

2º. *Obligaciones durante el ejercicio del derecho de usufructo.*

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

Es la obligación fundamental (resumida en la antigua expresión *salva rerum substantia*).

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

racterísticas que pueden incidir en su apreciación. Más que posiciones adoptadas, conviene observar *caracteres* que, según el caso concreto, pueden resultar decisivos para identificar ese contenido: la estructura física, su aspecto externo, su función o destino. Este último ha sido siempre justificadamente destacado. El término substancia de la cosa no debe entenderse referido tanto a la materialidad como a la "substancia jurídica", que es lo que da existencia a cierto ser; designado con cierto nombre, con cierta forma apropiada para cierta destinación; en este sentido, cuando el Código agrega "forma" no añade algo nuevo; forma y substancia se unen indisolublemente para constituir la cosa (se trata de una "forma substancial"). El destino de una cosa depende, en primer término, de su naturaleza. Algunas no admiten sino uno determinado, pero lo más frecuente es que sirvan para fines diversos. Entonces, puede ocurrir que al tiempo de constituirse el usufructo tenga uno definido impuesto por el propietario. Pues bien, a falta de precisiones en el título, un *cambio* de destino por el usufructuario ha sido bien controvertido. Compartimos la preferencia —al parecer dominante— de partir del principio de que debe ser mantenido el destino impuesto por el dueño, pero admitiendo excepcionalmente la modificación o cambio, si se justifica para obtener un mejor aprovechamiento de la cosa atendidas las circunstancias imperantes, objetivamente consideradas. Por otra parte, la admisión de un cambio de destino está vinculada también a la especificidad; es más fácil admitir un cambio de un destino a otro semejante (de un huerto frutal a otro) que a uno muy diferente; las posibilidades de retornar al primitivo destino serán asimismo influyentes.

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

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

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

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

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

En los Códigos del siglo XX sigue predominando la actitud de abstenerse de introducir precisiones.

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

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

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

En el cumplimiento de estas obligaciones responde hasta de la culpa leve (arts. 787, 802, 44).

3º. *Obligaciones una vez extinguido el usufructo*. Normalmente es una: restituir la cosa fructuaria (arts. 764 y 787). El nudo

propietario puede interponer la acción contemplada en el art. 915 si no se le restituye espontáneamente.

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

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

240. c) Derechos del nudo propietario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

242. **Extinción.** El usufructo se extingue:

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

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

3º. Por resolución del derecho del constituyente (art. 806).

Siendo un derecho real, el usufructo puede perseguirse de manos de quien se encuentre la cosa fructuaria, de modo que —como se dijo— si el nudo propietario enajena la cosa, el usufructo persiste; así, en-

tonces, esta causal debe entenderse aplicable a una causa de resolución del derecho del constituyente que ya existía al constituirse el usufructo (como lo ilustra el ejemplo que ofrece el precepto).

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

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

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

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

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

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

ner en cuenta las normas del derecho de alimentos).

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

243. Usufructo y fideicomiso. En varias ocasiones la jurisprudencia ha debido

dirimir controversias sobre la calificación de un acto como fideicomiso o usufructo. Sin perjuicio de que es posible constituir una misma cosa en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso en favor de otra (art. 736). El art. 738 y las reglas de los arts. 1070 y sgts. y 1080 y sgts. también deben tenerse en cuenta.

Capítulo IV

EL USO O HABITACIÓN

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

"El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

247. Elementos. Los elementos fundamentales de toda servidumbre (y que

se desprenden de la propia definición legal) son:

a) *Dos predios de distinto dueño.* En doctrina se ha discutido la posibilidad de constituir servidumbres sobre objetos adheridos al suelo y sobre pertenencias. Parece prevalecer la noción de “fundo”, en el sentido de suelo, como central de la institución; así, se concluye en la imposibilidad de constituir servidumbre sobre objetos adheridos o pertenencias considerados autónomamente (aisladamente); aunque pueden resultar directamente beneficiados o gravados en cuanto forman parte del “fundo” que es el dominante o sirviente. Entre nosotros, con base en nuestras categorías de inmuebles, se ha discrepado sobre la clase de inmuebles que quedan comprendidos en el concepto de predios. Se ha resuelto que se trata no sólo de inmuebles por naturaleza, sino también de inmuebles por adherencia o por destino; en contra, que sólo es posible constituir servidumbre respecto de los primeros, pues la expresión está definida en el art. 568, que llama predios a las casas y heredades.

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

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

Puede observarse que no obstante la insistencia en la idea de predialidad de

la servidumbre, que hace girar toda su estructura en base a la utilidad y carga de los predios de que se trata, en definitiva la relación jurídica se produce entre sujetos, precisamente entre los propietarios, y si bien en ciertos casos, como veremos, la voluntad de alguno de ellos puede resultar poco relevante, en último término, estando los bienes al servicio de las personas, en ellos va a redundar el beneficio o pesar el gravamen.

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

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

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

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

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

- a) Es un derecho real (art. 577).
- b) Es un derecho inmueble (art. 580).
- c) Es un derecho accesorio; esta característica de la servidumbre activa es de especial importancia y deriva directamente de la prelación de la servidumbre. Desde luego, conviene observar que la accesoriidad no está tomada aquí en la acepción empleada para las obligaciones (contenida en el art. 1442);

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

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

e) Es un derecho indivisible, lo que significa que la servidumbre no puede adquirirse, ejercerse o extinguirse parcialmente, por partes (lo que tiene importancia en el caso de pluralidad de propietarios); esta característica explica las normas contenidas en los arts. 826, 827 y 886.

249. Clasificación. Ha sido principalmente la variada naturaleza de los grava-

menes lo que ha originado otras tantas clases de servidumbres que, para mayor claridad, desde antiguo se han agrupado en base a diferentes factores:

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

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

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

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

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

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

251. De las diversas clases de servidumbres según su origen. Siendo la fuente originaria la que señala fundamentalmente las normas por las que se rige el ejercicio del derecho de servidumbre, siguiendo antiguos precedentes el Código empleó esta clasificación para precisar algunas disposiciones.

252. 1) Servidumbres naturales (art. 833). Actualmente, el Código contempla sólo una servidumbre natural, la denominada de "libre descenso o escurrimiento de las aguas"; proviniendo de la natural situación de los predios, por tal gravamen

el dueño del predio sirviente no tiene derecho a indemnización alguna, y deberá siempre soportarlo (arts. 831 y 833).

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

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

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

b) *Servidumbres de utilidad privada*.

Como se desprende de su nombre, el gravamen en esta especie de servidumbres reporta una (directa) utilidad al particular propietario del predio dominante. También se determinan por las ordenanzas de policía rural (art. 841), limitándose el Código a regular las de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería,

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

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

Como se dijo, el Código reglamenta las servidumbres (legales de utilidad privada) de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista. El Código les dedica normas bastante específicas (arts. 842 al 878), muchas de las cuales se vienen transmitiendo desde el

Derecho romano (las disposiciones relativas a las servidumbres de acueducto han sido suprimidas, rigiendo para ellas las contenidas en el C. de A.).

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

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

Se desarrolla en dos etapas: una intelectual, de fijación de la línea imaginaria (si no hay acuerdo será trazada por el juez), y otra material, de implantación de hitos o señales físicas que indiquen el curso de la línea.

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

El Código la califica de servidumbre, pero puede observarse claramente que no concurren los elementos para esa califi-

cación. Se trata sólo de una facultad derivada del dominio, por la cual el dueño puede desplegar actividades tendientes a precisar el objeto de su derecho.

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

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

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

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

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

La circunstancia de existir una línea divisoria, con señales o cerco, no parece ser obstáculo para accionar de demarcación. Puede acontecer que la delimita-

ción existente haya sido diseñada y construida unilateralmente por uno de los vecinos; esa circunstancia no puede impedir la reclamación del otro (pero la acción podría ser desechada si se demuestra por el demandado que la existente proviene del común acuerdo de los que a la sazón eran los vecinos).

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

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

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

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

b) Nos parece lo más razonable (y así se ha resuelto): si la zona conflictiva no

es poseída efectivamente (mediante actos posesorios materiales, ostensibles) por ninguno de los contendores, procede la demarcación; por el contrario, si ese territorio está siendo poseído por otro (el vecino), y se pretende la restitución, lo procedente es la reivindicatoria.

En todo caso, puede entablarse la acción de demarcación como subsidiaria de la reivindicatoria.

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

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

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

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

El art. 842 concede la acción a "todo propietario". Siguiendo doctrina extranjera, entre nosotros se ha concluido que también puede pedir la demarcación todo el que tenga sobre el inmueble un derecho real limitado (como usufructo, uso). En todo caso, terminado el derecho real, si el dueño se considera perjudicado, parece razonable permitirle volver a discutir el deslinde (porque podría existir confusión entre el vecino y el titular del derecho real). Con esto, si demanda de

demarcación sólo uno (el nudo propietario o el usufructuario), conviene al demandado citar al juicio también al otro, para que la sentencia afecte a ambos. Pero un fallo ha resuelto que la acción la tiene el dueño.

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

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

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

Por otra parte, la sentencia es declarativa; constata una situación, clarificando-

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

En todo caso, no se extingue por el no uso (art. 2499).

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

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

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

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

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

Es claro que la demarcación es previa a ella.

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

b.3. *Tránsito.* El dueño de un predio destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de

otro(s) predio(s), tiene derecho para exigir paso a su través en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, previo pago de la justa indemnización (art. 847).

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

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

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

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

254. 3) Servidumbres voluntarias. El art. 880 dispone la norma general para esta clase de servidumbres, confiando margen a la autonomía de la voluntad

para que se pacte cualquier gravamen, con las limitaciones del orden público y la ley; y pueden constituirse como voluntarias las servidumbres denominadas legales cuando no se cumplen, para imponerse en ese carácter, todos los requisitos que la ley ha dispuesto. Es claro que para que se pueda calificar de servidumbre deberán aparecer los elementos y caracteres fundamentales de la institución.

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

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

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

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

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

se constituye por testamento, ciertamente se cumplirán las solemnidades de éste.

El título puede ser suplido por un reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente (art. 883).

Tradicón del derecho real de servidumbre. Concibiendo la constitución del derecho real como un "desprendimiento" de facultades del dominio, en el art. 698 el Código go se refiere a la "tradicón" del derecho de servidumbre, disponiendo —como forma excepcional— que se efectúe por escritura pública, que puede ser la misma del acto o contrato. Para cumplir con la regla, en la escritura en que se acuerda la servidumbre se incorporará una estimación destinada a efectuar esa llamada tradición, con las declaraciones que señala el citado art. 698. Consecuente con esa forma (aunque refiriéndose a la "constitución"), el Regl. del Registro incluye la constitución de la servidumbre entre los títulos que pueden (y no que deben) inscribirse (art. 52, N° 2).

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

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

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

La ley 6.977 (de 16 de julio de 1941) prescribe que la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos sólo puede adquirirse por escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces; debe

además dejarse constancia de la obra en un plano aprobado por la autoridad competente, que deberá protocolizarse al tiempo de otorgarse la respectiva escritura pública.

Es evidente la conveniencia de exigir la inscripción para la constitución de la servidumbre. Al no quedar la constancia centralizada en el Registro (del lugar en que está ubicado el predio sirviente), los terceros potenciales adquirentes pueden ignorar la existencia de la servidumbre; así, pueden encontrarse con la perjudicial sorpresa de que el inmueble que adquirieron está gravado con una servidumbre no obstante haber sido diligentes en examinar el Registro antes de adquirir (por cierto, debe procederse a la reforma).

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

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



sibles, no habría tenido la oportunidad de impedirlos).

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

Debe considerarse también la aplicación de la prescripción al modo de ejercer la servidumbre (para adquirirlo y perderlo).

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

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

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

Es aplicable también esta forma de constitución en el caso de que, existiendo la servidumbre, ambos predios se reúnen en un solo propietario y continúa éste manteniendo el gravamen, ahora como un simple servicio dentro de los bienes de su dominio y, posteriormente, al enajenar uno de ellos, vuelve a aparecer la

diferencia de dueños. La servidumbre reaparece, constituida ahora por la destinación que mantuvo el propietario mientras era dueño de ambos.

El servicio que originará la servidumbre debe ser continuo y aparente (art. 881). Además, conviene observar que el art. 883 inc. 2º no reconoce expresamente esta forma de constitución como una especial, sino que atribuye a esta forma la virtud de *reemplazar al título*, como también puede reemplazarlo el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente (la ley 6.977, que también contempla expresamente esta forma de constitución respecto de la servidumbre de alcantarillado, dispone que si alguien establece un servicio de esta naturaleza entre dos predios que le pertenecen, en todo caso debe otorgar escritura pública en que conste la instalación, e inscribirla en el Conservador; y si posteriormente pasan los predios a ser de distintos dueños, subsiste el servicio —ahora como servidumbre—, a menos que se estipule lo contrario, también por escritura inscrita).

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

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

CUARTA PARTE ACCIONES PROTECTORAS

258. Advertencia. El dominio y los demás derechos reales necesitan de protección jurídica para cuando un tercero pretende vulnerarlos o efectivamente los vulnera.

El ordenamiento jurídico contiene variados instrumentos de los que el titular dispone para la preservación de su derecho. La variedad de su naturaleza los ubica en diferentes sectores de la legislación. Los más importantes se mencionan a continuación.

259. A) Medidas generales de protección al dominio. a) Quizás la primera forma de protección que el titular del dominio tiene, implantada en la generalidad de las legislaciones, pero que consagra una atribución más bien natural, es la denominada *legítima defensa*, que cubre, como se sabe, no sólo a la persona, sino también a los bienes. Esta personal protección queda establecida en forma de eximente de responsabilidad penal, por la que el individuo no responde si obra en defensa de su persona o derechos, ante una agresión injusta y no provocada, cumpliéndose otros requisitos que establece la ley penal (art. 10 N° 4 del CP.).

b) Constituye también protección la *garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad privada*, asimismo contenida generalmente en las cartas fundamentales. Admitido que ciertos bienes son susceptibles de dominio particular, el constituyente declara que esa propiedad es inviolable. Por una parte, se protege así al propietario de una eventual agresión legislativa y, por otra, obliga al legislador a dictar la normativa que haga operable

esa protección, y a la autoridad administrativa que la mantenga en vigencia práctica. En la propia Constitución se regula, además, en sus bases, la gran excepción a esa inviolabilidad, cual es la expropiación por causa de utilidad pública; a esas bases deben someterse las leyes expropiatorias; allí se intenta resguardar tanto el interés general, que justifica la expropiación, como los derechos del particular que ha de ser privado de su dominio (en nuestra C. Pol. art. 19 N° 24; v. supra, N° 57 bis).

Esa proclamación general de inviolabilidad ha ganado en la misma Constitución una vía de concreta eficacia en el *recurso de protección*, que significa un acceso expedito a los tribunales, ante ataques al derecho de propiedad (como a otros derechos de las personas constitucionalesmente reconocidos) (art. 20 de la C. Pol.). Y su utilidad ha quedado de manifiesto en la nutrida jurisprudencia que se ha ido acumulando, abonada por un criterio amplio en su aplicación (v. lo dicho sobre las cosas incorporales, supra, N° 14, y sobre la protección constitucional, supra, N° 57 bis).

c) Como otra de las medidas que concretan aquella inviolabilidad, y para lograr el orden social elemental, la legislación penal tipifica un conjunto de delitos que, agrupados bajo el rubro *delitos contra la propiedad*, constituyen otras formas de protección al dominio (delitos de hurto, robo, usurpación, etc.; arts. 432 y sgts. del CP.).

260. B) Protección en el Derecho privado. Dentro de la técnica de los dere-

chos patrimoniales, se han configurado ciertas acciones tendientes a la protección del dominio y demás derechos reales, que se pueden denominar genéricamente acciones protectoras.

La doctrina las ha clasificado:

a) Un primer grupo está constituido por las acciones del dominio propiamente tales, que lo protegen *directamente*.

A su vez, algunas de ellas están destinadas a eliminar perturbaciones al dominio ya consumadas, de las cuales el ejemplo típico es la *acción reivindicatoria*. En doctrina se agregan la acción *confesoria*, por la que se pretende que se declare a favor del demandante la existencia de un derecho real limitado sobre una cosa de propiedad del demandado; y la acción *negatoria*, con la que se pretende obtener una declaración de que una cosa no está gravada con un derecho real que el demandado pretende (es decir, que está libre de esa carga) o que esa carga tiene otra (inferior) entidad que la que se pretende. El Código no las menciona; la confesoria puede entenderse incluida en el art. 891 (que consagra la reivindicación de los demás derechos reales, como se dirá) (al tratar la reivindicación se verán otras, con base en nuestros textos; infra, N° 267; allí, en la denominada declarativa de dominio, puede quedar incluida la negatoria). Otras de estas acciones están destinadas a prevenir un daño que se teme, evitando que se consume, como las llamadas acciones posesorias (o interdictos posesorios) de *obra nueva* y *obra ruinosas*, que aunque por su ubicación aparecen en nuestros textos incluidas en las protectoras de la posesión, se entiende que no tienen en realidad ese alcance. Las acciones de *demarcación* y *cercamiento*, tratadas por el Código en las servidumbres, también son protectoras del dominio; evitan conflictos respecto de la determinación del objeto del dominio en los predios colindantes, sin perjuicio de solucionar

otras dificultades entre los vecinos, y tienen en definitiva asimismo a la conservación de la cosa (puede mencionarse también la tercera de dominio, arts. 518 y sgts. del CPC.).

b) Un segundo grupo de acciones protegen el dominio en forma sólo *indirecta*, ya que están normalmente destinadas a otros objetivos; pertenecen a éstas las *acciones posesorias* y la *acción publiciana*. En nuestro Derecho estas acciones están destinadas a proteger la posesión, pero cuando el poseedor lo es como consecuencia de ser dueño (lo cual ocurre generalmente, por lo que se justifica —como se ha dicho— la presunción del art. 700) al protegerse la posesión se está protegiendo el dominio (puede mencionarse también la tercera de posesión, arts. 518 y sgts. del CPC.; además, v. infra, N° 267, final).

261. C) Acciones personales. Por último, si la turbación del dominio resulta ser una derivación de una relación contractual, también puede protegerse mediante una acción personal emanada del respectivo contrato; así, si al terminar un contrato de comodato el comodatario no restituye la cosa al comodante (dueño), como es su obligación (art. 2180), éste puede ejercitar la acción personal correspondiente (derivada del contrato de comodato) para lograr judicialmente la restitución (situación similar puede producirse en el contrato de arrendamiento, etc.) (y tal vez este camino resulte más expedito, pues la prueba del contrato respectivo puede ser menos complicada para el perjudicado que la prueba del dominio, la cual, como veremos, es necesaria para reivindicar; es posible que encuentre también por esta vía un procedimiento más rápido).

Si el contrato es declarado *nulo*, las reglas de la nulidad conceden acción resolutiva (arts. 1687 y 1689); y si *resuelto*, acontece otro tanto (arts. 1487, 1490 y 1491; v. además infra, N° 267, final).

ACCIÓN REIVINDICATORIA

Otros derechos reales. Reivindicación de cuota.

Cosas reivindicables. Aunque entre nosotros —ya muy habituados a la irrestricta protección al dominio— pueda parecer extraño, son muchos los ordenamientos (inicialmente europeos, pero actualmente también latinoamericanos) que —siguiendo antiguas reglas germánicas— niegan la reivindicatoria para todo un género de cosas: los muebles, en determinadas circunstancias (generalmente adquiridos de buena fe de manos de quien aparecía como dueño y que los tenía por un título de mera tenencia emitido por el dueño; “en materia de bienes muebles la posesión equivale a título”). Es uno de los resultados de la lucha entre el derecho de dominio y la seguridad del tráfico fundado en la apariencia, que ellos en este punto dirimen a favor de ésta (los textos a veces niegan la reivindicación, lo que equivale a la pérdida del dominio del propietario, y otras directamente declaran esta extinción).

El señor Bello —fiel al precedente romano— impuso la otra opción. Pueden reivindicarse todas las cosas corporales, sean muebles o inmuebles. Sólo algunas (rescindidas) excepciones y condiciones han sido introducidas por el mismo redactor y por textos posteriores, que en algo atenuan el rigor del principio (y que importan consideración del adversario). En ciertas situaciones no es posible reivindicar (arts. 2303, 1739 inc. 4°); en otras se puede reivindicar sólo reembolsando el valor de la cosa (art. 890 inc. 2°).

El último precepto ha originado un conflicto con el art. 115 del CPP. cuando

262. Concepto. “La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela” (art. 889).

Está regulada en el Tít. XII del Libro II (arts. 889 a 915; hay algunas normas especiales en la Ley de Quiebras).

Es la gran acción protectora, con dilatada historia y universal presencia; sin embargo, al menos entre nosotros, y como se irá viendo, su eficacia suele presentarse debilitada, al punto que efectivos dueños intentan evitarla y llegan a emplearla con aprensión. Estas prevenciones son debidas, principalmente, a la regulación de la posesión, a las características del Registro, a la prueba del dominio y a la restricción del sujeto pasivo. En otro sentido —como se irá percibiendo—, varios de los conflictos que se han descrito en los ámbitos de la posesión y de la prescripción adquisitiva asumen aquí manifestaciones concretas y confluyendo a este escenario conocen el desenlace.

263. Requisitos. De la definición se desprende que para reivindicar es necesario:

- a) Que se trate de una cosa susceptible de ser reivindicada;
- b) Que el reivindicante sea dueño de ella;
- c) Que el reivindicante esté privado de su posesión.

264. A) Que se trate de una cosa susceptible de ser reivindicada. Cosas reivindicables. Singularidad e individualización.

la especie ha sido hurtada, robada o estafada. Se ha sostenido que hay contradicción entre ambas disposiciones por cuanto el CPP manda devolverla al dueño sin el requisito de reembolsar lo que se gastó en adquirirla, y que prima este precepto por ser especial. En contra, se estima que no hay contradicción y que el CPP sólo señala la oportunidad de restitución de la cosa al dueño, permaneciendo el derecho de reembolso que el art. 890 del CC. otorga al adquirente (párrafo más aceptable). Por otra parte, el texto (art. 890, incs. 2º y 3º) ha sido aplicado a establecimientos no mencionados, porque es ejemplificativo y genérico (ténase presente además lo que se ha dicho sobre negación de la reivindicatoria en ciertas destrucciones del título traslativo, para proteger el tráfico; supra, N°s 104 bis y 144).

Singularidad. La cosa a reivindicarse ha de ser singular. Como se ha dicho (supra, N°s 35 y sgts.), una de las clasificaciones de los bienes distingue entre universales y singulares (también se dijo que esta clasificación no está formulada en el Código, aunque algunos preceptos aluden a ella). El art. 889 destina la acción a las cosas singulares; más aún, a propósito de la reivindicación de cuota el art. 892 vuelve a emplear el adjetivo. Entonces, literalmente, quedarían excluidas las universalidades, sean jurídicas o de hecho; así se ha resuelto. Pero estimamos que esa afirmación debe ser matizada debido a las universalidades de hecho; si se estima que ellas pueden poseerse (v. supra, N° 161), entonces lo propio es conferir acción reivindicatoria al dueño; si se considera el texto (que exige singularidad) como obstáculo infranqueable, entonces ha de admitirse que el dueño entable una acción restitutoria en base a su derecho de dominio (con el art. 582) (a la que pronto se hará referencia); de no ser así, el poseedor podría llegar a ganar por prescripción sin que el dueño pudiera interrumpir, lo que es inaceptable (la otra alternativa es repudiar la posesión so-

bre universalidades de hecho, con lo que el peligro de la prescripción desaparece; pero aunque no exista ese peligro, si alguien tiene materialmente una universalidad de hecho, de todos modos debe admitirse una acción del dueño para recuperar el objeto de su dominio) (se volverá sobre este punto en infra, N° 267). Pero (tal como parecen entenderlo algunas sentencias) la singularidad parece estar más dirigida a excluir a las universalidades jurídicas (por la dificultad posesoria) y, sobre todo, a la individualización de la cosa, de modo que, no obstante el término empleado, no parece justificado excluir a las universalidades de hecho (un rebaño, una biblioteca), estando suficientemente individualizado el conjunto (sobre todo si es admitida su posesión).

El art. 891 anuncia una acción especial para una particular universalidad jurídica, la herencia; tal es la acción de partición de herencia, regulada en los arts. 1264 y sgts.

Individualización. Como se dijo, la singularidad exigida debe comprenderse particularmente en un significado de determinación en sus contornos; la cosa ha de estar claramente individualizada. En el mismo sentido, el dominio (en el que el actor funda su acción) recae sobre cosas determinadas (a lo que puede añadirse, en el ámbito litigioso, que —si la acción tiene éxito— sólo así puede más tarde hacerse cumplir lo resuelto).

En los muebles, los definidos contornos físicos que generalmente tienen facilitan la tarea (aunque puede presentarse en líquidos, gases y otros fluidos; también en bienes inmateriales). En los inmuebles la determinación suele presentar dificultades. Desde luego, aunque a veces la individualización es bien posible, la falta de cuidado en la presentación de los hechos conduce al resultado adverso; el tribunal observa el defecto, rechazando la demanda (con o sin la protesta del demandado). En cuanto a objetiva dificultad, es explicable principalmente por:

a) defectos de descripción en los títulos, posibilidad que, a su vez, es facilitada por algunas inconvenientes características del registro, que ya se han mencionado (sobre todo la ausencia de un plano por cada predio) y por la forma sinuosa y caprichosa, habitualmente muy distinta de todas las figuras geométricas típicas, que adoptan los predios, producto de la liberal formación de la propiedad territorial, que torna muy difícil su descripción en el lenguaje escrito de los títulos;

b) la continuidad natural del suelo (la superficie aproximadamente esférica del planeta es una, ininterrumpida) que impone que la división en porciones para la propiedad privada se establezca en la realidad sólo mediante el artificio de hitos, cercos y otras marcas, frecuentemente imperfectas, móviles y extinguibles.

Dentro de los inmuebles esta singularidad, en su sentido de determinación, presenta especial dificultad (y por lo mismo, en ella el reivindicante debe tomar apropiada precaución) cuando lo reivindicado es una sección de un predio (no nos referimos a una cuota, que se verá pronto, sino a una parte física de un predio); se trata de que —según el actor— el demandado posee sólo una zona de su predio (esa zona o porción está emplazada, a veces, en uno de los costados —pero por dentro, por supuesto— del predio mayor, y otras completamente en su interior, formando una “isla” dentro de él).

Puede notarse que cuando el poseedor no marca el perímetro de lo que considera suyo, la dificultad aumenta. Y se trata de procurar coincidencia entre la descripción (de la zona poseída) consignada en la demanda, y la zona que la prueba rendida deje como efectivamente poseída.

El último grado de estas advertencias se refiere a la coincidencia integral, entre lo descrito en los títulos y la realidad. Suele acontecer (como se advirtió escuetamente al tratar las características de nuestro Registro) que al conducir la descripción documental —en escrituras e inscripciones— al predio, quede duda sobre

la identidad del inmueble; no queda claro si el predio que se reivindica (y que se individualiza en la demanda, en base a los títulos) es el mismo que el actor muestra en la realidad. Esta posibilidad es más factible en el medio rural y, dentro de este ámbito, en aquel supuesto en que se reivindica una parte de un predio mayor (las explicaciones por las que se produce esta duda son las mismas que se mencionaron al comienzo de este párrafo). Por cierto, si es al tribunal a quien le termina asistiendo una duda como ésta, lo más probable es que el resultado será adverso al demandante (v. además, lo dicho respecto de la extensión material en supra, N° 63 y nota; también supra, N° 25).

La jurisprudencia ha insistido siempre en la necesidad de individualizar la cosa de que se trata. Aparte de la expresión “singular” empleada en el art. 889, los fundamentos jurídicos que frecuentemente se aducen para la exigencia en los fallos, se relacionan con la circunstancia de que la reivindicatoria emerge del dominio y el derecho de propiedad recae sobre cosa determinada; y con la constatación de que sólo así —estando individualizada la cosa— podrá más tarde ejecutarse el fallo que la acoge. A este respecto, no como medio probatorio (que no podría serlo), sino como manifestación gráfica de las expresiones descriptivas de la demanda, es recomendable (y a veces será imprescindible) acompañar un croquis que individualice el sector reivindicado (para las relaciones con las acciones de demarcación, v. supra, N° 253).

Otros derechos reales. Pueden reivindicarse también los demás derechos reales (art. 891); el Código dispone que pueden reivindicarse como el dominio (la expresión “como el dominio” demuestra una vez más que el codificador identifica el derecho de dominio con la cosa sobre la que recae; porque se notará que hasta este precepto siempre se refería a la cosa; identificando cosa con derecho y, en consecuencia, aludiéndolos indistintamente, ahora se refiere al derecho, al dominio). Debe entenderse que los demás derechos



reales se pueden reivindicar según las mismas reglas aquí tratadas para cuando el que reivindica es dueño de la cosa.

Dentro de las cosas incorporales, la ley se refiere expresamente a los derechos reales (por ej., el usufructuario reivindicará su usufructo) para concederles acción reivindicatoria, mas nada dispone respecto de los derechos personales (sobre todo teniendo presente que en el art. 583 ya dispuso que sobre las cosas incorporales —genéricamente— hay también una especie de propiedad). Para estos efectos debe recordarse lo dicho respecto de la posesión sobre cosas incorporales (supra, N° 162); allí se advirtió que en la doctrina (extranjera, y nacional debido a nuestros textos) es ampliamente discutido si es concebible la posesión de cosas incorporales y, sobre todo, la de derechos personales. Pues bien, para resolver esta interrogante estimamos que aquel debate es decisivo; si se admite la posesión de derechos personales, entonces debe admitirse la acción reivindicatoria; porque podría presentarse la situación del dueño de un crédito que se percató que otro lo está poseyendo, y sería inaceptable que por una parte se permita que se le posea y por otra se impida que el dueño lo reivindique; si se permite que otro lo posea, entonces debe admitirse que el dueño pueda reivindicarlo (así, el sujeto entra a poseer el crédito; por lo mismo podría llegar a adquirirlo por prescripción, que no obstante ser discutible, según se dijo en su oportunidad parece ser la consecuencia normal; y entretanto el dueño puede reivindicarlo).

En todo caso, se ha resuelto que el título o instrumento en que consta un derecho personal es reivindicable.

Reivindicación de cuota. Por el art. 892, “se puede reivindicar una cuota determinada pro indiviso, de una cosa singular”.

a) La cuota ha de estar determinada. Expresada en fracción o porcentaje, debe consignarse en la demanda a cuánto asciende.

b) La cosa (sobre la que recae la cuota) ha de ser singular. Tratándose de una cuota (como tercio o quinto) de un bien

que, aisladamente, se tenga en copropiedad, no hay dificultad para aplicar el texto. Si la reivindicación se estima aplicable también a la universalidad de hecho —conforme a lo dicho— entonces será admisible la reivindicación de una cuota de esa universalidad y de una cuota de cada cosa perteneciente a esa universalidad. Pero se ha discutido la situación en que el bien cuya cuota se reivindica pertenece a una universalidad jurídica (como cuando se reivindica el tercio de una cosa singular que forma parte de una herencia). Aquí tiene incidencia la discusión doctrinaria referente a la naturaleza jurídica de la comunidad y, concretamente, al punto de si en la comunidad sobre cosa universal los derechos de cada comunero se comunican cuotativamente a cada uno de los objetos que la componen o, por el contrario, permanecen como cuota abstracta, sin que el comunero pueda pretender derecho sobre cada objeto. De aceptarse la primera postura, debe concederse la posibilidad de que el comunero pueda reivindicar su cuota en una cosa singular de la comunidad universal; de aceptarse la segunda, la conclusión ha de ser negativa. La jurisprudencia se ha pronunciado en ambos sentidos. El art. 1268, regulando la acción de petición de herencia, concede también al heredero la acción reivindicatoria para perseguir un objeto de la herencia; pero no afirma que puede reivindicar una cuota del objeto.

Se ha planteado la duda de si un comunero puede, él solo, reivindicar toda la cosa para todos los comuneros. Está discutido.

La respuesta afirmativa tiene el siguiente fundamento: cuando en la sociedad no se ha conferido la administración a uno de los socios, se entiende que entre los socios existe un mandato tácito y recíproco para administrar (art. 2081); se añade que al administrador corresponde cuidar de la conservación del objeto social (art. 2078); por otra parte, corresponde al administrador —entre otras actividades— “interrumpir las prescripciones” (la

reivindicación es un típico modo de interrumpir la prescripción en contra del poseedor) (art. 2132); y, finalmente, se dispone que el derecho de cada comunero sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social (art. 2305).

Para negar la posibilidad también hay fundamento. Desde luego, es bien discutible la aplicación a la comunidad de la doctrina del mandato tácito y recíproco establecida para la sociedad (tal como aquí ya se expuso al tratar la copropiedad, supra, N° 67); por otra parte, la aplicación de ese mandato es especialmente reproachable para esta actuación, de reivindicar, ya que esos textos se refieren más bien a la ejecución de actos de administración (como los del art. 2132), en los que no parece apropiado incluir a esta acción tan trascendental (la reivindicatoria), que difícilmente puede considerarse una medida conservativa; por definición (art. 889), sólo compete al dueño, y en el art. 893 —en que se permite reivindicar a diversas clases de propietarios— era la ocasión para aclarar que puede también un comunero, pero, lejos de eso, siempre se parte del supuesto de dueño único; lo natural es que cualquier comunero con iniciativa incite a todos a actuar, y si no lo logra porque no puede conectarse con todos o porque otros no quieren actuar, puede entonces reivindicar su cuota (como le permite el citado art. 892). Preferimos esta solución. La jurisprudencia parece inclinarse en el mismo sentido.

265. B) Que el reivindicante sea dueño de ella. La prueba del dominio. La acción publiciana. Puede ser propietario pleno o nudo, absoluto o fiduciario (art. 893). Pero debe probar su dominio, pues al reivindicar —por la propia definición de la acción que entabla— reconoce en el demandado la calidad de poseedor, con lo que le está concediendo la presunción de dominio (del art. 700) que, entonces, el reivindicante queda obligado a destruir. Por otra parte, su situación es peligrosa porque, reconociendo al demandado como poseedor, queda a mer-

ced de la posibilidad de que éste demuestre el cumplimiento del respectivo plazo de prescripción. Es distinto cuando se ejercitan otras acciones que tiene el dueño (que luego se mencionarán). Por ej., la de precario (del art. 2195); la tiene el dueño, pero como al ejercitarla no está reconociendo al demandado como poseedor, no le está confiando la presunción de dominio (del art. 700), a la cual puede él (el actor) acudir, afirmando que al menos es poseedor y, siéndolo, se le ha de tener por dueño; tendrá sí que probar esa posesión que afirma tener; entonces, si se trata de un inmueble, le bastará con acreditar que tiene título inscrito a su nombre (y, convenientemente, algunos hechos posesorios para evitar que se le considere como una mera inscripción de papel, a la que ya se ha hecho referencia).

En otro sentido, la prueba de su dominio debe estar referida al tiempo de la notificación de la demanda; debe demostrar que a ese tiempo es dueño, porque la acción la tiene el dueño, no el que podía llegar a serlo (si hubiere conservado la posesión).

La situación se altera cuando el que reivindica es el Fisco, por el art. 590. Como por ese texto (por ley) el Fisco es propietario de los inmuebles que carecen de otro dueño, si se mantuviera para él la regla de que debe probar su dominio se le estaría imponiendo la carga de la prueba de una negación indeterminada —que el inmueble no tiene otro dueño— y conforme a los principios de Derecho probatorio, las negaciones indeterminadas son de prueba imposible, de modo que quien proponga la afirmación contraria debe probarla (que alguien es el dueño); así, aquel a quien el Fisco demanda de reivindicación tendrá que probar que él (o un tercero distinto del Fisco) es el dueño.

Aquí aparece una importante dificultad de la acción reivindicatoria: la prueba del dominio (para cuya referencia debe de antiguo se ha reservado la tenebrosa expresión *probatio diabolica*). Para acreditarlo, tiene importancia determinar si el



reivindicante adquirió la cosa por un modo originario o derivativo. En la primera situación, le bastará probar los hechos que constituyeron ese modo originario. Pero si adquirió por un modo derivativo, como la tradición (que será lo más frecuente), no basta con probar que ese modo se configuró a favor del que se pretende dueño (si se trata de un mueble, que se le entregó con ánimo de transferirle el dominio o, si se trata de un inmueble, que tiene inscripción a su nombre), porque quedará la interrogante de si el antecesor, a su vez, tenía o no el dominio (recordando que "nadie da lo que no tiene"; *nemo dat quod non habet*). Si el antecesor también adquirió por modo derivativo, la duda persiste. Así, el retroceso en el examen debe llegar hasta una adquisición por modo originario; generalmente será la prescripción adquisitiva, con más seguridad la extraordinaria (y, por cierto, debe haberse cumplido antes del día en que dejó de poseer). Y recuerda que puede servir de la agremiación de posesiones (supra, Nº 178).

Las presunciones judiciales y la prueba de testigos pueden adquirir aquí señalada importancia. La última es admisible en la medida en que se refiere a la prueba de hechos (de hechos jurídicos que constituyan la adquisición del dominio, o la posesión como base de la adquisición por prescripción), de modo que no es aplicable la limitación de los arts. 1708 y sgts.

Tratándose de los inmuebles, el sistema registral, que teóricamente tendría que conducir a facilitar la prueba de dominio y, por tanto, fortalecer la protección al dueño, por los caracteres que adoptó entre nosotros, no ha producido ese resultado (como ya ha podido apreciarse en el relato sobre su organización y funcionamiento). Como escueto resumen de lo manifestado allí, *dirigido ahora al conflicto reivindicatorio*, debe recordarse que la inscripción no prueba dominio (sólo posesión, y ni eso según algunos); con frecuencia no hay coincidencia entre la descripción del predio en el Regis-

tro y sus caracteres reales; suele ocurrir que ambos litigantes (reivindicante y demandado) presentan inscripción a su respectivo nombre (porque el sistema no logra evitar las llamadas inscripciones paralelas y "de papel"), lo que —al menos aparentemente— deja a la controversia con dos poseedores (inscritos); y (tal vez lo más sensible): cuando el reivindicante —en su afán de exhibir sus mayores y mejores antecedentes— acompaña inscripción a su nombre, se expone al congénito debate del valor de la inscripción en cuanto símbolo de posesión, que permanece con resultado impredecible, y que aquí se traduce en una capital disyuntiva: si tiene posesión inscrita, entonces ¿no será un dueño o poseedor, cuya demanda, por tanto, debe ser rechazada? (v. supra, Nros 189 a 195 bis) (sobre esta última situación se volverá pronto).

Pero el art. 894 (consagrando lo que en el Derecho romano se denominó *acción publiciana*) permite interponer "la misma acción" al que, sin ser dueño, poseyendo regularmente estaba en vías de ganar por prescripción. Está bien discutido si para disponer de la acción es necesario tener cumplido el plazo para ganar por prescripción ordinaria o basta con tener sólo algún tiempo de posesión. Se ha sostenido que es necesario haber completado el plazo porque al apoderarse otro de la cosa se produce una interrupción natural de la prescripción del primero que hace perder todo el tiempo anterior, con lo que ya no queda "en vías de ganar por prescripción". No parece necesario el cumplimiento del plazo; si ya está cumplido no es necesaria la acción publiciana, pues bastaría alegar la prescripción, con lo que se podría reivindicar como dueño; por lo demás, así lo denotan el texto y la historia de su establecimiento, según la cual fue tomado de la legislación romana, que no exigía el cumplimiento del plazo.

Debe entenderse que está concedida también al que ha perdido la posesión regular de un derecho real y se encuentra en vías de ganarlo por prescripción

(la reivindicatoria procede para otros derechos reales; y esos derechos son, como se ha dicho, susceptibles de posesión) (se ha llegado a resolver que cuando el reivindicante no ha logrado probar el dominio, pero sí ha demostrado mejor derecho que el demandado, la demanda debe ser acogida sobre el supuesto de que implícitamente el actor ha ejercido acción publiciana).

266. C) Que el reivindicante esté privado de la posesión (de la posesión de la cosa). Como (según afirma) es dueño, tiene derecho a poseerla; por eso la reivindica.

En los inmuebles surge el problema de si corresponde acción reivindicatoria a un propietario que, teniendo inscrito a su nombre un predio, le es arrebatado materialmente. La solución ha de buscarse en el tema de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, ya tratado, y que plantea a su vez la polémica sobre el valor de la inscripción (con las dos grandes posiciones que fueron expuestas; v. supra, Nº 195). Si se postula que la inscripción conservatoria es única y suficiente prueba de posesión, no procedería hablar en tal situación de pérdida de la posesión, por lo que no competiría al perjudicado la acción reivindicatoria; tal afirmación es consecuencia de la posición que atribuye a la posesión inscrita un valor absoluto y excluyente (con este predicamento, al dueño le quedarían posiblemente la acción de precario del art. 2195, inc. 2º, y las acciones criminales). Con la posición opuesta, que atribuye importancia fundamental a la posesión material, se sostendrá que en tal situación simplemente se ha perdido la posesión y procede, por tanto, la reivindicación. En una actitud intermedia, se ha planteado que no obstante tener posesión inscrita, al privarse al dueño de la tenencia material, se lo ha privado de una parte integrante de la posesión, su fase material, y que en tal caso procede reivindicar, al no ser integralmente poseedor; hay fallos que así lo han resuelto (en estos términos se prote-

ge el dominio sin desconsiderar el Registro; por otra parte, con este entendimiento tendrían también acción posesoria, de amparo o restitución, según se verá más adelante; v. infra, Nº 282).

267. Contra quién se dirige la acción (otras acciones; la acción innominada de dominio). Como ha quedado dicho, ha de dirigirse contra el actual poseedor (art. 895), en lo cual debe tener especial cuidado el actor, dado el efecto relativo de las sentencias judiciales. Esto principalmente porque en la práctica pueden presentarse dudas acerca de la identidad de la persona que realmente está poseyendo (de ahí también la disposición de los arts. 896 y 897).

Para el caso que el poseedor fallezca, el art. 899 establece una norma especial, junto a la cual ha de tenerse en cuenta la del art. 1526, Nº 2. Mientras la acción para obtener la entrega de la cosa es indivisible (no es posible cumplirla por partes), la de indemnizar es divisible (v. también el art. 1354).

Lo dicho sobre el sujeto pasivo de la acción requiere de dos advertencias (en las cuales —estando discuida la naturaleza de la respectiva acción, como se verá— habría excepciones en cuanto al sujeto pasivo si se las llegare a calificar de modalidades de la acción reivindicatoria):

a) Se puede dirigir la acción en contra del que dejó de poseer enajenando la cosa, para que restituya lo que recibió por ella (art. 898); y del que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya dejó de poseer, para que restituya su valor (art. 900). Nótese que en estas situaciones no se persigue la cosa sino un valor (en la primera lo recibido, en la segunda lo que vale); el art. 900 (que ha sido llamada "reivindicatoria ficta") no lo dispone expresamente, pero no puede entenderse en otro sentido. La dificultad de la persecución de la cosa puede presentarse también en los inmuebles, y el precepto es aplicable igualmente a estos bienes, según se ha resuelto. En los textos son llamadas acciones "de dominio", pero considerando su objetivo, es muy discutible

su calificación como de acción reivindicatoria o, genéricamente, de acciones reales; se ha sostenido que se trataría sólo de acciones personales.

b) "Las reglas de este título" se aplican también contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga la cosa indebidamente (art. 915).

Ha surgido controversia en la calificación de esta acción. Por una parte se la ha estimado simplemente como la acción reivindicatoria que, excepcionalmente, se permite contra el mero tenedor. En contra, se la ha considerado como una acción distinta, como puramente restitutoria contra el mero tenedor, a la cual el Código hace aplicables las reglas de la reivindicatoria, sobre todo en la importante materia de las prestaciones mutuas. Hay fallos que han restado importancia a los términos y, en general, parecen inclinarse por llamarla reivindicatoria contra el mero tenedor.

Particular relevancia ofrece la precisión de su *alcance* que, por la importancia que ha llegado a tener, merece un examen detenido.

Podría estimarse que se trata de una acción que corresponde al que entregó a otro la mera tenencia de una cosa, por un contrato que produce ese efecto (comodato, arriendo, etc.) y que, al terminar la vigencia de esa relación, el tenedor se niega a restituir. La tendría además de la acción personal que surge del respectivo contrato, a la que podría acudir cuando la personal no prosperara por cualquier causa, o simplemente puede optar. El resultado, como se ve, es de una interpretación bien restrictiva. Con este alcance, sería dudoso que pudiera intentar el adquirente del dueño, por cuanto él no es contratante del tenedor (salva la posibilidad de cesión de contrato). Y, en todo caso, tampoco podría intentarse contra el que detenta la cosa sin una relación jurídica inicial; es decir, contra el que desde un comienzo detenta sin justificación jurídica.

Una segunda alternativa es la de entenderla precisamente para la situación

inversa: aplicable sólo a aquellos tenedores que no tienen, y nunca tuvieron, un título que justifique la detentación. Ellos serían "injustos detentadores" y no aquellos que entraron a detentar la cosa justamente, con un antecedente habilitante, aunque después se nieguen a restituir.

Pero también puede estimarse aplicable a ambas situaciones: sea que el detentador desde un comienzo carezca de antecedente que lo justifique o que haya empezado a detentar con un título justificante pero mientras detentaba quedó sin justificación (porque ese antecedente fue declarado nulo, resuelto, caduco, etc.); ambos serían, al tiempo de la demanda, "injustos detentadores" (ésta parece ser la opinión, aunque no terminante y claramente expresada, de varios antiguos comentaristas del Código).

La jurisprudencia ha aplicado la regla con bastante amplitud a ambas categorías de tenedores.

Por otra parte, la expresión "poseyendo a nombre ajeno" puede conducir a una restricción de su campo (si se la entiende referida sólo a representantes legales, mandatarios y aun a otros que sin serlo actúan como tales, conforme al art. 721).

El Código no ha consagrado, al menos formalmente, una *acción general restitutoria*. En la práctica resulta necesaria para muchas situaciones de detentadores en las que no se cumplen las exigencias de las diversas acciones protectoras nominadas, reguladas por la ley (reivindicatoria, posesorias, las emanadas de los distintos contratos que confieren tenencia y la respectiva acción restitutoria, como arriendo, comodato, etc.). Y el propietario puede verse impedido de actuar no obstante su decisión de hacerlo, por no poder encuadrarse en una acción tipificada. Así, por ejemplo, acontece en casos de promesas de compraventa en las que se ha facultado al promitente comprador para entrar en posesión material, y posteriormente la promesa queda sin efecto;

de ocupantes cuyos contratos emanan de un tercero, que no es el propietario actual, etc. La reivindicatoria no procede, porque no son poseedores; tampoco la posesoria, sea porque está prescrita (y prescribe en el breve plazo de un año, y, aun, de seis meses), sea porque la cosa es mueble; tampoco la de algún contrato, porque fue otro el contratante que confirió la tenencia (no el dueño), o simplemente porque no ha habido contrato alguno.

La necesidad advertida se torna más imperiosa si se recuerda que el que aparece como tenedor, un día puede llegar a aducir la prescripción, apoyado en el art. 2510 regla 3ª, el cual, aunque es sabido que está en contradicción con el art. 730, como posibilidad es suficiente para inquietar al dueño actual (pudiera acontecer que el tribunal llamado a conocer del caso prefiriera el art. 2510 en lugar del 730).

Sin perjuicio de mantener el reclamo para que se consagre formalmente una acción restitutoria genérica (que cubra esas situaciones y cualquiera otra), mientras se procede a esa integración conviene desenvolver alguna de las existentes para que cumpla esa finalidad, interpretando (extensivamente) en esa dirección el respectivo texto que la consagra. Una es la del art. 2195; en la práctica (y sin expresarse), con frecuencia se ha venido acudiendo a esta acción, que ha sido llamada *acción de precario*, aun cuando por su ubicación y parquedad no parece haberse creado con tan trascendental destino; el éxito que ha tenido, en cuanto a su generalizado empleo, se ha visto incrementado por su tramitación en juicio sumario (por el art. 680 del CPC.); con todo, por los requisitos que exige ante ciertas situaciones su aplicación ha ido enfrentando duros obstáculos; así, supone ausencia de contrato, lo que la deja en dudosa aplicación en todos los casos de contratos nulos, resueltos, revocados, con plazo de duración ya cumplido, emanados de persona distinta del dueño, etc., que han merecido encontradas decisio-

nes de los tribunales. Otra puede ser ésta, del art. 915, que suele llamarse *contra el injusto detentador*; en ese cometido es conveniente conferir al precepto un alcance extenso, como el de la tercera alternativa antes descrita; es decir, que sea aplicable a todo tenedor que a la época de la demanda no pueda justificar aceptablemente su insistencia en mantener la cosa en su poder.

Pero hay más. Puede sostenerse que el ordenamiento jurídico no exige encuadrar toda pretensión en una determinada acción, nominada, regulada por la ley. Basta que tenga arraigo en un derecho del reclamante que merezca ser tutelado. De este modo, un dueño que injustamente está privado del objeto de su dominio, con base (entre nosotros) en los arts. 19 Nº 24 de la C. Pol. y 582 del CC., bien puede reclamarlo de quien lo tiene sin fundamento legítimo, y el juez tendría que ordenar restituirlo, si se demuestran esos supuestos. Es la que podría llamarse "acción innominada de dominio". Incluso con aquellos mismos textos puede fundarse una "acción declarativa de dominio", por la cual se persigue la declaración o constatación de que el actor es dueño de un objeto, sin añadir una pretensión de ejecución y sin que sea necesario que el demandado esté poseyendo (acallando a la demandada que discute o se atribuye el dominio); y se le puede agregar la petición consecuencial del cese de cierta perturbación que se perpetra con fundamento en un supuesto dominio proclamado por el agresor. Tiene utilidad en situaciones en las que (transcurrido el breve plazo del recurso de protección) se trata de cosas muebles, o en inmuebles en las que ha transcurrido el plazo para la respectiva acción posesoria, y la perturbación no llega a constituir privación de la posesión.

267 bis. Con lo dicho, las siguientes son algunas de las actitudes que podría adoptar el demandado de reivindicación, y que dejarían la situación en reñido debate:

a) Podría sostener que el demandante no es el dueño (simplemente lo niega, o agrega que el dueño es cierto tercero);
 b) Que él (el demandado) no es el poseedor de la cosa (entonces, el actor tendría que intentar probar que sí lo es; aquí debe recordarse el art. 915, con el cual el actor puede ejercer esa acción en contra del injusto detentador en subsidio de la reivindicatoria, sin perjuicio de que puede ser usada como única);
 c) Que él (el demandado), es el dueño. En esta situación el litigio pasa a consistir un "juicio de dominio", en el que ambas partes se disputan la propiedad del objeto.

268. Extinción por prescripción. La característica de la perpetuidad con que se concibe el dominio implica que no se extingue por el no uso (por no ejercer el titular su derecho de dominio) (v. supra, Nos 59 y 65 bis). Pero aquí no se trata de la prescripción extintiva del dominio; se trata de la prescripción extintiva de la acción protectora. Por cierto, extinguido el dominio se extingue la protección; por eso logra usucapir, evidentemente junto con perder el dominio el primer titular; ve también extinguida su acción reivindicatoria; así está dicho claramente en nuestro art. 2517 (y no se trata de un supuesto efecto extintivo de la usucapción; simplemente ya no se tiene la acción porque ya no se tiene el derecho, el dominio); de ahí que el desposeído queda conminado a reivindicar, antes que el otro gane el dominio por prescripción. ¿Es concebible la extinción por prescripción extintiva de la acción sola, autónomamente? Desde luego, parece evidente que mientras el dueño no sea privado de la posesión no se extinga la acción, puesto que no se está en condiciones de ejercerla. Pero es admisible la duda de si la acción es prescriptible extintivamente cuando el dueño es privado de su posesión (y aún no logra el poseedor adquirir por usucapción); se trata, pues, de la prescripción extintiva de una acción por su falta de ejercicio.

En la doctrina extranjera, con la perpetuidad del dominio, predomina la conclusión de que no se extingue en prescripción extintiva; en la misma dirección, varios Códigos del siglo XX han decidido disponerlo con regla expresa.

Entre nosotros, sin distinguirse entre el dominio y la acción ni delimitar la situación conflictiva, se da por establecida la misma solución, con base en el art. 2517. Admisible la duda, que surge de aislar exactamente la situación antes descrita, nos permitamos sin embargo a la opinión dominante, por el fundamento de la perpetuidad del dominio y para evitar que se configure una extraña situación de dominio irreivindicable; más aún, considerada la reivindicabilidad de la esencia del dominio, admitir la extinción de la acción equivaldría a admitir la pérdida del dominio mismo por la prescripción extintiva. Enfrentándonos a los textos, en primer lugar debe admitirse que, regulando la prescripción extintiva, el art. 2514 se refiere sin restricciones a las "acciones y derechos ajenos". Y —aléjese la sospecha de una predilección— debe reconocerse que, literalmente, el art. 2517 no excluye la posibilidad de que la acción se extinga por otro medio que el de la usucapción lograda por otro; pero puede entenderse que, precisamente, su sentido es que si del efecto del transcurso del tiempo se trata, la acción se extingue "solamente" por la prescripción adquisitiva (respecto de los demás derechos reales, en cuanto a la acción persecutoria, sola, la solución ha de ser la misma; pero, como se relató en su oportunidad, algunos se extinguen —el derecho mismo y por tanto la acción— por prescripción extintiva).

En la materia de saneamiento de títulos la ley ha impuesto una excepción (que viene a quedar entonces como otro argumento); la acción de dominio allí conferida prescribe (en prescripción extintiva) en un año (DL. 2695, art. 16) (v. supra, Nº 143).

269. Algunas normas procesales. Como quedó dicho al comienzo, por tratarse de una acción su funcionamiento implica una

aplicación simultánea de normas sustantivas, propias de ella y del dominio al que protege (ya mencionadas), junto con disposiciones procedimentales. Respecto de estas últimas algunas deben tenerse especialmente en cuenta, como las contenidas en los arts. 901, 902 y 903 (en relación con los arts. 290 y sgts. del CPC.).

Desde otro punto de vista, por la naturaleza del asunto debatido se trata de un litigio de detenido conocimiento, sometido al denominado juicio ordinario, que en la práctica inhibe en cierta medida su utilización. De ahí que en ocasiones pueda resultar más expedita la vía de la acción personal, si se reúnen los requisitos necesarios; principalmente, tal acción se puede encauzar en un procedimiento menos lato (como es la situación del precario, el cual, en actitud discutible según se dijo en una nota anterior, es tramitado en juicio sumario conforme al art. 680 del CPC.; pero es claro que —como se ha resuelto— si se discute el dominio del bien de que se trata, el procedimiento indicado será ineludiblemente el ordinario).

Es ocasión de recordar la procedencia de la reivindicación en los litigios de nulidad de actos y contratos. Coherente con la retroactividad que se impone a la nulidad, el art. 1689 confiere acción reivindicatoria contra terceros poseedores; si es declarado nulo un acto o contrato por el que ha operado la transferencia de un bien que, a su vez, el adquirente ha transferido a un tercero, al tener que volver las cosas al estado anterior al acto declarado nulo, el primer enajenante podrá reivindicar en contra de ese tercero (en una decisión de nuestro Código que en su oportunidad objetamos por lesionar la seguridad del tráfico y que, por eso, no ha sido seguida por la mayoría de los Códigos del siglo XX; v. supra, Nº 104 bis). Y no hay inconveniente (con los beneficios de la economía procesal) para ejercitarla contra el tercero, conjuntamente con la acción de nulidad dirigida en contra del cocontratante; por cierto, el éxito de la reivindicación dependerá

de la suerte de la acción de nulidad (y —manteniéndose la cosa en poder del cocontratante— se ha fallado que cuando se demanda al otro contratante de nulidad y se solicita que, en consecuencia, se restituya la cosa con sus frutos, se está intentando, a más de la nulidad, una verdadera acción reivindicatoria). Otro tanto ocurre con la acción resolutoria (teniendo presente en este caso las restricciones respecto de terceros de buena fe, según los arts. 1490 y 1491).

Por último, se ha resuelto que la reivindicatoria es compatible con la acción posesoria de restitución, que tiene análogo fin jurídico.

270. Prestaciones mutuas. Consisten en las devoluciones e indemnizaciones que recíprocamente se deben el reivindicante y el poseedor cuando éste es vencido en la reivindicación.

El Código reglamenta estas prestaciones con detalle. Tienen aplicación también en otras situaciones en que deben efectuarse restituciones, como en la acción de petición de herencia (art. 1266) y la acción de nulidad (art. 1687; este precepto se remite a las reglas generales, entendiéndose que son éstas las de los arts. 904 y sgts.).

Los arts. 904 y sgts. contienen estas reglas y pueden agruparse así:

A. *Prestaciones del poseedor vencido al reivindicante:*

1º. Restitución de la cosa (arts. 904 y 905);

2º. Indemnización de los deterioros sufridos por la cosa (art. 906);

3º. Restitución de los frutos (arts. 907 y 913);

4º. Indemnización de gastos de custodia y conservación de la cosa durante el juicio reivindicatorio (art. 904).

B. *Prestaciones del reivindicante al poseedor vencido:*

1º. Indemnización de los gastos ordinarios por la producción de los frutos (art. 907);

2º. Indemnización por las mejoras introducidas en la cosa.



Se entiende por *mejora* toda obra ejecutada para la conservación de una cosa, para aumentar su valor o para fines de ornato o recreo. Con este concepto, y siguiendo al Código, se distinguen tres clases de mejoras: necesarias, útiles y volutarias, de las que la ley da también una noción. En base a esta distinción, a la buena o mala fe del poseedor y teniendo en cuenta algunos otros factores, se regulan las indemnizaciones por estas mejoras:

- Mejoras necesarias (art. 908);
- Mejoras útiles (arts. 909, 910, 912 y 913);
- Mejoras volutarias (art. 911).

Para asegurar el pago de estas indem-

nizaciones, se confiere al poseedor vencido un derecho de retención (art. 914).

Se ha formulado también una sistematización distinta de estos conceptos, en base a las reglas del párrafo de las prestaciones mutuas y a los arts. 756, 759, 797:

