

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

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVICH.

TRATADO DE LOS DERECHOS REALES

BIENES

SEXTA EDICION

TOMO I

© ANTONIO VODANOVICH
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago
Inscripción N° 85.830

Se terminó de reimprimir esta sexta edición
de 600 ejemplares en el mes de enero de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE
ISBN 956-10-1027-5



cimiento y constituye el elemento fundamental de éste y, junto a la ubicación del mismo, es el que más se considera en la determinación del precio del *derecho de llave*. Este recae sobre otro bien inmaterial, más amplio: la aptitud del establecimiento para generar provechos económicos.

Digamos de paso que en Chile el concepto de *derecho de llave* es distinto del enunciado, y hasta se ha desnaturalizado. Consiste en un verdadero tributo privado que se paga, por una sola vez, por el mero hecho de ocupar un local e instalar un comercio en él o continuar utilizándolo como establecimiento mercantil, sea en el mismo giro que tenía o en otro diverso. En el caso de la instalación, el pago se hace al propietario del local; en el otro, al arrendatario que cede su contrato de arrendamiento o al dueño del local si se terminó el contrato del primitivo arrendatario.¹⁴

35. CONCLUSIONES Y TERMINOLOGÍA. a) Los derechos intelectuales o sobre cosas inmateriales son derechos absolutos que recaen directamente en estas cosas y facultan para explotarlas económicamente de un modo exclusivo o monopolístico.

b) En su aspecto *pecuniario*, forman parte de los derechos patrimoniales, constituyendo una categoría de éstos que, según la opinión prevaleciente en la doctrina moderna, debe colocarse aparte de los derechos reales y personales.

c) La mayoría de los derechos intelectuales envuelve también un aspecto *personal*, por lo que, desde este ángulo, se incluyen entre los derechos de la personalidad.

d) En general, hallanse sometidos a normas especiales, porque las comunes u ordinarias les resultan inadecuadas en razón de estar concebidas para los bienes corporales.

e) En la doctrina y en las legislaciones que los contemplan, los derechos sobre bienes inmateriales reciben diversos nombres: derechos intelectuales, o simplemente derechos sobre bienes inmateriales o, aun, propiedades intelectuales. Acerca de esta última denominación, dos advertencias. La primera es que puede aceptarse en el entendido que se trata de una propiedad con caracteres peculiares que la distinguen netamente de la propiedad tradicional sobre los bienes corporales. La segunda advertencia es que no debe olvidarse que, en algunos países, como Chile, la denominación se toma en dos sentidos, uno genérico, comprensivo de *todos* los derechos sobre bienes inmateriales (derechos de autor, de inventor, a la clientela de un establecimiento comercial o un gabinete profesional, etc.), y otro restrictivo, que sólo se refiere al derecho sobre obras literarias, artísticas y científicas. Así, nuestra ley que trata de los derechos sobre estas obras lleva por título "Propiedad Intelectual".

¹⁴ Véanse las sentencias de la Corte Suprema de las cuales se desprende claramente este concepto: 6 de abril de 1964, R. de D. y J., tomo LXI, 2ª parte, secc. 1ª, pág. 50; 10 de diciembre de 1965, misma revista, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 467.

DE LA PROPIEDAD

1. GENERALIDADES

36. CONCEPTO. La propiedad es el derecho que confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa; en principio, lo faculta para apropiarse, en forma exclusiva, de todas las utilidades que el bien es capaz de proporcionar.

En cambio, los demás derechos reales otorgan poderes limitados sobre la cosa; sólo autorizan aprovechamientos parciales.

37. RAZÓN DE EXISTENCIA. Al igual que todos los derechos subjetivos patrimoniales, la propiedad tiene como razón de existencia la satisfacción de necesidades humanas de carácter económico. Reconócese *como poder* para que el individuo obtenga con el ejercicio de esta atribución los medios materiales que le permitan cubrir sus necesidades y desarrollar su vida humana.

38. DOMINIO Y PROPIEDAD. En el campo jurídico, la palabra *propiedad* es usada por algunos como sinónima de *dominio*. La doctrina moderna se pronuncia en este sentido, que es el que acoge nuestro Código Civil al decir que el dominio se llama también propiedad (art. 582).

Otros atribuyen a las palabras en examen significados diversos. Ciertos autores aplican el vocablo *dominio* sólo para el derecho real que recae sobre cosas materiales, y el término *propiedad* —que consideran más genérico— lo emplean respecto de todo género de derecho susceptibles de apreciación pecuniaria, y así se habla de la propiedad de un crédito, de la herencia, de cierta marca de fábrica o patente de invención, propiedad literaria, científica, artística o industrial. En todos estos casos el uso de la palabra *dominio* sería inadmisable, pues ella evoca un poder sobre cosas materiales.

A juicio de otros, entre propiedad y dominio no hay diferencias de extensión o contenido, sino simplemente de puntos de vista. Así, se afirma que la palabra *dominio* tiene un sentido predominantemente *subjetivo*, pues implica la potestad o poder que sobre la cosa corresponde al titular; y la

palabra *propiedad* lo tiene predominantemente *objetivo*, como quiera que acentúa el hecho de la pertenencia de la cosa a la persona.¹

39. DEFINICIONES. Las definiciones del derecho de propiedad pueden clasificarse en dos grupos.

El primero está constituido por las definiciones *analíticas*. Estas pretenden explicar el concepto desde un punto de vista puramente cuantitativo, como suma de facultades o atribuciones del dueño de la cosa sobre que recae el derecho de propiedad. En este sentido, es clásica la definición de las antiguas escuelas, formulada en estos términos: "Dominio es el derecho para usar y abusar de la propia cosa hasta donde la razón del derecho lo permite". La definición de nuestro Código también es analítica. Dice: "El *dominio* (que se llama también *propiedad*) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno" (art. 582, inc. 1°). Entre otros reproches, se aduce el de que esta definición no consigna el carácter exclusivo del derecho de propiedad.

Las definiciones *sintéticas* , por el contrario, basándose en un criterio *cualitativo* , tratan de dar un concepto unitario de la propiedad; prescinden de la mención de las facultades que ella otorga al titular. No ve en el dominio una suma de facultades, sino un derecho *unitario* y *abstracto* , siempre igual y distinto de sus facultades. En este sentido, se dice simplemente que la propiedad "es el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa", o que la propiedad "es el señorío unitario, independiente y, cuando menos, virtualmente universal, sobre una cosa corporal". Se habla de señorío *unitario* para explicar que todas las posibles facultades jurídicas sobre la cosa están concentradas en la propiedad, no como derechos distintos, sino como pertenencias de la misma propiedad. Se agrega que este señorío es *independiente* , porque sólo el derecho de propiedad, entre los reales, es perfectamente autónomo. Y se dice que este señorío es *virtualmente universal* para dejar en claro que, aun cuando puedan coexistir derechos reales distintos sobre la misma cosa, éstos no implican participación en la propiedad, sino "cargas que la comprimen", sin quitarle la virtud íntima de desenvolverse y recobrar su natural universalidad.²

40. PROPIEDAD Y ESPECIES DE PROPIEDAD. Nuestro Código, como lo prueba la definición del derecho de propiedad, considera que el objeto de ésta son cosas corporales (art. 582). Después habla de dos especies de propiedad. Una de éstas sería la que tienen sobre sus derechos, reales o de crédito, los titulares de éstos, y así dice que el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo (arts. 565, inc. 3°, y 583). La otra especie de propiedad mencionada por el Código es la que sobre las producciones del talento

o del ingenio tienen sus autores (art. 584). Tales producciones son cosas inmateriales, y por cosas inmateriales se entienden todas aquellas que no se perciben por los sentidos, sino que se reconocen por medio del espíritu o intelecto, excluyéndose los derechos. Las cosas inmateriales que representan un valor patrimonial son objeto, en el sentir de muchos, no de los derechos reales, sino de una tercera categoría de derechos patrimoniales, los llamados derechos intelectuales, cuyos caracteres ya precisamos.

A continuación se exponen los principios y las normas de la propiedad definida por el legislador, la que tiene por objeto cosas corporales; las otras especies de propiedad se estudiarán oportunamente en otro lugar.

2. CARACTERES DEL DOMINIO

41. ENUMERACIÓN. Según la doctrina clásica o tradicional, el dominio presenta tres caracteres: es un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo.

42. a) CARÁCTER ABSOLUTO. El carácter absoluto del derecho de propiedad tiene dos alcances: significa que el dueño puede ejercitar sobre la cosa *todas* las facultades posibles, y también que tiene un *poder soberano* para usar, gozar y disponer de ella a su arbitrio, sin que nadie pueda impedirlo.

La concepción de que el dominio importa un poder arbitrario ilimitado, una potestad que permite al dueño hacer o no hacer en lo suyo cuanto le plazca, según los solos dictados de su voluntad o arbitrio, siempre se ha considerado exagerada. Obsérvese que el ordenamiento jurídico concede facultades libres y exclusivas dentro de los límites que él mismo fija *a priori* . Tales límites que señala la ley, y dentro de los cuales se desenvuelve el derecho de propiedad, no son de esas limitaciones que, al estilo de las servidumbres, restrinjan desde fuera la amplitud del dominio, sino que son inmanentes a la propiedad en cuanto determinan su contenido normal.³

Puede decirse que en estos términos nuestro Código Civil consagra el carácter absoluto del dominio. En efecto, dice que este derecho real faculta para gozar y disponer *arbitrariamente* de la cosa; *no siendo contra ley o contra derecho ajeno* (art. 582). En buenas cuentas, reconoce el poder soberano del propietario, pero dentro de los límites naturales del dominio: la ley y el derecho ajeno.

Generalidad e independencia del dominio. Los autores modernos, para evitar equívocos, han sustituido el carácter absoluto por el de la generalidad. El dominio es un derecho *general* en cuanto autoriza al titular para aprovecharse de todas las utilidades que la cosa es capaz de proporcionar, salvo las

¹ RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil* , tomo I, Madrid, 1929, pág. 522.

² BARTOLOMÉ DUSI, *Istituzioni di Diritto Civile* , Pinerolo, 1930-1931.

³ MARTÍN WOLFF, en el *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo III, Barcelona, 1936, pág. 297.

excepciones que importa la existencia de otros derechos reales sobre la misma cosa. Además, es un derecho *independiente*, porque existe por sí, no presupone ningún otro derecho.

Contrapuestos al dominio, en estos caracteres, son los demás derechos reales. Todos éstos, por un lado, son *especiales*: sólo facultan al titular para aprovecharse de una utilidad o de un grupo de utilidades de la cosa, y no de la generalidad; y, por otro lado, son *dependientes*: presuponen la existencia de la propiedad, son derechos sobre cosa ajena (*ius in re aliena*).

43. b) CARÁCTER EXCLUSIVO. El derecho de propiedad es exclusivo porque, por su esencia, supone un titular único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa y, por ende, para impedir la intromisión de cualquiera otra persona.

El derecho al cerramiento patentiza el carácter exclusivo del dominio. La ley reconoce expresamente al dueño de un predio para cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas a favor de otros predios (C. Civil, art. 844, inc. 1°).

Pero la exclusividad no obsta a que puedan existir sobre la cosa otros derechos reales, junto al de propiedad, sin que éste por tal hecho se desnaturalice. En este caso, sólo ocurre que los otros derechos reales —que está obligado a respetar el propietario— limitan la libertad de acción de éste.

¿Se opone a la exclusividad el condominio? No; cuando una cosa pertenece en común a dos o más personas, dicen algunos, ya no se trata rigurosamente de un caso de dominio, sino de condominio o copropiedad, que constituye una figura jurídica *diversa*. A juicio de otros, el dominio y el condominio "son el mismo derecho que pertenece, el primero, a una sola persona, y el segundo a varias"; pero en el sentir de esta tesis también el condominio es compatible con la exclusividad, porque este carácter de la propiedad sólo implica que no puede haber, al mismo tiempo, sobre una cosa, dos derechos de propiedad *independientes*, y en la copropiedad no los hay, pues cada uno de los comuneros tiene una *parte indivisa* del derecho y no todo éste.

44. c) CARÁCTER PERPETUO. El dominio es perpetuo en cuanto no está sujeto a limitación de tiempo y puede durar tanto cuanto la cosa; en sí mismo no lleva una razón de caducidad, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. Por tanto, el propietario no pierde su derecho aunque no use la cosa y aunque un tercero, sin la voluntad del dueño o contra ella, ejerza actos de dominio; el propietario sólo pierde su derecho si deja poseer la cosa por el tercero durante el tiempo requerido por la ley para que éste adquiera el dominio de ella por prescripción. La Corte Suprema ha dicho que el derecho real de propiedad no se extingue por no haberlo reclamado el dueño de terceros poseedores, sino que sólo desaparece si lo adquiere otro que alegue a su favor la correspondiente prescripción adquisitiva.⁴

⁴ Sentencia de 13 de enero de 1941, R. de D. y J., tomo XXXIX, sec. 1ª, pág. 1.

En contra de la facultad de inacción del titular, que le permite dejar improductivos sus bienes, se han levantado las corrientes socializadoras del derecho, es decir, las tendencias que ponen énfasis, en cualquier grado, mayor o menor, en la utilidad que debe reportar para la sociedad toda el ejercicio de un derecho, especialmente los patrimoniales. Afirman esas corrientes que es un deber ineludible del propietario de un bien capaz de proporcionar beneficios a la colectividad, ejercer este derecho activamente, porque de lo contrario priva de riquezas a la sociedad o menoscaba los legítimos intereses de ella. En muchos países, los conflictos sociales han surgido precisamente por el abandono en que dejan los propietarios sus tierras, que permanecen incultas y sin provecho para la sociedad.

Cuestiones relativas a la perpetuidad. El carácter perpetuo "no es obstáculo a que se pueda hacer depender la extinción del derecho de propiedad de ciertas causas establecidas y previstas en el momento mismo de su adquisición. Se puede decir, en este sentido —observa Castán—, que el derecho de propiedad es *potencial o normalmente perpetuo*, pero no *irrevocable*".

La perpetuidad del dominio es objeto hoy de discusión. Muchos autores sostienen que el derecho de propiedad es *generalmente* perpetuo; agregan que tal requisito pertenece a la *naturaleza* y no a la existencia o esencia del derecho, pues nada obsta a que surja un derecho de propiedad temporal. Tal sería el caso de la *propiedad fiduciaria*, o sea, la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición (art. 733). Algunos dan el nombre de *propiedades imperfectas* a las temporales.

45. ABSTRACCIÓN Y ELASTICIDAD DEL DOMINIO. La doctrina moderna que ve en la propiedad una unidad orgánica y no una suma de facultades, señala como caracteres fundamentales de ese derecho real la abstracción y la elasticidad.

El dominio es *abstracto* en el sentido de que tiene existencia distinta e independiente de las facultades que contiene y otorga. Por eso, aunque una facultad, aun esencial, o mejor, el ejercicio de ella, se sustraiga al propietario en razón de un derecho concurrente, el dominio, abstractamente, permanece igual, no se desnaturaliza; y la facultad misma queda potencialmente dentro del derecho de propiedad: sólo su *ejercicio* pasa a manos del titular del derecho concurrente o, sin pasar a otras manos, simplemente no se puede ejercitar por el propietario. En el usufructo, el goce corresponde al usufructuario hasta la extinción de su derecho; en cambio, cuando se estipula una cláusula de no enajenar, la facultad de disposición, mientras rige la cláusula, no pasa a nadie; simplemente el dueño se compromete a no ejercitarla. Pero en cualquiera de estos casos, merced a su carácter abstracto, el dominio permanece inmutable, sigue existiendo como tal, no se desnaturaliza.

La *elasticidad* es la virtud que tiene el derecho de propiedad para reducirse, en mayor o menor grado, por la concurrencia de otros derechos, y de expandirse de nuevo en toda su plenitud, automáticamente, en cuanto cesa de existir el derecho concurrente que lo comprimía. Supongamos que se constituya un usufructo: el dominio se restringe porque la facultad de gozar

corresponde entonces al usufructuario; pero extinguido el usufructo, por el solo hecho de esta extinción y sin necesidad de ningún acto nuevo, el dominio recupera su primitiva amplitud, la facultad de goce puede ejercitarse inmediatamente por el dueño de la cosa sobre la cual existía el derecho de usufructo.

3. CRÍTICA POSITIVA Y NEGATIVA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

46. LA APOLOGÍA. Los partidarios del individualismo económico y jurídico han elogiado y exaltado el papel del derecho de propiedad en el seno de la sociedad. Dicen que es el más firme pilar de la organización social, estímulo y premio de la iniciativa privada, fundamento del orden y de la seguridad colectiva, expresión primera de la libertad de cada uno. Y, precisamente, en razón de esto último se llegó en algunos países, en épocas pasadas, a subordinar el derecho de sufragio a la posesión de algún determinado bien. Por todo lo anterior hubo Constituciones Políticas que llegaron a declarar "sacro e inviolable" el derecho de propiedad, salvo cuando el interés público exigía que, mediante una justa indemnización, el propietario cediera su derecho, en todo o en parte.

47. LA CRÍTICA DESFAVORABLE. El derecho de propiedad ha sido atacado no tanto en sí mismo, sino por el abuso que de él pueden hacer los individuos en detrimento de la colectividad y, en especial, de sus miembros más humildes. Contra los inescrupulosos que no saben conciliar su interés con el de los demás, y manejan abusivamente su capital, desde la más remota antigüedad se dejan sentir voces condenatorias. Por ejemplo, la de Amós, hombre de la clase media, pequeño propietario y pastor de su propio ganado. Vivió ocho siglos antes de Cristo y llegó a ser el primero de los grandes profetas de Israel, haciéndose famoso por sus justas recriminaciones; en una de ellas, indignado, acusa: "Escuchad esto vosotros que pisoteáis a los pobres y extermináis a los oprimidos del país, mientras os decís: ¿Cuándo pasará el plenilunio para despachar el trigo, y el sábado para vender los desperdicios del grano y el pan achicando su tamaño y aumentando su precio, y mediante balanzas falseadas engañar en el peso para comprar con plata a los miserables y al pobre por el valor de un par de sandalias?" (Biblia, Libro de Amós, capítulo 8, versículos 4 a 6).

Tan duro como Amós, pero en un plano más intelectual, fue Pierre Joseph Proudhon (1809-1865), filósofo social francés de tendencia anarquista. En su divulgado ensayo *¿Qué es la propiedad?*, escribió: "Un autor enseña que la propiedad es un derecho civil, originado primitivamente por la ocupación y sancionado por la ley; otro sostiene que es un derecho natural, que tiene por fuente el trabajo. Y estas doctrinas tan antitéticas son aceptadas y aplaudidas con entusiasmo. Creo yo que ni la ocupación, ni el trabajo ni la ley pueden engendrar la propiedad, puesto que es un efecto sin causa. ¿Se

me puede censurar por ello? ¡Cuántos comentarios producirán estas afirmaciones! ¡La propiedad es el robo! ¡He ahí el toque de rebato! ¡La turbulenta agitación de las revoluciones!"⁵

A pesar de los abusos a que en ciertas formas puede conducir el derecho de propiedad, son innegables su necesidad y los beneficios que proporciona al individuo y la colectividad, si la ley, junto con garantizárselo al primero, toma resguardo en pro de la segunda para que el ejercicio de ese derecho no la dañe y, al contrario, también la favorezca. En este sentido, bien lo han comprendido los países que no obstante impulsar con vigor la expansión de la propiedad privada, le ponen adecuados límites en aras del bien social, y no vacilan, en ciertos casos, cuando el superior interés de la Nación lo reclama, reservar para el Estado la propiedad y explotación de algunos bienes de importancia trascendental.

4. TENDENCIAS MODERNAS SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD

48. LAS CORRIENTES SOCIALIZADORAS. La concepción de la propiedad como derecho absoluto y de tinte avasalladoramente individualista hoy nadie la acepta. Si dejamos de lado las doctrinas que, con mayor o menor extensión, abogan por la supresión de la propiedad privada, comprobaremos que todas las corrientes que aceptan la pervivencia de ese derecho, establecen que el propietario, en una u otra forma, debe compartir los beneficios que le proporcionan sus bienes con la sociedad, que se los garantiza y valora. Y a esta conclusión fundamental llegan las teorías de las más opuestas bases filosóficas.

49. a) TEORÍA DE DUGUIT. Sabido es que el jurista francés León Duguit niega la existencia de los derechos subjetivos. Consecuentemente, sostiene que la propiedad no es un derecho, sino una función social. A su juicio, el propietario, es decir, el detentador de una riqueza, tiene, por el hecho de detentar esta riqueza, una función social que cumplir; y en la medida en que cumpla esta misión, sus actos de propietario son protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si, por ejemplo, no cultiva su tierra o deja que su casa caiga por efecto de la ruina, la intervención de las autoridades es legítima para constreñirlo a cumplir sus funciones sociales de propietario, que consisten en asegurar el empleo de las riquezas que detenta conforme a su destinación.⁶

⁵ PROUDHON, *¿Qué es la propiedad?*, traducción del francés hecha por A. Gómez Pinilla, Editorial Selecta, Santiago de Chile, 1932, págs. 5-6.

⁶ DUGUIT, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, 1912, pág. 21.

nada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión". (art. 19, N° 24, incs. 1° a 5°.)

60. ADQUISICIÓN, EJERCICIO Y LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD PARA ASEGURAR SU FUNCIÓN SOCIAL. Corresponde a la ley fijar las normas relativas al modo de adquirir la propiedad, usarla, gozarla y disponer de ella, como asimismo señalar las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar la función social de la propiedad.

La función social es dentro de la Constitución la manifestación de un criterio programático, que, en los diversos casos, toca concretar a la ley.

Todas las facultades del dominio pueden limitarse por la ley, así las de uso y goce como las de abuso o disposición. Se sobreentiende que la limitación no puede establecerse en términos tales que importe privación del dominio, porque esa privación sólo puede tener lugar a virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública o de interés nacional. De acuerdo con la historia de la Constitución de 1925, "una privación casi absoluta del goce [...] tendría el alcance de una expropiación que estaría sujeta a indemnización".²⁸ El mismo criterio vale para la actual Constitución, ya que en el punto sigue a la anterior.

61. LA PROPIEDAD FAMILIAR. La Constitución de 1925 establecía que el Estado propenderá a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar (art. 10, N° 10, inc. 3°); la Constitución de 1980 nada dice al respecto. El primer asunto depende en realidad de criterios políticos, sociales y económicos que tienden a conformar la estructura social del país en una medida considerablemente decisiva.

Por lo que atañe a la propiedad familiar, en los países extranjeros se ha organizado de maneras muy diversas. Pero la idea básica y común consiste en que un inmueble permanezca en la familia, bajo ciertas condiciones, aun cuando muera el adquirente o su cónyuge. Para que el patrimonio familiar pueda cumplir su misión se declara, por regla general, *indivisible, inalienable e inembargable*.

La institución que nos ocupa nació en Texas (Estados Unidos), en 1839, y se expandió rápidamente por los diversos países: Estados Unidos de Norteamérica (*homestead*), Francia, Alemania (*Hofrecht*), Suiza, Italia, Brasil, México, Venezuela, Perú. Su objeto es asegurar la solidez y cohesión de la familia, procurando a ésta un hogar permanente y libre de las contingencias o los avatares de la fortuna del jefe. Para lograr cabalmente este y otros fines, en Francia se propuso a la Sociedad de Estudios Legislativos, reconocer

personalidad jurídica a la familia; pero aunque la idea provocó gran interés fue rechazada.

En Chile, el mandato de la Constitución de 1925 quedó, durante toda su vigencia, en simple aspiración, aunque algún proyecto parlamentario hubo, pero no prosperó. Tal vez logre éxito uno en 1993.

La Ley N° 7.600 faculta para pedir la *indivisión del hogar obrero* en que haya tenido su última habitación el causante, pero se trata de una institución que muy poco tiene que ver con la propiedad familiar y su aplicación práctica ha sido casi nula.

8. FACULTADES INHERENTES AL DOMINIO

62. ENUNCIACIÓN DE ELLAS. La doctrina moderna estima ilimitados, y por ende no susceptibles de enumeración, los poderes o facultades que el derecho de propiedad otorga al titular. Por otra parte, agrega, el dominio no es una suma de facultades; trátase de un derecho unitario y abstracto, siempre igual en sí mismo y distinto de sus facultades.

La doctrina antigua, en cambio, se esmera en señalar uno a uno dichos poderes; hace de ellos cuadros más o menos prolijos que, a la postre, siempre resultan incompletos por ser indeterminables los actos que pueden llevarse a cabo sobre una cosa.

Sin embargo, desde el Derecho Romano, se indican tres facultades como inherentes al dominio: la de uso (*usus*), la de goce o disfrute (*fructus*) y la de consumo (*abusus*).

63. CLASIFICACIÓN DE LAS FACULTADES DEL DOMINIO. Las facultades del dominio pueden clasificarse en materiales y jurídicas.

Son *materiales* las que se realizan mediante actos materiales que permiten el aprovechamiento del objeto del derecho (uso, goce y consumo físico de la cosa).

Son facultades *jurídicas* las que se realizan mediante actos jurídicos. Entre éstos se encuentran los actos de disposición, que para ser ejecutados requieren la facultad de disposición.

Todos están de acuerdo en que las facultades materiales forman parte del contenido del derecho subjetivo, pertenecen a éste, de él emanan o surgen. En cambio, la facultad dispositiva es materia de controversia: discútese si es, como las facultades materiales, integrante del contenido del derecho o si es extraña y exterior al mismo. Más adelante veremos los términos de la querella.

A. FACULTADES MATERIALES

64. a) FACULTAD DE USO. El uso de un caballo, por ejemplo, consiste en hacerlo trabajar; el de una casa, en habitarla; el de un libro, en leerlo.

²⁸ *Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de la nueva Constitución Política de la República*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1926, pág. 136.

La facultad de uso se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que importe su destrucción inmediata. Si se llega hasta la apropiación de los productos, el uso se transforma en goce; y si la primera utilización de la cosa envuelve su destrucción, el uso se confunde con el consumo.

Por cierto, el traspasar los confines propios de la facultad de uso carece de importancia para el propietario, pues éste tiene también las facultades de goce y consumo; pero el asunto ofrece interés en cuanto a los titulares de otros derechos. Así, habrá casos en que el usuario, o sea, el titular del derecho real de uso, tendrá sólo esta facultad, sin participación alguna en los frutos de la cosa; y en otras ocasiones, si bien podrá apropiarse de ellos, deberá restringir su goce a una parte limitada de los mismos. El derecho real de usufructo, por otra parte, aunque autoriza el uso y goce de la cosa ajena, no faculta su consumo, pues el usufructuario está obligado a conservar la forma y substancia de aquélla (C. Civil, art. 764).

Como las atribuciones del propietario son de gran magnitud, puede usar la cosa de su dominio, en principio, con cualquier fin, aun cuando contrarie el destino natural de ella; su poder sólo tiene cortapisas en la ley y en el derecho ajeno. El dueño de un palacete, por ejemplo, puede emplearlo como bodega de mercaderías. No sucede lo mismo con los titulares de otros derechos: el habitador no puede servirse de la casa para tienda o almacenes (art. 816, inc. 2°); el arrendatario, a falta de convención expresa, sólo puede hacer servir la cosa a objetos a que ella es naturalmente destinada o que deban presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país (art. 1938, inc. 1°).

En la práctica, es raro que la facultad de uso se manifieste aisladamente; las más de las veces acompaña a la facultad de goce con la cual se refunde. Por eso, en la definición del dominio no se menciona el uso como elemento distinto del goce; el legislador estimó en ese precepto (art. 582), como en algunos otros, que el uso está obviamente comprendido en la facultad de goce. Pero todo lo anterior no significa que tal supuesto sea un hecho necesario, que siempre ocurra; ciertos derechos sobre cosas no fructíferas, esto es, ineptas para producir frutos naturales, se limitan al mero uso. El derecho real de uso, por ejemplo, sobre una biblioteca o sobre un piano, se reduce a la utilización de los libros o del instrumento musical, máxime cuando éstos no pueden arrendarse por el usuario (art. 819, inc. 2°).

En síntesis, la facultad de uso, en el hecho y en teoría, es una facultad del derecho de dominio; no se confunde con el goce y puede constituir por sí sola el objeto de un derecho.

65. b) FACULTAD DE GOCE. Es la que habilita para apropiarse los frutos y los productos que la cosa da.

Precisamente en virtud de la facultad de goce el dueño de una cosa pasa a serlo de los productos y frutos de ella. Nuestro Código Civil, sin embargo, como el Código Civil francés, justifica la adquisición de ellos por el modo de adquirir llamado *accesión* (art. 643). Tal concepción, además de ser inútil,

es falsa; la verdadera *accesión* es justamente lo contrario de la producción. En efecto, mientras en virtud de la primera o *accesión continua* una cosa pierde su existencia propia identificándose con otra, por la segunda, llamada *accesión discreta*, una cosa nueva adquiere existencia destacándose de aquella de que formaba parte.²⁹ En realidad, la *accesión discreta*, la que tiene lugar por producción, no es sino el ejercicio de la facultad de goce o disfrute; y la adquisición de los productos y frutos tiene como fundamento el mismo derecho de dominio, que entre sus facultades comprende la de goce.³⁰

66. c) LA FACULTAD DE ABUSO O DISPOSICIÓN MATERIAL. Es la que habilita para destruir materialmente la cosa, transformarla o degradarla.

Destruir es inutilizar, aniquilar o dejar en abandono la cosa.

Transformar es variar la naturaleza de ella, su forma o su destino; por ejemplo, convertir un terreno de jardín en huerto.

Degradar la cosa es realizar obras que traen como consecuencia su desvalorización.

La facultad de disposición material o abuso representa la facultad característica del dominio. Los demás derechos reales, si bien autorizan a sus titulares a usar y gozar de la cosa ajena de una manera más o menos completa, jamás dan poder para destruirla o transformarla; siempre implican la obligación de conservar su forma y substancia, según el decir de la ley en materia de usufructo (art. 764).

67. COMPLEMENTO Y GARANTÍA DE LAS FACULTADES MATERIALES. a) El propietario tiene facultad de colocar la cosa en condiciones de que nadie pueda perturbarle en el aprovechamiento de la misma. Tal facultad, respecto de los inmuebles, habilita para cerrar o cercar los predios. "El dueño de un predio —dice el Código Civil— tiene derecho para cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas a favor de otros predios. El cerramiento podrá consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas" (art. 844). Esta facultad tiene el límite de que no se usen materiales o dispositivos que puedan llegar a constituir un peligro para los extraños, al menos para aquellos que no tratan de invadir la propiedad ajena.³¹

²⁹⁻³⁰ Véase Demante, *Cours analytique de Code Civil*, tomo II, N° 381 bis.

³¹ Véase el párrafo que, dentro de la legítima defensa, dedica Jiménez de Asúa, a los "aparatos mecánicos defensivos" (*Tratado de Derecho Penal*), tomo IV, Buenos Aires, 1952, párrafo 1.322, págs. 227 a 232).

Una sentencia de un juzgado de Santiago acepta el uso de medidas de precaución para defender la propiedad de futuros ataques siempre que, si los medios son peligrosos, sean ostensibles o anunciados y no entren a actuar sino cuando se produce la agresión y la gravedad de las consecuencias no sobrepase los límites de la necesidad (sentencia de 10 de mayo de 1935, *Revista de Ciencias Penales*, tomo IV, Santiago, 1938, pág. 427).

b) La facultad de individualizar la cosa, mediante marcas u otros signos distintos. Tocante a los inmuebles, la facultad se traduce en determinar los límites. Según el Código Civil, todo dueño de un predio puede exigir que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y puede obligar a los respectivos dueños a que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes (art. 842).

B. FACULTADES JURÍDICAS

68. LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN. En un sentido restringido, la facultad de disposición jurídica es el poder del sujeto de desprenderse del derecho que tiene sobre la cosa, sea o no en favor de otra persona, y sea por un acto por causa de muerte o por uno entre vivos. Son formas de disposición la renuncia, el abandono y la enajenación.

69. ENAJENACIÓN. En un sentido amplio, la enajenación es todo acto de disposición entre vivos por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona o constituye sobre él un nuevo derecho real a favor de un tercero, nuevo derecho que viene a limitar o gravar el suyo ya existente.

En un sentido estricto y más propio, la enajenación es el acto por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona. En otros términos, la enajenación es el acto que hace salir de un patrimonio un derecho ya existente para que pase a formar parte de otro patrimonio diverso.

En la acepción amplia, tanto se enajena cuando se transfiere el dominio como cuando se hipoteca, empeña o constituye una servidumbre; en el sentido técnico y propio, sólo se enajena cuando se transfiere el derecho: en los demás casos sólo debe hablarse de limitar o gravar el derecho.

Hay artículos del Código Civil que revelan que el legislador chileno usó, a veces, la palabra enajenación en un sentido amplio. Así, por ejemplo, el artículo 2387 dice que no se puede empeñar una cosa sino por persona que tenga facultad de enajenarla. ¿Por qué? Porque la prenda es una forma de enajenación. Del mismo modo, el artículo 2414 expresa que no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos.

Pero también existen normas en que aparece empleada la palabra enajenación en su sentido restringido, pues se cita separadamente de la hipoteca, prenda, servidumbre o censo (arts. 393, 1135, 1754); ello demuestra que en estos casos el legislador no comprende los gravámenes dentro de la enajenación.

Por tanto, para determinar el sentido de la palabra enajenación habrá que atender al texto de la disposición en que se mencione.

Excepciones a la facultad de disponer. La facultad de disposición es un atributo de la propiedad; pero puede estar suspendida por efecto de la ley o de la voluntad del hombre. La ley, por ejemplo, no permite enajenar las cosas

embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (art. 1464, N° 3°). El constituyente de la propiedad fiduciaria puede prohibir la enajenación de ella entre vivos (art. 751), lo mismo que el donante de la cosa donada entre vivos (art. 1432). También, como es sabido, son inalienables los bienes públicos.

Pero estas y otras excepciones, como veremos oportunamente, son de un alcance limitado y vienen a confirmar la regla de la libre disposición de los bienes.

70. LIMITAR Y GRAVAR. Los derechos limitativos del dominio pueden ser de goce (usufructo, servidumbre) y de garantía (prenda, hipoteca). Unos y otros importan *disponer* de parte del valor económico de la cosa sobre que recaen; por eso la facultad de limitar y gravar queda comprendida dentro de la de *disposición* en sentido amplio. También se consideran tales derechos limitativos como *enajenaciones parciales* y la facultad de limitar y gravar comprendida en la de enajenar. De ahí que la jurisprudencia ha declarado, casi uniformemente, que la prohibición de enajenar las cosas embargadas por derecho judicial comprende no sólo la transferencia de la propiedad, sino también la constitución de prenda, hipoteca, servidumbre.³²

La libertad de gravar tiene excepciones. Así, por ejemplo, la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno, aunque pueda sujetarse, sí, a la condición de que sea administrada por un Banco durante la incapacidad del legitimario (Código Civil, art. 1192 y Ley General de Bancos, art. 48, N° 7).

71. DIFERENCIAS ENTRE LAS FACULTADES DE USO, GOCE Y CONSUMO, POR UNA PARTE, Y DE DISPOSICIÓN JURÍDICA, POR OTRA. a) Las primeras son facultades *materiales*, no en el sentido de que no están reguladas por el derecho, sino porque su función es material. El que usa su reloj, el que se apropia de los frutos de su árbol, ejecuta una función material, como también el que consume esos frutos al comerlos. En cambio, la facultad de disposición, en su sentido jurídico, es, precisamente, jurídica porque su función es de esta naturaleza, y se traduce en la realización de actos jurídicos. El que vende, hipoteca o constituye una servidumbre realiza actos jurídicos y no actos materiales.

b) Las facultades de uso y goce pertenecen al contenido del derecho. ¿Y la de disposición? ¿Forma parte del contenido del mismo derecho o es extraña y exterior a él? La mayoría de los autores responden que la facultad de disposición forma también parte del contenido del mismo derecho. El que enajena una casa, dicen, no hace más que ejercitar su derecho de

³² El "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas" (Código Civil, tomo IV, art. 1464, enunciado 1) cita 17 sentencias en este sentido, siendo la última de la Corte Suprema de 6 de agosto de 1935 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXII, sec. 1ª, pág. 474); en sentido contrario, sólo menciona dos, la última de las cuales fue dictada por una Corte de Apelaciones el 13 de abril de 1950 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLVII, sec. 2ª, pág. 8).

propiedad, así como lo haría si, por el contrario, se limitase a usarla y gozarla. Pero otros creen —y éstos parecen estar en la razón— que el contenido del derecho de propiedad son solamente los actos materiales de uso, goce y consumo, y que la facultad de disposición es una facultad exterior al derecho mismo. Para aclarar este punto se cita un ejemplo que ha llegado a ser clásico: “Yo —se expresa— puedo arrojar lejos una piedra, pero nadie dirá que es la piedra la que me da la fuerza para arrojarla; la fuerza estaba en mí antes, la piedra constituye sólo el objeto de su aplicación”. Lo que se transfiera o transmite (el derecho) no puede ser al mismo tiempo lo que transfiera o transmite (la facultad de disposición).

El análisis anterior parece ser el más certero, siempre que no se independice totalmente la facultad dispositiva del derecho sobre el cual opera. “El tiro de la piedra —para seguir con el ejemplo— no sólo está determinado por la fuerza motriz, sino también por la naturaleza del objeto lanzado; y muchas veces el objeto impide, no el mero ejercicio de la facultad dispositiva, sino la existencia misma de ésta.” Así, por ejemplo, los derechos personalísimos no pueden transferirse ni transmitirse, o sea, impiden la existencia de la facultad de disposición.

72. CONCEPTO DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN. Urge desde luego establecer que no debe confundirse la *capacidad* de disposición con la *facultad* de disposición. La primera es la aptitud general del sujeto para disponer libremente de los derechos. La segunda, en cambio, es el poder para disponer de un derecho determinado.

La facultad de disposición requiere de varios supuestos, que son: a) la capacidad de disposición, al menos en la mayor parte de los casos; b) la “titularidad” del derecho de que se trata o la calidad de representante de ese titular, o la autorización de éste o de la ley; c) la aptitud del derecho para ser objeto de la disposición, y d) la ausencia de un agente legítimo y extraño que obste al acto de disposición.

Por tanto, no hay facultad de disposición respecto de los bienes ajenos, porque no somos *titulares* de ellos o representantes del titular; no hay facultad de disposición, por lo general, cuando no tenemos *capacidad de disposición* (porque somos, por ejemplo, menores de edad); no hay facultad de disposición cuando el derecho es *inepto* para ser objeto de ella (por ejemplo, los derechos personalísimos); y, finalmente, se carece de la facultad de disposición cuando hay un *agente extraño y legítimo que la impide* (por ejemplo, un embargo recae sobre nuestra propiedad).

A veces, puede no tenerse la capacidad general de ejercicio, pero sí la facultad para disponer de uno o más bienes determinados, como ocurre tratándose del menor adulto que cuenta con peculio profesional o industrial; puede disponer libremente de los bienes muebles que forman ese peculio, necesitando autorización judicial con conocimiento de causa sólo para enajenar o hipotecar bienes raíces (C. Civil, art. 255).

El Código no confunde la facultad de disposición con la capacidad de disposición. En muchas normas alude a la primera expresión u otras equivalentes. Así, en el artículo 670 dice que el tradente debe tener *facultad de transferir* el dominio y, en cambio, el adquirente *capacidad* para adquirirlo. El

artículo 672, inciso 2º, dispone que una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene *facultad de enajenar* la cosa como dueño o como representante del dueño. El artículo 706, inciso 2º, expresa que en los títulos traslativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la *facultad de enajenarla*, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. El artículo 1575, inciso 2º, establece que no es válido el pago en que se debe transferir la propiedad sino en cuanto el que paga tiene *facultad de enajenar*. En la cesión de bienes, el Código expresa que la cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor, sino sólo la *facultad de disponer* de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos. El artículo 2387 dice que no se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga *facultad de enajenarla*.

73. LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN NO ES NOTA CARACTERÍSTICA SÓLO DEL DOMINIO. Si se considera el poder de transferir y transmitir como contenido del derecho, debe reconocerse que no es característica privativa del dominio; en principio, es común a todos los derechos reales, salvo ciertas excepciones, y aun se extiende a los derechos de crédito, pues el acreedor puede ceder su crédito.

74. RENUNCIABILIDAD DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN. *Principio de la libertad de disposición.* El principio de la libertad de disposición forma parte de un principio de orden público, el de la *libertad de comercio*, y constituye la regla general en nuestro Derecho. Aparece consagrado en diversos preceptos del Código Civil.

Así, está prohibida la constitución de dos o más fideicomisos o usufructos sucesivos (arts. 745 y 769) precisamente porque entraba la disposición de la cosa; se tiene por no escrita la cláusula de no enajenar la cosa legada, siempre que la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero (art. 1126); el pacto de no enajenar la cosa arrendada sólo tiene el alcance de facultar al arrendatario para permanecer en el arriendo hasta su terminación natural (art. 1964); no vale en la constitución del censo el pacto de no enajenar la finca censuada, ni otro alguno que imponga al censuario más cargas que las expresadas en la ley (art. 2031); no obstante cualquiera estipulación en contrario, el dueño de los bienes gravados con hipoteca puede siempre enajenarlos o hipotecarlos (art. 2415).

Sin embargo, en algunos casos el legislador autoriza las prohibiciones de enajenar. Así, el constituyente de la propiedad fiduciaria puede prohibir la enajenación de ella entre vivos (art. 751), lo mismo que el donante de la cosa donada entre vivos (art. 1432); el constituyente de un usufructo puede prohibir al usufructuario arrendar o ceder su usufructo (art. 793, inc. 3º). Pero estas excepciones son de alcance limitado; no autorizan una prohibición absoluta y perpetua de enajenar.

Hay casos en que la ley prohíbe por cierto tiempo ejercitar la facultad de enajenar respecto a un bien determinado: D.L. N° 538, publicado en el

189. DESTRUCCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO. Hemos dicho ya que si el edificio se destruyere en su totalidad o en una porción que represente, a lo menos, las tres cuartas partes de su valor, cualquiera de los copropietarios puede pedir la división del suelo y de los demás bienes comunes, con arreglo al derecho común (Decreto N° 880, art. 60, inc. 2°). Pero si la destrucción no fuere de tal gravedad, los propietarios están obligados a reparar el edificio sujetándose a las reglas que la ley misma señala (Decreto N° 880, art. 61). Si el edificio destruido total o parcialmente es reconstruido, subsisten las hipotecas en las mismas condiciones que antes (Decreto N° 880, art. 62, inc. final).

190. SEGURO DEL EDIFICIO CONTRA RIESGOS DE INCENDIO. Todo edificio regido por la llamada Ley de Pisos y Departamentos debe ser asegurado contra riesgos de incendio, a menos que fuere declarado incombustible por la municipalidad respectiva. El administrador es personalmente responsable por los perjuicios que se irrogaren por el incumplimiento de esta obligación. Las primas de seguro se consideran expensas comunes (Decreto 880, art. 62, incs. 1°, 2° y 3°).

BIBLIOGRAFÍA

- BATILE V., MANUEL, *La propiedad de casas por pisos*, Madrid, 1967.
 BRIEVA Y BASTÍAS, *Ley General de Urbanismo y Construcciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, y *Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y Ley de Propiedad Horizontal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992. Ambas recopilaciones contienen, además de los indicados en los títulos, otros textos legales y reglamentarios.
 CASTELETTO T., HÉCTOR, *La administración de los bienes comunes en la propiedad horizontal*, Valparaíso, 1978.
 MENA, EDUARDO, *Manual Práctico de la Ley de Pisos y Departamentos*, memoria de prueba, Santiago, 1945.
 MORALES G., CLAUDIO, *Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal*, Valparaíso, 1979.
 PÉREZ P., EDUARDO, *El derecho de propiedad horizontal*, Madrid, 1974.
 POIRIER, PIERRE, *La propiedad horizontal. Condominium*, traducción castellana del francés, Buenos Aires, 1950.
 RIZZI, *Il condominio negli edifici*, Bari, 1960.
 SALIS, *Li edifici in condominio* (reseña sistemática de jurisprudencia), Napoli, 1965.
 UNDURRAGA, SERGIO, *Estudio sobre la propiedad de los edificios divididos por pisos y departamentos*, memoria de prueba, Santiago, 1935.

CAPÍTULO IV

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO EN GENERAL

191. a) TEORÍA QUE EXIGE UN TÍTULO Y UN MODO PARA LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO Y LOS DEMÁS DERECHOS REALES. Por regla general, para adquirir un derecho personal basta el solo contrato o acto constitutivo. Así, por ejemplo, perfeccionado el contrato de compraventa, nace para el comprador el derecho de exigir al vendedor la tradición de la cosa. Pero tratándose de la adquisición y transmisión de los derechos reales, además del contrato o acto constitutivo es necesario, según la teoría tradicional, otro requisito, un modo de adquirir. Para que el comprador llegue a ser dueño de la cosa, no basta la celebración del contrato; es preciso también que el vendedor realice la tradición en favor del comprador.

La teoría tradicional, que tiene sus orígenes en el Derecho romano y que fue ampliada y desarrollada por los intérpretes de la Edad Media, exige para la adquisición y transmisión de los derechos reales un *título* o causa remota de adquisición y un *modo de adquirir* o causa próxima de la misma. Y, desde este punto de vista, *el título es el hecho que da posibilidad o vocación para adquirir el dominio u otro derecho real; y el modo de adquirir es el hecho idóneo para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona*. El comprador, por ejemplo, llega a ser dueño de la cosa comprada en virtud del contrato (título) y de la tradición de esa cosa que le hace el vendedor dueño (modo de adquirir); el mero contrato sólo da al comprador la posibilidad para adquirir el dominio, pero esa posibilidad se actualiza merced al modo de adquirir llamado tradición.

192. b) TEORÍAS QUE RECHAZAN LA DISTINCIÓN ENTRE EL TÍTULO Y EL MODO DE ADQUIRIR. I. Una teoría sostiene que para adquirir los derechos reales basta con el título; el modo es innecesario o, al menos, se le considera implícito en aquél. El Código Civil francés sigue esta tendencia, y establece que la propiedad se transfiere y adquiere por el solo efecto de la convención; en otros términos, las voluntades concordantes de transferir y de adquirir la propiedad son suficientes para hacer propietario al adquirente (arts. 711, 1138, 1583). La tradición pierde su calidad de modo de adquirir; representa sólo la ejecución de la obligación del vendedor de poner la cosa a disposición del comprador.

Como se comprenderá, el sistema francés no protege a los terceros; de ahí que sólo reciba una aplicación plena en cuanto a las partes contratantes, y sufra atenuaciones más o menos intensas respecto de terceros. Así, diversas normas complementarias del Código Civil (ley de 23 de marzo de 1855, decreto ley de 30 de octubre de 1935, decreto de 4 de enero de 1955), imponen un sistema de publicidad relacionado con numerosos actos y que hoy, en principio, consiste en depositar en el Conservador de Hipotecas una copia del acto de que se trate, hecha según fórmulas preestablecidas. Si la publicidad no se realiza, el acto es válido y eficaz entre las partes, pero inoponible a ciertos terceros. Hay otros actos en que la falta de publicidad no envuelve la inoponibilidad, sino una indemnización de daños y perjuicios al tercero perjudicado.

II. Otra teoría estima necesario cortar el lazo entre el modo de adquirir y el título; hay que independizar, para los efectos de la transferencia de los derechos reales, el modo de adquirir del título. Lo que interesa para la adquisición y transferencia de esos derechos es sólo el modo, que se desdobra en dos momentos: el acuerdo real y la propia tradición o inscripción.

El *acuerdo real* (*Einigung*, en alemán) es el acuerdo entre el enajenante y el adquirente para provocar la transmisión del derecho real. Trátase de un acto *abstracto* porque en todos los casos sólo encierra la voluntad conforme de ambas partes de que se realice la transmisión, y la declaración es independiente del título, causa o contrato en virtud del cual se hace ella. Por consiguiente, si el negocio causal del acuerdo real y abstracto es, por ejemplo, una compraventa nula, tal nulidad del título o negocio causal no afecta al acuerdo real: éste queda a firme si se perfeccionó legalmente.

Para que opere la adquisición y transferencia del derecho real es necesaria, además del acuerdo real, la *entrega*, si se trata de muebles, y la *inscripción* en el Registro de Fincas, si se trata de inmuebles.

Como se ha observado, este sistema del Código alemán difiere radicalmente de la teoría tradicional del título y el modo de adquirir, pues, según ésta, la adquisición del derecho real tiene su base en el título o causa obligatoria que la motiva; y de acuerdo con el Código alemán, por el contrario, el título o negocio causal (la compraventa, por ejemplo) carece de trascendencia en la adquisición y pérdida de los derechos reales.

La ventaja del sistema se traduce en una eficaz protección de los terceros. Si el título o negocio causal se declara nulo, no por eso la enajenación deja de surtir efecto; y la parte en cuyo favor se declara la nulidad sólo puede hacer valer la acción de enriquecimiento sin causa.

193. CORRIENTE QUE TIENDE A MANTENER LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO DE ADQUIRIR. En muchos países, al igual que en Chile, se mantiene con gran fuerza la teoría del título y el modo de adquirir. En una u otra forma la consagran los Derechos de Austria, Holanda y Suiza. En estos regímenes, tratándose de bienes raíces, el modo es sustituido por la inscripción o, como en el nuestro, se estima realizado por ella. Buena parte de la doctrina contemporánea valora ésta como la solución mejor. Empero muchos Códigos

modernos, como el italiano de 1942, adhieren al sistema de Código Civil francés.

194. ENUMERACIÓN DE LOS MODOS DE ADQUIRIR. El artículo 588 de nuestro Código, que *no es una disposición taxativa*, enumera los siguientes modos de adquirir:

1) La *ocupación*, por la cual se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional (art. 606).

2) La *accesión*, que según la definición legal "es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella" (art. 643).

3) La *tradición*, modo de adquirir el dominio de las cosas que "consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad o intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo" (art. 670).

4) La *sucesión por causa de muerte*, que es un modo de adquirir el dominio de los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por una persona (art. 951).

5) La *prescripción adquisitiva*, que es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492).

6) Debe agregarse a la enumeración anterior la *ley*, que en ciertos casos sirve de modo de adquirir. Así, por ejemplo, el *usufructo legal* del padre sobre los bienes del hijo, y el del marido sobre los bienes de la mujer, se adquieren por ley. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que una *ley de expropiación* sirve de título y modo de adquirir el bien expropiado.¹

195. CLASIFICACIÓN DE LOS MODOS DE ADQUIRIR. Pueden hacerse varias, según sea el punto de vista que se tome como base. Nosotros nos referiremos a las siguientes:

- 1) Modos de adquirir originarios y derivativos;
- 2) A título universal y a título singular;
- 3) A título gratuito y a título oneroso, y
- 4) Modos de adquirir por actos entre vivos y por actos de última voluntad.

196. 1) ORIGINARIOS Y DERIVATIVOS. El modo de adquirir es *originario* cuando hace adquirir la propiedad independientemente de un derecho anterior de cualquiera otra persona (la ocupación, la accesión y la prescripción). Si bien la cosa, en este último caso, pertenecía anteriormente a otro dueño, éste la perdió

¹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Civil, tomo II (Santiago, 1969), jurisprudencia del artículo 588, enunciado N° 2, pág. 26.

por prescripción adquisitiva del tercero, el prescribiente, y automáticamente cesa el dominio antiguo, naciendo el nuevo sin relación con el primero.

El modo de adquirir es *derivativo* cuando hace adquirir una propiedad fundado en un precedente derecho que tenía otra persona. Ejemplos: la tradición y la sucesión por causa de muerte.

Tiene importancia distinguir entre un modo de adquirir y otro porque cuando es originario, para medir el alcance del derecho que se adquiere, hay que atender al titular, y nada más. Si yo adquiero por ocupación, se mira sólo mi acto de ocupación. En el caso de los modos de adquirir derivativos, para determinar el alcance, la fuerza, la perfección del modo, hay que considerar también si el derecho existía realmente en manos del que lo transfiere o transmite y en qué condiciones lo tenía, porque nadie puede transferir o transmitir más derechos que los que tiene. De aquí que en la tradición, si el tradente no es dueño, no transfiere el dominio; y si la cosa está hipotecada, también pasa con la hipoteca; y el difunto no transmite a los herederos sino los derechos que tiene.

197. 2) MODOS DE ADQUIRIR A TÍTULO UNIVERSAL Y A TÍTULO SINGULAR. En cuanto a la individualización de los bienes que se adquieren, los modos de adquirir pueden ser: a título universal y a título singular.

Es a título universal el modo por el cual se adquiere la universalidad de los bienes de una persona o una parte alícuota de ella. Es a título singular el modo por el cual se adquieren bienes determinados.

En otras palabras, el modo de adquirir a título universal hace adquirir a una persona todo el patrimonio de otra o una cuota-parte (representada por una fracción) de este patrimonio; el modo a título singular o particular hace adquirir determinado bien, determinado derecho, o determinados bienes o determinados derechos.

Respecto de esta clasificación, podemos observar lo siguiente:

a) Hay dos modos que siempre son a título singular: la *accessión* y la *ocupación*;

b) Hay un modo que indistintamente puede ser a título universal o a título singular: la *sucesión por causa de muerte*;

c) Hay dos modos que por regla general son a título singular: la *tradición* y la *prescripción*, salvo que se trate de la cesión o prescripción de una herencia, casos en que son a título universal.

198. 3) MODOS DE ADQUIRIR A TÍTULO GRATUITO Y A TÍTULO ONEROSO. Según el sacrificio pecuniario que importen, los modos de adquirir son a título gratuito o a título oneroso.

El modo de adquirir es a título gratuito cuando el que adquiere el dominio no hace sacrificio pecuniario alguno. Ejemplo: la ocupación.

Es a título oneroso cuando al adquirente la adquisición del dominio le significa un sacrificio pecuniario. La tradición, por ende, puede ser tanto a título gratuito como a título oneroso. La sucesión por causa de muerte y la prescripción son siempre a título gratuito.

199. 4) MODOS DE ADQUIRIR ENTRE VIVOS Y POR CAUSA DE MUERTE. *Modo de adquirir por causa de muerte* es el que para operar presupone el fallecimiento de la persona de la cual se deriva el derecho. No basta, pues, que un derecho esté subordinado a la muerte de una persona; es necesario, además, que el derecho que se adquiere derive de la persona difunta, que a ella le haya pertenecido. Por eso el derecho del beneficiario de un seguro de vida de cobrar el seguro, la indemnización, a la muerte del asegurado, no es un derecho que se adquiere por sucesión por causa de muerte, ya que ese derecho es del beneficiario mismo; no lo tenía el difunto y mal podía transmitirlo; su muerte dentro de la vigencia del contrato de seguro es sólo la condición para que el beneficiario adquiera el derecho de cobrar el seguro.

Por la sucesión por causa de muerte una o más personas vivas adquieren el patrimonio dejado por una fallecida, o una cuota del mismo (la mitad, tercio o quinto), o una o más especies o cuerpos ciertos (tal caballo, tal casa), o unas o más especies indeterminadas de cierto género (un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo) que formaban parte del patrimonio dejado por el difunto (C. Civil, arts. 588 y 951).

Modos de adquirir entre vivos son los que para operar la adquisición de un derecho presuponen la existencia de la persona de la cual otra deriva su derecho, o no presuponen ni la existencia ni la muerte de otra persona de la cual se derive el derecho, porque éste se adquiere originariamente, es decir, nace en la persona de su titular. Modos de adquirir entre vivos de carácter derivativo es la tradición, y modos de adquirir entre vivos de carácter originario son la ocupación, la accesión y la prescripción.

200. MEDIANTE LOS MODOS DE ADQUIRIR SE PUEDE ADQUIRIR TODA CLASE DE DERECHOS Y NO SÓLO EL DE DOMINIO. A pesar de que el artículo 588 está ubicado en el Título correspondiente al derecho de *dominio*, debe advertirse que los modos de adquirir también sirven para adquirir otros derechos reales, y aun derechos personales.

Hay algunos modos que sirven para adquirir cualquier derecho real o personal, como ser el dominio, el usufructo, servidumbre, créditos, etc.; tales modos son la *tradición* y la *sucesión por causa de muerte*.

Dentro de los derechos reales, hay modos que se aplican a todos y otros que se aplican sólo a algunos determinados. Por ejemplo: la accesión y la ocupación son modos que se aplican sólo al dominio. La prescripción sirve para adquirir todos los derechos reales, menos las servidumbres discontinuas e inaparentes.

201. SE PUEDE ADQUIRIR UN DERECHO SÓLO POR UN MODO DE ADQUIRIR. Se comete una falta de lógica cuando se dice que una persona adquiere un derecho por dos modos de adquirir; porque cuando opera un modo, no opera otro. Así, se adquiere por prescripción o por herencia; pero no por prescripción y herencia a la vez.

Diversas sentencias de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones han declarado que "si bien se puede *poseer* una cosa por varios títulos, el *dominio*

se adquiere por uno solo y, en consecuencia, basta un modo de adquirir; no pueden concurrir varios respecto de unos mismos bienes. No puede pretenderse que se reúnan dos títulos, como venta y prescripción, y dos modos de adquirir, tradición y prescripción, relativamente a un mismo bien. Y así, para adquirir las cosas heredadas o legadas, es suficiente la sucesión por causa de muerte; la tradición no es necesaria.²

202. LA TRADICIÓN, PARA QUE OPERE, REQUIERE UN TÍTULO. Para adquirir el dominio cuando opera la tradición, se requiere que haya también un título traslativo de dominio. Desde este punto de vista, puede decirse que el título es la causa que habilita para adquirir el dominio, la causa remota de la adquisición del dominio. Y en este caso se requiere un título, por las siguientes razones:

1) Porque así lo dice expresamente el artículo 675: "Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc."

El título es traslativo de dominio cuando sirve para traspasarlo. Ejemplos: la compraventa, la permuta, la donación, el aporte en propiedad que hace el socio a la sociedad, la transacción cuando recae sobre el objeto no disputado, de acuerdo con el artículo 703 del Código Civil.

2) Porque, según el criterio de nuestro Código, siguiendo al Derecho romano, de los contratos sólo nacen derechos personales y jamás derechos reales; en consecuencia, para adquirir el dominio se requiere la existencia de un modo de adquirir, que en el caso del contrato es la tradición. Por ejemplo, si yo compro una casa a Pedro, por el contrato de compraventa no me hago dueño de la casa; solamente adquiere un derecho personal para exigirle a Pedro que me entregue la casa. Y cuando Pedro me hace entrega de ella, cuando ésta es inscrita en el Conservador de Bienes Raíces, sólo entonces adquiere la casa y me transformo en dueño de ella. Sólo paso a ser dueño a virtud del modo de adquirir. Por eso suele expresarse que en muchos casos los derechos personales no son sino los reales en formación.

De aquí que sea preferible decir: no es la tradición propiamente la que exige un título, sino que éste requiere de la tradición.

Hemos visto en otro lugar los criterios al respecto de las legislaciones francesa y alemana.

203. ¿TODOS LOS MODOS DE ADQUIRIR NECESITAN DE TÍTULO? OPINIONES. Algunos, como Arturo Alessandri Rodríguez, enseñan que, de acuerdo con el sistema chileno, el requisito del título debe aplicarse a todos los modos de adquirir que enumera el artículo 588. Así, se dice que en los casos de la ocupación, accesión y prescripción, el título se confunde con el modo de adquirir. Y

² Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil, tomo II, Santiago, 1969, pág. 25, N° 1 de la jurisprudencia del artículo 588.

tratándose de la sucesión por causa de muerte, el título puede ser: o bien el testamento, en el caso de la sucesión testamentaria, o bien la ley, en el caso de la sucesión abintestato.

"Es verdad —afirma el profesor Alessandri— que no hay en todo el Código Civil ninguna disposición que tal cosa diga; pero no era necesario que lo dijera expresamente, porque de muchas de sus disposiciones y de la combinación de ellas resulta la doctrina aquí expuesta. Así se desprende de los artículos 588, 675, 702, 703 y 704. El artículo 588 se limita a enumerar los modos de adquirir la propiedad; el artículo 675, contenido en el título de la tradición, dice que para que ésta valga se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. Los artículos 702, 703 y 704, contenidos en el Título "De la posesión", hablan de justo título, clasifican los títulos y terminan diciendo cuáles títulos son justos y cuáles no lo son".

Los profesores Guillermo Correa Fuenzalida, Manuel Somarriva y otros piensan que *sólo hay necesidad de título en la tradición*, y que la opinión contraria ha querido generalizar, ampliando lo que sólo se aplica a un modo de adquirir, la tradición. Los argumentos de estos últimos se reducen a los que en seguida se reseñan:

1) El artículo 588 sólo habla de modos de adquirir el dominio y para nada de títulos. De esto se deduce que basta con la existencia del modo de adquirir. En la tradición el artículo 675 exige título traslativo de dominio en forma excepcional; y ya observábamos que más propio es decir que al título traslativo de dominio debe seguir la tradición, que a la tradición debe preceder un título traslativo de dominio: porque el contrato por sí solo no tiene la virtud de transferir el dominio y, por esto, viene en su auxilio la tradición, que es un modo de adquirir. En cambio, si examinamos el Libro III, que habla de la sucesión por causa de muerte, veremos que en parte alguna se exige el título. Y si estudiamos la parte referente a la ocupación, accesión y prescripción, observaremos lo mismo. Por lo tanto, la opinión que no exige título en los otros modos de adquirir que no sean la tradición, estaría de acuerdo con la legislación.

2) Cada vez que en ciencia jurídica se imponen tales o cuales requisitos o condiciones para que valga un acto jurídico, para que produzca sus efectos, es porque el legislador, la jurisprudencia o los tratadistas se ponen en el caso de que puedan faltar los mencionados requisitos. Así, por ejemplo, para que la compraventa sea válida, se requiere que haya cosa y precio, y cuando se trata de bienes raíces, se requiere además escritura pública. De lo dicho se desprende que en el ejemplo propuesto, en un momento dado, puede faltar la escritura pública, el precio o la cosa vendida. Ahora bien, con respecto al título, tenemos que en los casos de la ocupación, accesión, prescripción y sucesión por causa de muerte, jamás puede no haber título, ya que, según la afirmación de la opinión contraria, en los tres primeros casos se confunde con el modo de adquirir y, respecto de la sucesión por causa de muerte, se argumenta por esta tendencia que el título puede ser el testamento o la ley, según que la sucesión sea testamentaria o abintestato.

Pero a esta argumentación se le pueden hacer las siguientes observaciones: a) en ninguna parte así lo dice el legislador, siendo esto una mera creación de los tratadistas; b) cuando se exige un requisito para la validez de un acto, como decíamos, se está indicando con ello que el legislador lo exige, porque puede faltar o no; y si falta, el acto no produce efectos. Pues bien, en el caso del seudotítulo de la sucesión por causa de muerte, jamás puede faltar el título, porque, o se sucede por testamento o por la ley; de lo contrario, no se sucede.

3) Tratándose de la sucesión por causa de muerte, se puede suceder a una persona parte abintestato y parte testamentariamente. Luego, si se aceptara la opinión combatida, tendríamos el absurdo de que una persona sucedería a dos títulos, lo cual es errado, porque no pueden concurrir dos títulos en la adquisición del dominio respecto de una misma cosa.

4) La doctrina que exige como requisito general el título es incompleta; nada dice del modo de adquirir denominado ley, y ni siquiera se pronuncia acerca de cuál sería el título en este caso.

5) Si bien es efectivo que el artículo 703 dice que el justo título puede ser constitutivo o traslativo de dominio, y agrega que son constitutivos la ocupación, la accesión y la prescripción, esa disposición se refiere al justo título que se necesita en la *posesión regular*.

"El artículo 703 se refiere al *justo título*, y éste es necesario para ser poseedor regular de la cosa. Para adquirir el dominio por tradición se requieren un título y un modo de adquirir, sin que se pueda entrar a estudiar si el título es justo o no. El título debe ser válido, dice el artículo 675; no emplea la expresión *justo*, que está dedicada exclusivamente a la posesión.

Estos títulos *constitutivos de dominio* juegan ese rol solamente en la posesión (art. 703), pues tratándose del dominio no son títulos sino modos de adquirirlo. De manera que si se pretende confundir esa doble función, diversa en el dominio y en la posesión, tendríamos que el poseedor regular sería siempre dueño, cuando los invocara como antecedente de su posesión.

Si los modos de adquirir el dominio, considerados en ese carácter, fueran justos títulos para poseer, el legislador habría señalado entre los justos títulos la tradición, lo que no es exacto, pues la tradición debe agregarse al justo título si éste es traslativo de dominio (art. 702).

En conclusión, dicen los partidarios de la opinión de que el título sólo es necesario en la tradición, los títulos constitutivos de dominio tienen este carácter en la posesión. No se les considera como modos de adquirir el dominio sino como antecedente que justifica, regulariza la posesión, pues si el poseedor alega y prueba como causa de su posesión la ocupación o la accesión y prueba que se han producido los hechos constitutivos de estos modos de adquirir, el legislador entiende, lógicamente, que tal vez se ha generado el dominio a favor del poseedor, y aunque es posible que esto no haya ocurrido, todas las probabilidades

están en favor de aquél. Si efectivamente se generó el dominio, estos títulos no es que habiliten para poseer, sino que son los modos por los cuales se ha adquirido el dominio de la cosa. Y si el que la adquirió por ocupación o por accesión la posee, es porque es dueño y lo es porque la adquirió por algunos de esos modos".⁵

⁵ D. SITCHKIN, *Algunas consideraciones sobre posesión y prescripción*, Clases de Derecho Civil Profundizado y Comparado. Curso desarrollado en el año 1942 en la Universidad de Concepción.