

ABREVIATURAS

art., arts.	artículo, artículos
CC.	Código Civil
C. de A.	Código de Aguas
C. de C.	Código de Comercio
C. de M.	Código de Minería
C. del T.	Código del Trabajo
cons.	considerando
COT.	Código Orgánico de Tribunales
CP.	Código Penal
CPC.	Código de Procedimiento Civil
C. Pol.	Constitución Política
CPP.	Código de Procedimiento Penal
D.	Derecho
DFL.	Decreto con Fuerza de Ley
DL.	Decreto Ley
DO.	Diario Oficial
D.S.	Decreto Supremo
edic.	edición
Edit.	Editorial
Fac.	Facultad
F. del M.	Revista Fallos del Mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales
inc., incs.	inciso, incisos
ob. cit.	obra citada
p., pp.	página, páginas
R., Rev.	Revista
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia
Regl.	Reglamento



ABREVIATURAS

Repert. de L. y J.	Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas
secc.	sección
sem.	semestre
sent.	sentencia
sgts.	siguientes
t.	tomo
Tít., Títis.	Título, Títulos
trad.	traducción, traductor
U., Univ.	Universidad
v.	ver, véase
vol.	volumen

Capítulo I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. Referencia al plan. El Derecho de los bienes trata de los principios de doctrina y preceptos legales que les son aplicables, tanto en su contemplación estática como en ciertos aspectos de su dinámica, al ser objeto de negociaciones jurídicas. Implica, pues: determinar su concepto, clasificarlos en base a su naturaleza material y a otros factores (que originan diferenciados estatutos jurídicos), analizar el poder –pleno o parcial– que se puede tener sobre ellos, establecer los modos de lograr esa potestad y decidir la protección que a ese poder adquirido se confiere.

1 bis. Denominación. En el lenguaje jurídico, el tema así reseñado es conocido con varias denominaciones: Derecho de los bienes, Derecho de cosas, Derechos reales.

Las dos primeras parecen ser las más difundidas en el medio nacional (y, sobre todo cuando se usan abreviadas: “bienes”, “cosas”, lo que es frecuente, evocan la distinción tripartita de Gayo: personas, cosas y acciones). Pero no son muy descriptivas de la materia que incluyen. Más bien aluden a la primera parte, en la cual se tratan los conceptos de cosa y bien, y se los clasifica.

En la doctrina extranjera es bastante empleada la expresión “derechos reales” que, aunque también parcial, es más comprensiva, y se centra precisamente en el sector jurídicamente más relevante.

2. Límites. Pertenece al ámbito de las ciencias de la naturaleza (física, química, biología, etc.) el examen de la estructura material de las cosas; empero, la separa-

ción no implica en modo alguno ausencia de relación; por el contrario, como ya se ha insinuado, la estructura física condiciona con frecuencia los principios jurídicos que las gobiernan, al punto que muchas evoluciones de la regulación tienen su explicación en los progresos del conocimiento y de las aplicaciones de las cosas como materialidades.

3. Función. En apreciación integral, externa, el rol que cumple la disciplina de los derechos reales puede resumirse en los términos siguientes. Mientras el Derecho de obligaciones regula el intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades de los individuos, la materia jurídica de los derechos reales: a) fija o radica los bienes en el patrimonio de cada individuo (regulando los procesos o mecanismos para que se produzca esa radicación); y b) determina los poderes o facultades que el sujeto tiene sobre ellos (describiéndolos y regulando su ejercicio).

Con lo dicho es fácil percatarse de la estrecha vinculación entre estos dos capítulos. Las dos funciones están relacionadas: el intercambio se produce a partir de bienes radicados en dos patrimonios; y llegaron una vez a radicarse en cada uno, por un intercambio anterior. Esa relación de las funciones provoca la vinculación entre las regulaciones respectivas. Un ejemplo de esa relación lo proporciona el contrato más frecuente, la compraventa, la cual, por una parte, es el instrumento típico para la realización del intercambio y, por otra, solo o con la ayuda de un modo de adquirir (según el



sistema elegido por el legislador del respectivo ordenamiento), conduce a la radicación del objeto vendido en un nuevo patrimonio (el del comprador). Se irán viendo muchas demostraciones de esta vinculación, que termina conformando la estructura del denominado Derecho patrimonial.

La mencionada fijación de cosas en patrimonios, con la determinación de poderes sobre ellas, está precedida por una decisión fundamental: el campo de aplicación de la propiedad privada (que será tratada más adelante; v. infra, N° 57).

3 bis. Relación con la Economía. La advertencia precedente conduce a constatar la estrecha vinculación que esta sección jurídica presenta con la disciplina de la Economía. Como es corriente también en otras materias del Derecho, es evidente la incidencia de las alternativas económicas; la visión económica de los bienes, determinada por su aprovechamiento o utilidad, impone decisiones que afectan y simplemente invaden el ambiente del Derecho privado. Desde luego, se puede apuntar, por ejemplo, que la consideración del rol económico que a los distintos bienes corresponde ha influido decisivamente en el surgimiento de las llamadas “formas especiales de propiedad”, las cuales, con sus especiales estatutos jurídicos, continúan perfilándose con incesante intensidad, hasta el extremo de casi atomizar la universal noción del dominio. Entre otros rasgos de esa vinculación pueden mencionarse: a) las alternativas económicas fundamentales que se adopten en un momento determinado en un país, como de economía más libre o más dirigida, son las que a su vez gradúan la apropiabilidad de bienes, de modo que el derecho de propiedad se extenderá a un mayor número de bienes, o se contraerá, según aquellas decisiones; b) las medidas económicas de control público a la producción y comercialización de ciertos bienes (como los productos que satisfacen directamente necesidades elementales de las personas), van imponiendo la revisión de la dogmática del Dere-

cho privado que, desde luego, ha de hacer lugar a nuevas clasificaciones y subclasificaciones de los bienes; c) en fin, recíproca influencia se observa entre la organización jurídica de la propiedad territorial y el desarrollo del crédito, en el sector que es cubierto por la garantía territorial (hipotecaria). Es que al estar muchos sectores de la economía regulados por textos legales, las relaciones son inevitables (v. además, infra, N° 57, y lo dicho sobre vinculaciones en infra, N° 220, nota).

Esta constatación conduce también a una frecuente relación con el Derecho administrativo, señaladamente –como se verá– en los capítulos de los denominados “dominio público” (incluyendo los derechos reales administrativos), restricciones a la propiedad privada y servidumbres.

4. Cosa y bien. La elaboración de los conceptos de “cosa” y “bien” ha ocupado la atención de la doctrina, que ha producido nutrida literatura sobre el tema y (como es de suponerlo), sin resultados uniformes. Se describirán aquí las nociones primarias.

5. Como punto inicial, se puede afirmar que “cosa” es todo lo que ocupa un lugar en el espacio; es decir, que tenga corporeidad sensible (una mesa, un libro; es el primitivo concepto romano expresado en el término “*corpora*”, más tarde extendido en el de “*res*”). Que aquello es cosa parece evidente, pero las dificultades surgen de inmediato si se pretende ampliar la noción de cosa a entidades que carecen de corporeidad material.

Deben ser mencionados entonces los bienes (o cosas) inmateriales, como las que nuestros textos denominan producciones del talento o del ingenio (art. 584 del CC.), cuya importancia no cesa de aumentar por el desarrollo de las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas y, particularmente, con el desenvolvimiento de la computación.

Se incorporan también las energías (como la electricidad, los distintos gases,

cada una con sus particularidades físicas), cuyo enorme valor asimismo es ostensible, aumentando los problemas jurídicos a medida que la ciencia y la tecnología mejoran las posibilidades humanas de descubrimiento, captura y control.

Utilizando la exclusión se ha intentado precisar la noción de cosa mediante una referencia a la persona, proponiéndose que cosa es todo lo que no es persona; el postulado puede servir como base, pero puede verse que no determina los límites del concepto. En cambio confiere motivo para observar otra dificultad, cual es la de si habría posibilidad de calificar de cosa a ciertas partes del cuerpo humano, sobre todo cuando en la práctica se celebran relaciones jurídicas respecto de ellas (por ej., respecto de la sangre, la piel, etc.; generalmente esas relaciones se celebran luego de la separación de tales partes del cuerpo, con lo que —puede sostenerse— han dejado de integrarlo); el tema, con actualidad desde hace ya algún tiempo, entre nosotros cuenta con varios textos legales y ha sido también analizado en muchas de sus concomitancias.

5 bis. La patrimonialidad del concepto de cosa. Constituye otro centro de discordia. Se ha sostenido que una valoración patrimonial, en el sentido de apreciación económica, pecuniaria, es indispensable en la noción jurídica de cosa, lo que justificaría las relaciones jurídicas privadas sobre ellas; pero se ha refutado enfáticamente la exigencia, extendiéndose el concepto a entidades como el nombre, el domicilio, las cuales, teniendo naturaleza extrapatrimonial, son generalmente aceptadas como objeto de relaciones jurídicas.

5 ter. La individualidad de la cosa. Estrictamente, la individualidad no parece ser indispensable como elemento del concepto jurídico de cosa; mas esa individualidad resulta imprescindible al pretenderse concluir relaciones jurídicas sobre ellas (esa necesidad se observa especialmente en algunas cosas, como los

líquidos, los gases). La precisión es pedida por las legislaciones, entre otras materias, a propósito de la determinación del objeto del acto (entre nosotros, en los arts. 1460 y 1461; el problema también es planteado al tratarse el más completo de los derechos reales: el dominio; y por eso allí se volverá sobre el punto).

6. Los derechos como cosas. La calificación de los derechos como cosas ha sido también latamente discutida (el tema se relaciona con la noción de derecho subjetivo y, en todo caso, se examinará a través de la clasificación que se origina, entre bienes corporales e incorporales, cuya referencia es necesaria dada la existencia de nuestros textos que la contemplan; v. infra, N° 12 y sgts.).

7. Cosa y objeto de derecho. La doctrina no da por coincidentes los conceptos de cosa y objeto de derecho. El objeto del derecho puede recaer sobre cosas, pero no sólo sobre ellas. Con referencia a los derechos subjetivos patrimoniales, puede observarse que, tratándose de los derechos reales, éstos recaen sobre cosas; el objeto del derecho real es una cosa determinada y, como se observará más adelante, tratándose del derecho de dominio se llega hasta la identificación del derecho con la cosa sobre la que recae. En cuanto a los derechos personales, su objeto consiste en la prestación del deudor, y esa prestación supera el concepto jurídico de cosa; si la prestación consiste en dar algo, se aprecia una vinculación estrecha entre el objeto del derecho y la cosa (el objeto consiste, en cierto respecto, en la cosa); pero si la prestación es de hacer o no hacer algo, entonces ya no recae sobre una cosa, sino en una conducta, positiva o negativa, que ha de adoptar el deudor.

8. Bien. Por su parte, el concepto de “bien” tampoco es descrito unánimemente. Con frecuencia se ha entendido que entre las cosas y los bienes existe una relación de género a especie; bienes son

las cosas que, prestando una utilidad para el hombre, son susceptibles de apropiación; también se ha exigido que estén apropiadas. Estas expresiones obligan a formular algunas dudas. Es previo precisar el alcance de esa “utilidad”; si se asimila a la valoración económica, según se ha visto, es exigida por algunos ya en la cosa; dicha utilidad también presenta características de subjetividad y de relatividad que sería necesario determinar en cada caso concreto. La llamada “cantidad no inferior a las necesidades humanas” como principio de medida de utilidad puede contribuir a soluciones, pero siempre que la utilidad sea exigida. En cuanto a la “apropiación”: en ella influye la naturaleza de ciertas entidades como aprehensibles o no por el ser humano y la capacidad de aprehensión de éste; y debe precisarse también la referencia a la clase de apropiación de que se trata, ya que puede exigirse que sea apropiable por los particulares o estimarse suficiente que pueda ser apropiada por la colectividad (por la Nación; por el Estado). En el resultado influirá, una vez más, la naturaleza del objeto (el alta mar, por ej., es naturalmente inapropiable) y también la reglamentación positiva que puede excluir arbitrariamente ciertas cosas del ámbito del dominio privado.

9. Expansión de los conceptos. Si se busca una tendencia en la construcción de estos conceptos (cosa y bien), se apreciará su constante ampliación, cada vez más comprensiva, estimulada por los nuevos elementos y circunstancias producto del desarrollo científico y tecnológico (se crean cosas, tangibles o intangibles, aun virtuales; aumenta la transformación; se logra capturar y controlar cosas y energías que antes no era humanamente posible; en fin, se inventan o descubren

nuevas aplicaciones o utilidades a cosas ya existentes). No se le divisa pronto término y, ciertamente, va complicando y alejando la elaboración de conceptos definitivos.

El Código chileno no define lo que es cosa, ni bien, y en él queda entonces abierta la discusión conceptual. Se ha entendido que bien es una cosa que presta utilidad económica al hombre.

10. Los anteriores no son más que puntos de partida o elementos de juicio que pueden conducir a una noción aproximada de las cosas y los bienes y permiten, con mayores antecedentes, adoptar criterios y posiciones en situaciones de duda.

Y es la ocasión de sentirse eximido del deber de formular acabadamente el contenido de estos dos conceptos. Entre quienes se dedican al examen de la elaboración conceptual se tiene convenido que, como al definir un término se recurre siempre a otro y luego para definir éste se utiliza otro y así sucesivamente, para no hacer infinita la remisión es necesario dar por supuestos algunos conceptos primarios, con una acepción aproximada tácitamente aceptada. Los conceptos aquí mencionados, sobre todo el de cosa, pertenecen a esa categoría.

10 bis. Textos legales. Siendo el centro de la materia el derecho de propiedad, tal como ocurre en la generalidad de las legislaciones, en Chile la base está en la Constitución (art. 19 N^{os} 21 a 25, destacadamente los N^{os} 23 y 24); el principal conjunto de normas legales está en el Libro II del CC. (“De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”); pero también –como se irá viendo– hay muchas otras normas a través de todo el Código y en leyes especiales.

Capítulo II

CLASIFICACIONES

11. Advertencia. Desde los tiempos del Derecho romano el Derecho de los bienes ha sido objeto de una intensa sistematización, que tiene como uno de sus puntos de partida su agrupación en distintas clases, en base a diferentes criterios.

Con el transcurso del tiempo algunas de esas clasificaciones pierden importancia, en tanto que aparecen otras, debido a la influencia de distintos factores. Serán consignadas las de mayor interés, no siempre formuladas directamente por el Código.

1) BIENES CORPORALES E INCORPORALES

12. Conceptos. El CC. establece esta clasificación: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas” (art. 565).

Para completar el cuadro positivo deben agregarse de inmediato los arts. 576: “Las cosas incorporales son derechos reales o personales”, y 583: “Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.

Después de permanecer mucho tiempo en la ley, esos textos han llegado a ganar consagración constitucional (C. Pol., art. 19 N° 24).

13. Estos preceptos consagran lo que la doctrina suele denominar “cosificación de los derechos”, decisión por la cual se considera cosas a los derechos; al ser considerados objeto de propiedad, se termina –como también se ha dicho– en su “propietarización”.

La clasificación fue formulada ya en el Derecho romano y mantuvo presencia durante toda la época medieval; pero se debilitó ostensiblemente en las codificaciones europeas (el CC. francés la omitió), aunque fue acogida en algunas hispanoamericanas.

La doctrina extranjera actual la considera, pero sin gran preocupación (y, por cierto, ha sido impugnada). Tal vez la principal objeción se refiere a que las cosas corporales son el objeto de los derechos (en una relación vertical) y entonces no es procedente pretender luego que éstos a su vez son cosas, junto a los primeros (en una relación horizontal), con lo cual, además, se posibilita la situación de derechos sobre derechos; en el mismo sentido, constituyendo dos categorías tan diferentes, no se trata de una clasificación, sino más bien de una arbitraria agrupación. Se ha reconocido aquella dificultad lógica pero, con base en la dilatada tradición, se destaca su utilidad en el tráfico jurídico, en el que con frecuencia se observa a los derechos funcionando como objetos de derechos (de lo que la cesión de créditos es un notorio ejemplo).

Así, aparte del chileno, parece difícil encontrar un ordenamiento en el que haya logrado tan destacada importancia.

Conforme al texto, las cosas incorporales son los derechos. Es claro entonces



que donde no hay derecho no hay cosa incorporal. Pero aquí (como en el concepto de “bien”) vuelve a surgir la interrogante de la patrimonialidad; es que todos los derechos son cosas incorporales, incluso los extrapatrimoniales (como los llamados “derechos de la persona”) o sólo los patrimoniales. En el sistema del Código, una alternativa es concluir que sólo lo son los patrimoniales; esta postura puede ser sostenida si en el concepto de “bien” ya se exige la patrimonialidad, puesto que el texto dispone que son los bienes los que contienen las cosas corporales e incorporales; en el mismo sentido puede añadirse que más adelante (en el art. 576) se dispone que se dividen en reales y personales, y son los patrimoniales los que son así clasificados. Pero también se ha sostenido que son cosas incorporales, haciendo prevalecer el concepto que el Código tiene de las cosas incorporales; aunque no son bienes, son “derechos” y, por tanto, son cosas incorporales (todo lo cual tiene importancia para la posterior aplicación del art. 576, conforme al cual sobre las cosas incorporales hay una “especie” de propiedad).

Por su parte, cuando el texto constitucional asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales, presenta problemas semejantes (qué es bien y qué es bien incorporal); como la Constitución tiene sus propios elementos de interpretación, lo antes dicho queda para ella como una alternativa de comprensión.

14. Aplicación. La aplicación práctica de estos textos presenta en Chile una evolución notable.

Durante mucho tiempo fue escasamente aplicado. Pero desde fines de la década de los 60 del siglo recién pasado ha ido en constante incremento, tanto en el número de casos a los que se trata de aplicar, como en la naturaleza de los derechos a los que se intenta extender.

En esa época se inició su empleo frecuente en la materia de vigencia de la ley en el tiempo (retroactividad), respecto a

la legislación de arrendamiento rústico. Se dictó un cuerpo legal que extendió la duración mínima de esos arriendos (a un plazo mínimo de diez años, cualquiera hubiera sido el plazo inferior pactado) y en sus disposiciones transitorias se ordenó aplicable incluso a los contratos en actual vigencia. Entonces, arrendadores afectados sostuvieron que aquellas normas los privaban del “derecho” a pedir la restitución de sus inmuebles, lo que equivalía a privarlos de una “cosa” de su dominio (con cita de los tres preceptos antes transcritos: 565, 576 y 583) y que esa ley no reunía los requisitos de una ley expropiatoria; en estas circunstancias, esa norma legal era inaplicable por inconstitucional. Los tribunales acogieron el planteamiento.

Desde entonces, su aplicación ha ido aumentando incesantemente, el que se ha visto favorecido porque a aquella consagración legal en los tres preceptos anotados se han agregado dos textos concurrentes de la Constitución: a) el art. 19 N° 24 que, junto con proclamar la protección de la propiedad, consagra la propiedad sobre los derechos (sobre “toda clase de bienes, corporales e incorporales”); b) el art. 20, que establece –como se sabe– el llamado recurso de protección, para proteger concretamente diversos derechos constitucionales, entre ellos el de propiedad.

Una observación de los casos en que se ha aplicado permite concluir que la anudación de estas dos decisiones: que los derechos son cosas y que sobre estas cosas (incorporales) hay también una especie de propiedad (sin mayor atención a la prevención de que se trata de una “especie” de propiedad), ha orientado su aplicación en el sentido de conferir protección a la generalidad de los derechos de los particulares (y aun más allá, como lo diremos), lo que se traduce, por cierto, en un intenso fortalecimiento de ellos.

Esta protección se ha configurado, entre otros, en dos importantes campos, cada uno con su propia vía:

a) En la protección de derechos ante agresiones legislativas, que se cometen a

través de la retroactividad. Si una ley dispone que ella se aplicará incluso a situaciones ya producidas (por ej., una nueva ley de arrendamiento, que se dispone aplicable incluso a los contratos en actual ejecución), y se detecta que vulnera un derecho de un particular (arrendador o arrendatario), ya adquirido, se acude a aquel razonamiento, se propone que esa ley priva de la propiedad de ese derecho y que, por tanto, es una ley expropiatoria que, por no reunir los requisitos que la Constitución exige para expropiar, es inconstitucional; y se concluye pidiendo la declaración de inaplicabilidad de esa ley, por inconstitucional.

b) En la protección de derechos ante agresiones de una autoridad o de particulares, que se cometen mediante actos administrativos o materiales, de variada naturaleza, que se estiman ilegales o arbitrarios. Entonces se plantea que tal acto o hecho, ilegal o arbitrario, importa privación, perturbación o amenaza de determinado derecho del supuesto afectado, el cual acude al recurso de protección (art. 20 de la C. Pol.); y cuando observa que ese derecho no está directamente protegido por ese recurso, propone que, en todo caso, es dueño de ese derecho y, al agredírsele (en forma de privación, perturbación o amenaza), se le está agrediendo (en la misma forma) su derecho de propiedad, derecho que sí es uno de los que están protegidos por ese recurso (incluso, cuando el derecho supuestamente afectado está directamente protegido, suele sostenerse que el acto o hecho ha vulnerado aquel derecho y, además, el de propiedad sobre él).

Puede apreciarse que por esta vía ha sido enorme el fortalecimiento de los derechos individuales, de toda naturaleza. Concretamente, en materia de retroactividad, su protección, inicialmente establecida sólo por ley (art. 9º del CC.), ha sido por este camino elevada a rango constitucional. Como la norma que impide la retroactividad de las leyes es sólo una ley (el art. 9º del CC.), y podría, por tanto, dictarse una ley que, privando de un de-

recho, expresamente se dispusiere retroactiva (dejando inaplicable para esa materia el art. 9º citado), ahora, con este planteamiento, mediante la protección constitucional, se logra rechazar las leyes retroactivas cuando vulneren un derecho adquirido.

Por último, debe advertirse que en la aplicación práctica de la materia queda pendiente la precisión de algunos temas (difíciles de abordar en abstracto). Entre ellos:

a) La distinción entre privación y restricción de ejercicio, aplicada a un derecho; cuándo una ley, acto o hecho, priva de un derecho y cuándo sólo restringe su ejercicio. La respuesta es importante porque las normas constitucionales autorizan al legislador disponer la privación del dominio (o de sus atributos esenciales) sólo mediante ley expropiatoria (con varias exigencias), que no es necesaria para introducir restricciones a su ejercicio (para más examen v. infra, Nº 57 bis).

b) La calificación de derecho; qué elemento(s) distingue(n) a un derecho de meras expectativas, simples facultades, prerrogativas, situaciones, opciones, etc. La respuesta es importante porque son los derechos los calificados de cosas incorporales y, por tanto, sobre los que hay (una especie de) propiedad.

c) La determinación del ámbito protegido; si todos los (auténticos) derechos (patrimoniales y extrapatrimoniales) quedan incluidos en la calificación de “cosas incorporales”, o sólo alguna categoría, con la consecuencia de que sobre ellos hay (una especie de) propiedad y de que, por tanto, quedan amparados (a través de ella).

En las dos últimas precisiones la jurisprudencia, por una parte, ha debido pronunciarse sobre variadas proposiciones y, por otra, ha resultado, al menos para decidir recursos de protección, generosa hasta el extremo.

d) Aunque la Constitución ha concebido que hay, simplemente, propiedad sobre los bienes incorporales, para algunos particulares efectos y aun, en alguna

medida para la interpretación de la norma constitucional, cuál es el sentido de la expresión “especie de propiedad” empleada en el art. 583 del Código.

15. Con base en la formulada calificación del Código (bienes incorporales) se tratará a continuación de los conceptos de derechos real y personal. Las clasificaciones posteriores se establecen con referencia fundamental a los bienes corporales.

16. Bienes incorporales. Como se ha dicho, según el Código “son derechos reales o personales” (art. 576).

17. A) Derechos reales. El Código define el derecho real adoptando un concepto que es considerado el clásico (art. 577). Se concibe como una relación persona-cosa, inmediata, absoluta; un derecho en la cosa (*ius in re*). Puede entenderse como un “poder o señorío” que tiene un sujeto sobre una cosa. Cuando ese poder es completo, total, se está en presencia del derecho real máximo, el dominio; pero puede ser parcial, incompleto, lo que acontece en los demás derechos reales (usufructo, prenda, hipoteca). El titular es una persona, pero pueden también ser varias (como en la copropiedad). Y, debido a ese poderío directo, la cosa ha de ser siempre determinada. Si debe necesariamente ser corporal o podría ser incorporeal, nos lleva nuevamente al problema del concepto de cosa, ya referido, y que estará siempre presente en el estudio del Derecho de los bienes.

Pero esa concepción del derecho real como una relación persona-cosa ha sido intensamente discutida; se objeta que es impropio concebir una relación entre una persona y una cosa, en circunstancias que en Derecho las relaciones jurídicas se establecen entre sujetos, y es el objeto de esa relación el que podrá recaer sobre una cosa.

Por la disconformidad con aquella noción han surgido numerosas proposiciones para la concepción del derecho real (que –como es comprensible– tratan

en conjunto el derecho real y el personal; han sido resumidas en nuestro texto de Obligaciones, que luego será citado). Se hará referencia aquí sólo al planteamiento, bastante difundido, de la llamada “obligación pasivamente universal”. Se entiende que entre el derecho real y el derecho personal no existe una diferencia substancial. En último término, el derecho real también importa una relación entre sujetos, pero mientras en el derecho personal dicha relación se produce entre acreedor y deudor, recayendo sobre la prestación, en el derecho real esa relación tiene lugar entre el titular y el resto de las personas, recayendo, desde luego, sobre la cosa de que se trata; de este modo, el titular tiene el derecho de que se respete por todos el ejercicio de sus facultades sobre la cosa, y todos los demás, la obligación de ese respeto, absteniéndose de perturbarlo.

Clasificación. El contenido de los distintos derechos reales conduce a agruparlos en derechos reales de goce y de garantía.

Los derechos reales de goce permiten la utilización directa de la cosa (uso, percepción de frutos). El primero de ellos, el más completo, es el de dominio; junto a él están otros con facultades limitadas: usufructo, uso, servidumbre.

Los derechos reales de garantía permiten utilizar la cosa indirectamente, por su valor de cambio; contienen la facultad de lograr, con el auxilio de la justicia, su enajenación para obtener con el producto una prestación incumplida (prenda, hipoteca).

En otro sentido, el carácter integral del derecho de dominio conduce a considerarlo separadamente, formando categoría, ante los demás que, en conjunto, suelen denominarse “derechos reales en cosa ajena”.

La reserva legal en la creación de derechos reales. Por sus caracteres (como se verá luego) los derechos personales son infinitos; tantos cuanto los particulares acuerden, con las modalidades que les impriman sus convenios. Es antigua la discrepancia acer-

ca de la actitud que debe adoptarse respecto de los derechos reales: si la creación de derechos reales (tipos) debe quedar entregada a la voluntad de los particulares (*numerus apertus*) o debe quedar limitada por la ley, en términos de que sólo la ley puede establecer cuáles son los derechos reales admitidos (*numerus clausus*). En favor del número abierto se aduce, principalmente, la autonomía de la voluntad y la mejor posibilidad de adecuarse a las necesidades de los negocios. Para el número cerrado hay fundamentos de orden político-económico; el carácter de orden público que tienen las normas sobre la organización de la propiedad, en esta materia impide que se convengan variadas vinculaciones que enterrarían la circulación de los bienes, conduciendo a un trastorno del régimen económico (llevándolo a caracteres feudales); en este mismo sentido, y con componentes técnico y práctico, se observa que ostentando el derecho real una respetabilidad universal (*erga omnes*) para cumplir con ese respeto es indispensable que esté bien determinado, bien definido y conocido: su contenido, alcance y restricciones; difusos o desconocidos estos caracteres, no es procedente exigir aquel respeto; y una libertad de los particulares para su constitución conduce a una imposibilidad o, al menos, a una intensa dificultad en aquella definición y su conocimiento.

Los Códigos frecuentemente omiten un formal pronunciamiento sobre el dilema, circunstancia que favorece la discusión. Actualmente, en la doctrina y en las legislaciones (con interpretación doctrinaria donde los textos lo permiten) parece prevalecer la decisión del número cerrado.

Entre nosotros, con un anuncio no del todo definitorio (“Son derechos reales”), el art. 577 menciona un conjunto que no ha resultado taxativo. Desde luego, casi a continuación de aquel precepto el Código agrega uno más (art. 579). Deben considerarse también los denominados “derechos reales administrativos”, que consagran algunos textos legales

nacionales (como el derecho de aprovechamiento de aguas, el del concesionario; sus peculiaridades requieren un análisis especial, que trata la disciplina correspondiente). En cuanto al origen (sólo legal o también por los particulares) el Código no formula declaración; atendidos los textos y los fundamentos antes enunciados, predomina la conclusión de que sólo la ley puede crearlos; lo compartimos (la opinión discrepante postula que son admisibles ciertos derechos reales no contemplados en la ley, con el fundamento de que no hay norma que expresamente imponga reserva legal, y llegó con la proposición de admitir el derecho de *superficie*, conocido en doctrina y legislaciones extranjeras).

Aunque puede haber quedado claro, conviene precisar que la voluntad de los particulares es generalmente la que origina los derechos reales en concreto. Así, para que se configure un usufructo será necesario que un sujeto se lo conceda a otro en un convenio, en un testamento; incluso en casos como el usufructo legal del padre o del marido, hace falta que para que tengan lugar, junto al precepto legal que los establece se agreguen otros supuestos (que haya matrimonio, por ej.), en los que es decisiva la voluntad de los particulares. Pero el usufructo, como figura jurídica, está previamente diseñado en la ley; de modo que cuando se plantea el problema de si los particulares pueden crear derechos reales, lo que se discute es si ellos podrían elaborar, en sus pactos, un derecho real no contemplado en abstracto por los textos legales.

18. B) Derechos personales. También lo define el Código (art. 578). En otros términos, es el vínculo obligatorio en el extremo del acreedor; es la contrapartida de la obligación del deudor. Un acreedor, un deudor y una prestación (dar, hacer o no hacer) constituyen los elementos de la relación. El acreedor tiene el derecho a exigir al deudor la prestación y el deudor la obligación de efectuarla al acreedor (el tema tiene reservado un ca-



pítulo especial, el Derecho de obligaciones).

19. Las acciones. Luego de definir el derecho real y el derecho personal, el Código declara que de ellos nacen, respectivamente, las acciones reales y las acciones personales (arts. 577 y 578). En el Derecho adjetivo contemporáneo es muy discutido, y más bien negado, que la acción emane del derecho (en todo caso, el análisis jurídico de la acción es materia propia del Derecho procesal).

20. Referencia a una clasificación. Después de enunciar los conceptos anteriores, el Código aplica a los derechos y acciones la clasificación de los bienes corporales en muebles e inmuebles (art. 580); son muebles e inmuebles según lo sea la cosa en que han de ejercerse (derechos reales) o que se debe (derechos personales); y agrega que los hechos que se deben se reputan muebles (art. 581).

2) BIENES MUEBLES E INMUEBLES

21. Advertencia. Según se ha dicho, esta clasificación es aplicable tanto a los bienes corporales como a los incorporales (arts. 566 y 580); como ya se ha tratado de éstos, lo que sigue está referido fundamentalmente a los corporales.

22. Formulación. “Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles” (art. 566).

Nacida en el Derecho romano, paulatinamente esta clasificación fue adquiriendo importancia, hasta transformarse en una de las fundamentales, si no en la más importante, de las clasificaciones de los bienes; la naturaleza y el rol económico distintos imponen diversidad de normas en muchas materias.

Por largo tiempo, y hasta la llegada del desarrollo industrial, los inmuebles (el suelo) constituían el bien económico por excelencia, representantes de poder y prestigio; desde entonces ha quedado estable-

cida para ellos una especial protección, recogida en la generalidad de las codificaciones. Sin embargo, el progreso de la industria ha originado la producción de muchos bienes muebles (instrumentos electrónicos, medios de transporte, objetos de propiedad intelectual, etc.), cuyo valor puede llegar a superar el de los inmuebles. Por otra parte, la producción en gran escala, que necesita de cuantiosos recursos económicos para sus instalaciones industriales, ha motivado el surgimiento de ciertas instituciones jurídicas, como las sociedades de capital, que a su vez ha derivado en una particular “movilización de los inmuebles”, al existir ciertos títulos (como las acciones), representativos del valor de una parte del haber social y que pueden transferirse fácilmente. Siempre los inmuebles –por naturaleza– se han traspasado de un sujeto a otro sólo en los títulos (y conviene recordarlo), pero con estas sociedades tales transferencias, y parciales, se multiplican notablemente.

Con lo expuesto puede concluirse: primero, que el apareamiento de muchos muebles de valor debe llevar, y ha llevado, al legislador a proteger algunos de ellos, dictándose al efecto normas especiales; entonces, la protección a los inmuebles, como uno de los fundamentos de la distinción, se debilita (pero mantiene su interés debido a que por su diversa naturaleza y utilidad estos bienes siguen recibiendo distinto tratamiento jurídico); y segundo que, como puede verse corrientemente, el desarrollo de las áreas urbanas y específicamente del comercio, ha ido también incrementando el valor de los inmuebles: por su utilidad mercantil, en sectores céntricos de las ciudades alcanzan valores excepcionales; y, concretados en una edificación habitacional, siguen ostentando una demanda bastante segura y en gran cantidad. En este sentido es fácil constatar que, en contrapartida del aumento de muebles valiosos, con el progreso económico general los inmuebles están recibiendo una constante mejoría material que incrementa su valor; en el medio urbano, en obras de urbanización

y nuevas edificaciones habitacionales, comerciales e industriales, y en el medio rural, en plantaciones (de bosques y frutales) y en instalaciones industriales, agroindustriales, mineras, hidráulicas.

23. Aplicación. En Derecho positivo son innumerables las disposiciones que establecen la diferencia; se señalarán algunas contenidas en el Código, la mayoría de las cuales constituyen protección para los inmuebles:

a) La compraventa de Bienes Raíces es solemne, requiere escritura pública; la de muebles es simplemente consensual (art. 1801).

b) La tradición de los inmuebles se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces (art. 686); la de los muebles se efectúa por la entrega material o por diversas formas simbólicas (art. 684).

c) Para ganar por prescripción ordinaria el dominio de inmuebles es necesario poseerlos por un plazo mayor que el exigido para los muebles (art. 2508).

d) Cuando se transmiten inmuebles por sucesión por causa de muerte, para que los herederos puedan disponer de ellos es necesario cumplir con ciertas diligencias que no se exigen tratándose de muebles (art. 688).

e) En las reglas de la sociedad conyugal se establece que los inmuebles que se hayan aportado o que los cónyuges adquieren durante el matrimonio a título gratuito, pertenecen al haber del respectivo cónyuge; los muebles que los cónyuges aportan o adquieren a cualquier título durante el matrimonio, forman parte del haber social (arts. 1725 y sgts.).

f) La acción rescisoria por lesión enorme procede sólo en la compraventa y permuta de inmuebles (art. 1891).

g) La enajenación de inmuebles del pupilo debe efectuarse con ciertas formalidades, como la pública subasta previo decreto judicial (arts. 393 y 394).

h) Tratándose de cauciones reales, se establecen dos instituciones diferentes, la prenda y la hipoteca, según la garantía

sea un mueble o un inmueble (arts. 2384 y 2407).

24. A) Bienes muebles. Los define el art. 567. A su vez, se subclasifican en:

1º) *Muebles por naturaleza*, que se ajustan al concepto del precepto citado; y

2º) *Muebles por anticipación*. Los consagra el art. 571. Con esta disposición, son ciertos bienes inmuebles por naturaleza, por adherencia o por destinación que, para el efecto de constituir un derecho sobre ellos en favor de otra persona que el dueño, se reputan muebles antes de su separación del inmueble al que pertenecen.

Y al reputarse muebles, se les aplican todas las normas de éstos, cuando se trata de constituir derechos sobre ellos a favor de terceros (de ahí, por ej., la disposición del art. 1801, inc. 3º).

Con el fin de aclarar la acepción del término “muebles”, de frecuente uso, existen algunas disposiciones especiales, como las de los arts. 574 y 1121.

Para los *documentos* como cosas hay varios textos especiales (para las energías, que Códigos del siglo XX califican de cosas muebles, v. supra, N° 4 y nota).

25. B) Bienes inmuebles. El concepto es consignado en el art. 568. Debido a que el legislador considera jurídicamente como inmuebles a ciertos bienes que naturalmente no lo son, se ha formulado una conocida distinción:

1º) *Inmuebles por naturaleza*. Corresponden al contenido de la disposición referida (sobre los límites y las dificultades en su individualización, v. infra, N°s 63 y 264).

2º) *Inmuebles por adherencia*. Del art. 568 se desprende que son ciertos bienes que, siendo muebles, se reputan inmuebles por estar adheridos permanentemente a un inmueble. Y con esto se concluye que es necesario que el bien esté adherido al inmueble, según el tenor del art. 568, y que la adherencia sea permanente.

Conviene aclarar que mientras permanecen adheridos a su fuente de origen, los productos de la tierra y los frutos

de los árboles son inmuebles, pues forman con ella un solo todo; separados permanentemente, son muebles; y se reputan muebles, según ya se ha dicho, antes de su separación, para los efectos de constituir derechos sobre ellos en favor de otra persona que el dueño.

Ha sido discutida la calificación de inmuebles por adherencia de ciertas construcciones, como puentes, líneas telegráficas, eléctricas, etc. También la de edificaciones construidas en terreno ajeno; se las ha calificado ya de inmuebles por adherencia, ya de muebles por anticipación. En las soluciones influyen, principalmente, las características materiales de la adherencia, más o menos permanente; se ha pretendido que también influye el dominio de la construcción, de modo que si fue un tercero el que construyó (no el dueño del suelo), debería concluirse que es mueble (con el art. 571); no parece aceptable esa afirmación y el precepto citado no se refiere a esta situación.

3º) *Inmuebles por destinación*. Con el art. 570, son ciertos bienes muebles que la ley reputa inmuebles por estar permanentemente destinados al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.

Para reputar inmuebles a estos bienes la consideración es eminentemente práctica y fácil de percibir; se trata de evitar el menoscabo de ciertos bienes que para su mejor aprovechamiento requieren de otros elementos complementarios (los arts. 1118, 1121 y 2420 obedecen al mismo objetivo). Como consecuencia, celebrado un acto jurídico sobre un inmueble sin especificar la suerte de tales objetos, ellos se entienden incluidos; pero la voluntad de las partes puede excluirlas.

Con las disposiciones del Código, se entiende que el bien debe estar destinado al uso, cultivo o beneficio del inmueble (no del propietario del inmueble) y el destino debe ser permanente. Se ha exigido también que debe estar en el inmueble, debido a que es éste el que comunica su carácter; pero habría que aceptar, en todo caso, que pueden estar

transitoriamente alejados de él. Se ha sostenido que es necesario que este destino sea conferido al bien por el dueño del inmueble; algunos de los ejemplos que menciona el art. 570 exigen este requisito y en tales situaciones no puede discutirse, pero la ley no lo establece en términos generales, por lo que es discutible la exigencia.

Debe reconocerse, en fin, que para solucionar las múltiples situaciones que pueden producirse sobre la *calificación* de bienes en estas categorías (y sobre lo cual hay abundante jurisprudencia) deben tenerse en cuenta las particularidades materiales y circunstancias del caso. Se ha resuelto que en el proceso de esta calificación hay cuestiones de hecho y de Derecho. Así, determinar si un bien que no es inmueble por naturaleza, está o no destinado al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, es una cuestión de hecho, que depende de la observación de circunstancias materiales; en tanto que, establecido ese destino, determinar (calificar) si es o no inmueble por destinación, es una cuestión de Derecho.

26. Inmuebles (predios) rústicos y no rústicos; urbanos y rurales. Desde hace ya varias décadas, en el Derecho chileno ha ido adquiriendo interés una subclasificación de los inmuebles, como consecuencia de la dictación de estatutos diferenciados para la actividad agropecuaria y el desarrollo urbano. Originariamente, las diferencias surgen: por las características físicas del suelo (que a veces conforma, por ej., una montaña de aptitud forestal y otras una llanura de aptitud agrícola) y por la decisión de instalarse un asentamiento humano (con el que surge la ciudad). La situación se torna más compleja a medida que se toman en consideración más factores, que se configuran principalmente por la interacción de condiciones o aptitudes naturales del suelo con la industria humana. En el medio rural surgen las actividades agrícola, ganadera, forestal; más aún, aparece la actividad minera y la necesidad de regular el

uso del agua; incluso se generan actividades ostensiblemente mixtas, como la agro-industrial (con el procesamiento de alimentos en el sector de origen) o la foresto-industrial (por ej., con las plantas de celulosa). En el urbano la complejidad es producida por el crecimiento de la ciudad y las variadas actividades que la población reunida decide emprender (el tema requiere también de análisis a propósito del derecho de propiedad, por lo que más adelante se efectuarán otras referencias).

Explicablemente, entonces, la legislación ha sido frondosa y cambiante; y –como se insinuó– sectorizada (aunque permanecen normas comunes: las fundamentales sobre propiedad, implantadas en la Constitución; en gran medida las del Código Civil; incluso las de algunas leyes especiales, como el DL. 2.695 sobre saneamiento de títulos de dominio).

A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos, entre nosotros, en el medio rural, la legislación no está reunida en un cuerpo orgánico y ni siquiera es posible destacar algunos textos calificables de fundamentales; simplemente existe una multitud de normas especializadas (si alguno debe mencionarse en primer término ha de ser el DL. 3.516). En el ámbito urbanístico los textos fundamentales son la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ordenanza General de Edificación y Urbanización.

El contenido de esta legislación es de suficiente complejidad y volumen como para dedicarle estudios especializados (por eso es que aquí sólo se ha observado esa notable diferenciación, con algunas explicaciones). Se hace necesaria, sí, una precisión conceptual (considerando que estamos formulando clasificaciones de los bienes).

Los numerosos textos relativos a estas materias han incurrido en una confusión terminológica que ha provocado algunos conflictos; en algunas ocasiones se han dictado disposiciones para los predios urbanos y luego para predios rústicos, con contenido excluyente, en circunstancias

que, por obedecer a distintos criterios, esos términos pueden coexistir (un predio puede ser urbano y rústico). Así, se ha definido el predio rústico como “todo inmueble susceptible de uso agrícola, ganadero o forestal, esté situado en sectores urbanos o rurales” (art. 1º, letra a) de la derogada ley 16.640, de Reforma Agraria). Los que no sean susceptibles de aquellos usos, hay que considerarlos, en consecuencia, predios no rústicos. En cambio, hay que entender por predio urbano todo inmueble que se encuentre situado dentro del límite urbano de las ciudades, y por predio rural el que se encuentre ubicado fuera de ese límite (que es una línea imaginaria trazada en torno a cada ciudad, en conformidad a la legislación pertinente; v. infra, N° 57 quáter).

Como puede apreciarse, mientras la clasificación de inmuebles en rústicos y no rústicos se basa en un criterio *funcional*, la distinción entre urbanos y rurales se funda en un criterio *geográfico*. Ese distinto criterio clasificador trae como consecuencia que en un inmueble determinado ambas clasificaciones pueden coexistir, y hay inmuebles que son rústicos y urbanos (porque son susceptibles de uso agrícola... y están ubicados dentro del radio urbano de una ciudad).

Si se utilizara una sola de estas clasificaciones, al dictarse normas para el ámbito agrario como opuestas a las dictadas para el de las ciudades, se evitarían dificultades (en materia de subdivisiones de inmuebles, por ej., ha habido textos legales que para subdividir predios “urbanos” ordenan obtener autorización de cierta autoridad, y para subdividir predios “rústicos”, requiere la autorización de otra, originándose así un conflicto cuando el predio es simultáneamente urbano y rústico).

El Código hace también referencia a esta distinción (por ej., arts. 407, 1749, 1756), pero al no consignarse en él un concepto de predio rústico de orden funcional, parece aceptable concluir que utilizó la base de ubicación geográfica, que ha sido la habitualmente empleada (v. además, infra, N° 57 quáter).

3) BIENES MEDIOS DE PRODUCCIÓN Y BIENES DE CONSUMO

27. Conceptos. En términos generales, medios de producción son bienes destinados a producir otros bienes. Bienes de consumo son aquellos destinados directamente a la satisfacción de necesidades personales.

Conviene aquí destacar dos observaciones:

a) Por la finalidad productiva que los caracteriza, los medios de producción son, generalmente, de estructura compleja y de apreciable valor. Esa estructura y ese valor varían enormemente; el incremento del proceso productivo tanto en cantidad como en diversidad de bienes producidos explica fácilmente la complejidad y variedad que presentan estos bienes. Es bastante común que cuenten entre sus componentes con uno o más bienes raíces que les sirven de asiento; la fábrica, medio de producción por excelencia, exhibe como uno de sus elementos substanciales un predio en donde se instalan los demás elementos que la componen. Desde el punto de vista del Derecho Civil patrimonial puede apreciarse que, constituyendo estos medios de producción una agrupación organizada y armónica de bienes –usualmente siguiendo principios científicos y técnicos– cada uno de estos componentes es, a su vez, susceptible de clasificarse en las categorías tradicionales de bienes, especialmente entre muebles e inmuebles. Pero además, con el concepto amplio de inmuebles ya examinado, que comprende tanto los inmuebles por naturaleza como los por adherencia y destino, un medio de producción (como un solo todo) puede ser calificado como un inmueble, partiendo del asiento territorial a que hemos hecho referencia. Pueden también constituir una universalidad, según se dirá más adelante.

b) Con frecuencia la calificación de un bien determinado es dependiente de su situación respecto de otros; en ciertas condiciones un bien puede ser de consumo, en tanto que en otras puede ser (par-

te de un) medio de producción (por ej., cuando se encuentra formando parte de una unidad económica mayor).

La importancia de la clasificación es evidente; ella permite constatar claramente cómo la función económica de los distintos bienes influye decisivamente en su tratamiento jurídico. Usándola, las doctrinas que propician una socialización o colectivización en las estructuras económicas proponen la inapropiabilidad por los particulares de los medios de producción, los cuales –postulan– deben permanecer en dominio de la sociedad, representada por el Estado.

En todo caso, las legislaciones de los países que no se incorporan al planteamiento mencionado contienen normas que excepcionalmente establecen la inapropiabilidad de algunos medios de producción de la economía del país respectivo, como las industrias o actividades denominadas “estratégicas”, particularmente fundamentales para el desarrollo económico nacional. Matizando los principios referidos, en algunas legislaciones se introducen las organizaciones de cooperativas y de autogestión, en las que la propiedad de ciertos medios de producción queda entregada no a la colectividad sino a quienes laboran en ellos.

Entre nosotros, la C. Pol. establece unas normas que a este respecto resultan trascendentales: las del art. 19 N^{os} 21 a 25 (v. además, *infra*, N^{os} 45 y 57).

Por último, en los bienes de consumo suele distinguirse entre esenciales y no esenciales, considerando su carácter de imprescindibles o no para la normal subsistencia y desenvolvimiento de las personas (alimentos básicos, como pan, azúcar, leche; vestuario de uso ordinario; etc., pertenecen a los bienes de consumo esenciales, que entre nosotros han sido denominados “artículos de primera necesidad”). Por cierto, la línea divisoria es difusa (quedando muchos en dudosa calificación).

Las normas legales sobre fijación de precios máximos, de almacenamiento y distribución, han ido configurando positivamente la subdistinción.

4) BIENES CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES

28. Conceptos. Por su naturaleza, esta clasificación es aplicable sólo a los bienes muebles. Se encuentra confusamente contenida en el art. 575 del CC.

Se ha llegado a precisar en esta clasificación una distinción entre consumibilidad objetiva y subjetiva.

Son *objetivamente consumibles* los bienes que atendida su natural función se destruyen por el primer uso. Y se conciben una destrucción natural y una civil. Se destruyen naturalmente si desaparecen físicamente o sufren una alteración substancial; se destruyen civilmente si su uso implica enajenación. Así, los alimentos son naturalmente consumibles (pues se alteran substancialmente o desaparecen con el primer uso); las monedas son civilmente consumibles (pues su uso implica enajenarlas). Son *objetivamente no consumibles* los bienes que, considerando su natural función, no se destruyen ni natural ni civilmente por el primer uso (como una mesa, un automóvil).

Son *subjetivamente consumibles* los bienes que, atendido el destino que les asigna su actual titular, su primer uso importa enajenarlos o destruirlos. Son *subjetivamente no consumibles* los bienes que, atendido ese destino, su primer uso no importa enajenarlos.

Combinando ambas clases de consumibilidad, puede haber bienes que pertenecen a una de las consumibilidades y no a la otra. Por ejemplo, los libros de una librería son consumibles subjetivamente para el librero, pero son no consumibles objetivamente; una botella de licor o un elaborado producto alimenticio son objetivamente consumibles, pero, destinados a exposiciones o muestras, son subjetivamente no consumibles. En otros casos, el bien es consumible desde ambos puntos de vista, como los alimentos de un almacén, que son consumibles subjetivamente para el almacenero, y también objetivamente consumibles.

Por cierto, el carácter no consumible de un bien no se opone al paulatino de-

terioro ocasionado por el uso, deterioro que en determinadas situaciones es considerado por la ley para ciertos efectos. Algunos autores llegan a configurar una categoría especial, la de los bienes deteriorables, intermedia entre los consumibles y los no consumibles.

Esta clasificación, en sus nociones objetiva y subjetiva, aunque principalmente en la primera, tiene importancia en la celebración y ejecución de ciertos actos que otorgan derechos sólo de uso y goce de una cosa, que posteriormente debe restituirse. Así, por ejemplo, el usufructo no puede recaer sobre una cosa consumible, que pretende utilizarse en su natural destino.

Dentro de los bienes consumibles hay una categoría especial, la de los bienes llamados "corruptibles", que deben consumirse en breve tiempo, pues pronto pierden su aptitud para el consumo; como algunas frutas, ciertos medicamentos, etc. Considerando tales características, en ocasiones la ley los somete a un tratamiento especial (así, por ej., arts. 488 del CC. y 483 del CPC.).

5) BIENES FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES

29. Conceptos. No obstante los diversos criterios existentes para abordar esta clasificación, en general puede decirse que son fungibles las cosas que por presentar entre sí una igualdad de hecho, se les considera como de igual poder liberatorio. En orientación exclusivamente física, son bienes fungibles los que pertenecen a un mismo género y se encuentran en el mismo estado.

La noción es, en todo caso, objetiva, en oposición a otra subjetiva a que luego se hará referencia.

Esta clasificación y sus aplicaciones se han ido extendiendo debido al incremento de la producción industrial masificada que crea, en grandes cantidades, bienes de iguales características y funciones.

Sin embargo, la noción de fungibilidad sólo puede plantearse en términos

generales, que necesitan de adaptación a las variadas circunstancias en que se aplica, esto es, cuando en una relación determinada se pretende reemplazar un objeto por otro. Además, la similitud es un calificativo graduable y, entonces, casi siempre la fungibilidad va a depender del grado con que esa semejanza se exija.

Desde otro punto de vista, el concepto amplio inicialmente expuesto permite aplicarlo no sólo a las cosas, sino también a los hechos. Así, habrá hechos que se considerarán fungibles (como aquellos cuya ejecución no requiere de condiciones o destrezas especiales), y otros no (como la pintura de un cuadro, en que tiene importancia la persona que lo ejecuta).

En cuanto a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes, aunque habitualmente la fungibilidad objetiva es aplicada a los muebles, en ciertas situaciones es también aplicable a los inmuebles (como en los lotes de terrenos, sitios). En el CC. chileno parece aplicarse sólo a los muebles (art. 575, inc. 1º).

30. Consumibilidad y fungibilidad. Generalmente, las cosas consumibles son al mismo tiempo fungibles (así ocurre, por ej., con la mayoría de los alimentos); pero ambos caracteres no van necesariamente unidos. Hay bienes consumibles no fungibles (como una bebida exclusiva y cuidadosamente preparada). Y hay bienes fungibles no consumibles objetivamente (como los libros de una misma edición, las varias reproducciones de una obra de arte). Entonces, sólo puede afirmarse que a menudo concurren ambos caracteres, pero son independientes.

Una apreciación general permite concluir que la fungibilidad es más frecuente que la consumibilidad, ya que muy corrientemente la fungibilidad concurre en las cosas consumibles y además se presenta sola; así acontece en todos los artículos de uso habitual, durables, generalmente producidos en serie.

Lo anterior puede servir como explicación de la confusión en que incurre el art. 575 del Código, según el cual las cosas

consumibles pertenecen a las fungibles, significando que las cosas consumibles son una especie de las fungibles, un grupo de ellas.

A propósito de esta misma disposición conviene aclarar la situación de las especies monetarias; sin duda son fungibles, ya que las de igual valor tienen idéntico poder liberatorio; y además son consumibles, pues empleadas en su normal destino, perecen, desaparecen, se destruyen civilmente con el primer uso. Cuando el Código afirma “en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”, debe enmendarse el último término y concluir “consumibles”.

En todo caso, son muchas las oportunidades en que se hace referencia a las cosas fungibles (arts. 764, 1656, 2196, 2198, etc.).

31. Fungibilidad subjetiva. Sin que sea aceptada unánimemente, se ha propuesto una acepción subjetiva de la fungibilidad. Conforme a ella, dos o más cosas son subjetivamente fungibles cuando el interesado les atribuye igual valor económico y de uso y, en todo caso, igual poder liberatorio, sin que intervenga el valor de afección (tal ocurre, por ej., con una persona que necesitando un automóvil y un camión, acepta recibir uno, luego de pagar el precio del otro).

Con esta noción, hay cosas que, siendo objetivamente fungibles, subjetivamente pueden no serlo; ocurre principalmente cuando está presente el llamado valor de afección (así, un reloj corriente, como muchos, por ser un antiguo recuerdo de familia puede no ser fungible para su actual propietario).

Acogida esta idea de fungibilidad subjetiva adquiere importancia en instituciones como la dación en pago, las obligaciones alternativas, la compensación convencional.

6) BIENES PRINCIPALES Y ACCESORIOS

32. Conceptos. Bienes principales son aquellos que tienen existencia indepen-

diente, sin necesidad de otros. Bienes accesorios, los que están subordinados a otros sin los cuales no pueden subsistir (el suelo es un ejemplo de la primera clase; los árboles, de la segunda).

El Código no formula esta clasificación pero la reconoce implícitamente en muchas de sus disposiciones (por ej., arts. 587, 1122, 1127, 1830).

La clasificación no sólo se aplica a los bienes corporales; también a los incorporeales o derechos (así, por ej., la servidumbre es accesoria del derecho de dominio sobre el predio en que la servidumbre se ejerce, la hipoteca es accesoria del crédito que garantiza, etc.).

Son varios los factores que se consideran para decidir, entre dos o más cosas, cuál es accesoria de la otra. El más frecuentemente considerado es el de subsistencia (por lo que tal factor se incorpora al concepto), pero son muchas las situaciones en que se atiende a otros: el valor (como en la relación motor-combustible); la finalidad (como en la relación vaina-sable); el volumen, etc. En la adjunción, los arts. 659, 660 y 661 aplican estos criterios para determinar la accesoriedad y, en consecuencia, decidir la suerte de los bienes adjuntos.

La clasificación tiene importancia debido a la existencia del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Así, traspasado un derecho sobre una cosa principal, generalmente se entiende traspasado el derecho sobre las accesorias; extinguido un derecho sobre una cosa principal, se extingue el derecho sobre las accesorias.

Hay autores, e incluso ciertas legislaciones, que distinguen tres especies de cosas accesorias.

33. a) Partes integrantes: sin ostentar una definición uniformemente aceptada, son los componentes de una cosa que, estando incorporados a ella, pierden o carecen de individualidad (como las partes de un reloj, la lana de un animal);

b) *Pertenencias:* son cosas muebles que tienen una propia individualidad, pero

que están destinadas al uso, cultivo o beneficio de otro mueble o inmueble (la vaina de una espada, los implementos de labranza –llamados entre nosotros inmuebles por destinación–, etc.);

c) *Cosas accesorias en sentido estricto:* algunos autores llaman así a cosas que sin ser integrantes ni pertenencias de otra, por voluntad de las partes se incluyen en otra que se reputa principal, sin tener con ésta una unidad de destino económico.

Sin formular estos conceptos, el Código da reglas sobre el dominio de estas clases de cosas utilizando siempre el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal pero basándose, como se ha dicho, en diversos criterios (se volverá sobre el punto al tratar la accesión; v. infra, N° 90).

7) BIENES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

34. Conceptos. Desde un punto de vista físico, todos los bienes corporales son divisibles, y es conocido el avance de las ciencias naturales en la búsqueda de la unidad mínima de materia.

Jurídicamente, hay dos conceptos de divisibilidad, uno material y otro intelectual.

a) Son *materialmente divisibles* los bienes que al ser fraccionados cada parte mantiene la estructura, función y valor proporcional del todo original (no pierde la homogeneidad, función ni valor proporcional). Un líquido (como el agua) es divisible; un animal es indivisible (al fraccionarlo, cada porción tendrá una estructura distinta a la del animal fraccionado y, además, no cumplirá –en proporción– su función); un diamante generalmente será indivisible, porque al fraccionarlo disminuye significativamente su valor (las partes, en conjunto, tendrán un valor considerablemente inferior a la piedra primitiva). De todos modos, es difícil efectuar la calificación abstractamente; en cada caso obran muchas circunstancias: ubicación, calidad, substancia, destinación, etc., que influirán

decisivamente en la calificación del objeto (v. al respecto el art. 1337, N° 1).

b) Son *intelectualmente divisibles* las cosas que pueden fraccionarse en partes ideales, imaginarias, aunque no puedan serlo materialmente.

Desde este punto de vista, todos los bienes son divisibles. Lo interesante aquí es destacar que: por su naturaleza, al no tener consistencia física, los bienes incorpóreos, derechos, sólo son intelectualmente divisibles; y por disposición legal, hay ciertos derechos que no pueden dividirse ni siquiera intelectualmente (como el derecho de servidumbre, conforme a los arts. 826 y 827).

En cuanto a los derechos reales, dentro de nuestro Derecho positivo algunos son indivisibles (como los derechos reales de servidumbre, arts. 826 y 827; de prenda, art. 2405; y de hipoteca, art. 2408). La situación del derecho de dominio es especial. Frecuentemente se sostiene que el derecho de dominio es típicamente divisible; pero conviene efectuar una aclaración: distinta es la divisibilidad del derecho de dominio de la del objeto sobre el que recae. Dividido el bien que se tiene en dominio, éste se sigue ejerciendo indivisiblemente sobre cada una de las partes. El dominio puede considerarse un derecho divisible en cuanto es el típico derecho real que admite desmembraciones, al ser posible desprenderse de una o más facultades de las que concede, y constituir las en otro; así, es el derecho el que se divide, aunque el objeto sobre el que recae no sea tocado (en este sentido, la más usual de las divisiones que se imprimen al dominio es aquella en que el propietario mantiene la nuda propiedad y confiere a un tercero las facultades de uso y goce, con lo que el derecho real de dominio origina otro derecho real, el de usufructo). Por otra parte, se tiene generalmente entendido que si sobre un mismo objeto varias personas ejercen el derecho de dominio, configurándose una comunidad sobre el objeto, no hay división del dominio; en tal caso, cada sujeto ejerce todo el derecho de dominio, sólo que limitado en su ejercicio por

el derecho de cada uno de los otros (se volverá sobre este punto al tratar la copropiedad. En cuanto a los derechos personales, el tema es tratado en el capítulo del Derecho de obligaciones; en todo caso, está vinculado a la divisibilidad de su contrapartida, la obligación, con sus reglas; entre nosotros, los arts. 1524 y sgts.).

8) BIENES SINGULARES Y UNIVERSALES

35. Conceptos. Son bienes singulares los que constituyen una unidad, natural o artificial. Son bienes universales las agrupaciones de bienes singulares que no tienen entre sí una conexión física pero que, relacionados por un determinado vínculo, forman una unidad funcional.

En la realidad, sólo existen los que aquí se han llamado cosas singulares, como puede desprenderse de los conceptos anotados.

36. Las universalidades. El tema de las universalidades constituye en Derecho un capítulo arduo y de dilatadas controversias doctrinarias. Aquí se formularán tan sólo algunos alcances fundamentales. Para avanzar conceptos, se procederá a establecer la difundida distinción entre universalidades de hecho y universalidades de Derecho o jurídicas.

37. Universalidades de hecho (*universitas facti*). Suelen definirse como el conjunto de bienes que, no obstante conservar su individualidad, forman un todo al estar unidos por un vínculo de igual destino, generalmente económico.

En la actualidad la restricción a los bienes muebles parece estar superada. Inicialmente se impuso debido a textos legales (de ordenamientos que tenían presente los autores) y a la influencia que en la gestación de estos conceptos tuvo la doctrina mercantil. Ella desarrolló la noción de universalidad de hecho con motivo del análisis del establecimiento de comercio y, por otra parte, en esos tiem-

pos se sustentaba el principio de que todo lo inmueble es civil.

a) Los bienes que la componen pueden ser de la misma naturaleza (como los animales de un ganado, los libros de una colección) o de naturaleza diferente (como el conjunto de bienes corporales e incorporeales que componen el llamado “establecimiento de comercio” que, en ciertas circunstancias, puede estimarse una universalidad de hecho, aunque el punto es discutido).

b) Los bienes que la componen mantienen su propia individualidad, función y valor, por lo que no se consideran universalidades de hecho las meras partes o fracciones de un bien singular (así, un saco de trigo no es una universalidad de hecho, porque los granos aisladamente considerados son sólo partes de un bien singular que es el saco de cereal). Lo mismo ocurre con ciertos objetos que adquieren valor sólo apareados (como un par de zapatos); se trata de cosas singulares, pero indisolublemente unidas, que aisladas pierden utilidad.

c) El vínculo que une a las cosas singulares para formar la universalidad de hecho es el de un común *destino* o finalidad, que generalmente es de carácter económico. La precisión del fin da lugar a situaciones discutibles, especialmente tratándose de las llamadas “destinaciones genéricas” (como el ajuar de una habitación, las herramientas de un artesano).

d) La doctrina entiende que la universalidad de hecho sólo comprende bienes, es decir, sólo elementos activos y no pasivos, deudas, que serían aceptables únicamente en las universalidades jurídicas.

e) Dentro de las universalidades de hecho se ha llegado a distinguir dos categorías: las colecciones y las explotaciones.

Las colecciones de objetos están constituidas por bienes singulares de naturaleza homogénea (como el rebaño, la biblioteca).

Las explotaciones están constituidas por bienes singulares de diferente naturaleza y muchas veces incluyen también bienes incorporeales; en tales condiciones,

la finalidad común, como vínculo unificador, adquiere una especial relevancia (el establecimiento de comercio es citado como un típico ejemplo de esta categoría de universalidades).

Finalmente, para algunos autores la universalidad de hecho requiere que el destino común del conjunto de bienes sea conferido por el propietario de dichos bienes (así, por ej., un conjunto de vestuario en un local de ropavejero no constituiría universalidad de hecho, porque su dueño no le ha impuesto un destino determinado al conjunto y, por lo mismo, está dispuesto a enajenar separadamente cada prenda específica, en tanto que en manos de un coleccionista podría constituirlo). Luego, impuesto el destino unificante, se mantiene la universalidad aunque algunas de las cosas sean objeto de negociación separada. Y cesa la universalidad por la voluntad contraria, que la hace desaparecer, voluntad que ha de manifestarse por hechos exteriores que la demuestran con evidencia. Así, para su existencia, la universalidad depende en gran medida de un problema de interpretación de la voluntad del que la configura.

38. Universalidades de Derecho (*universalitas juris*). Están constituidas por un conjunto de bienes y relaciones jurídicas activas y pasivas, considerándose que jurídicamente forman un todo indivisible.

a) En doctrina dominante, como característica distintiva estas universalidades contienen tanto elementos activos como pasivos.

b) Existe una correlación funcional entre los elementos activos y pasivos, de modo que el activo está precisamente para responder del pasivo existente o eventual.

c) Dentro del conjunto de bienes que componen la universalidad funciona también, como norma general, el principio de la subrogación real, por el cual los bienes que ingresan al continente universalidad a costa de otros que salen, pasan a ocupar la posición jurídica de éstos.

En el Derecho chileno la universalidad jurídica típica es la herencia; la doc-

trina señala, discutiblemente, también otras, como la sociedad conyugal, el patrimonio del fallido, el patrimonio reservado de la mujer casada y aun el patrimonio general de toda persona.

39. Sin pretender que las diferencias entre universalidad de hecho y de Derecho sean fáciles de observar, en última instancia, mientras la unidad en la universalidad de hecho es configurada por el hombre, en la de la universalidad de Derecho es impuesta por la ley. Pero, más al fondo, la diferencia está a su vez basada en una circunstancia anterior: la universalidad de hecho se funda en la real unidad o, al menos, cercanía, de los bienes que la componen, característica que trae consigo una natural unidad de destino, que el titular viene a confirmar, o a definir entre varios posibles; en la jurídica, inicialmente sólo hay una masa de bienes, heterogéneos, sin ningún vínculo real entre ellos (o, al menos, no necesariamente con uno), pero surge un interés general, externo al conjunto, que aconseja conferirles tratamiento único para ciertos efectos y, entonces, sensible a ese interés, es la ley la que viene a imponer trato único al conjunto, surgiendo así la universalidad de Derecho.

Como la universalidad de hecho presenta una real unidad de destino (generalmente económico) más que sólo jurídica, frecuentemente las legislaciones positivas le aplican el régimen que corresponde a los bienes singulares que la componen. En cambio, la universalidad de Derecho es tratada por la ley como una unidad puramente jurídica, aplicándole normas particulares sin considerar la objetiva naturaleza de los bienes que la integran. Eso explica que la mayoría de los negocios jurídicos que pueden celebrarse sobre bienes específicos pueden, asimismo, celebrarse sobre la universalidad de hecho (venta, donación, aporte a una sociedad, arriendo, etc.); en cambio, no siempre son admitidos respecto de la universalidad de Derecho (puede verse, por ej., la restricción para la compraven-

ta, conforme al art. 1811; la conocida enajenación de una herencia no implica, al menos respecto de terceros, sino traspaso del activo hereditario).

Por lo mismo, suele afirmarse que sólo la universalidad de hecho puede considerarse un bien, en el sentido jurídico usual (porque en el sentido real de cosa, sólo lo son los bienes singulares que la componen), de modo que la universalidad de Derecho sería tan sólo una abstracción jurídica.

En nuestro Derecho positivo no existe una reglamentación de las universalidades lo que, por lo demás, es común en las legislaciones. Esta circunstancia ha provocado también entre nosotros discusiones, especialmente a propósito de una universalidad de creciente aplicación, ya mencionada: el establecimiento de comercio. La distinción entre bienes universales y singulares tampoco está expresamente formulada.

Sin embargo, tanto la distinción de bienes singulares y universales como la de universalidad de hecho y de Derecho, se suponen por el Código (pueden citarse los arts. 1317 y 2304 para la distinción entre los bienes singulares y universales; el art. 951 se refiere a la herencia como universalidad de Derecho y el art. 788 implica un caso de universalidad de hecho).

9) BIENES SIMPLES Y COMPUESTOS

40. Conceptos. Según su estructura, los bienes pueden ser simples o compuestos. Bien simple es el que tiene una estructura uniforme y no admite divisiones en partes que adquieran propia individualidad. Se ha dicho también que tales son sólo los bienes creados por la naturaleza (un animal, una planta, un trozo de madera).

Bien compuesto o complejo es el formado por dos o más cosas simples unidas, fusionadas o mezcladas, que pierden su individualidad en la composición. Se tiene entendido que estos bienes son pro-

ducto sólo de la acción del hombre (como un automóvil, un edificio).

Tratándose de las cosas compuestas o complejas, la relación jurídica recae sobre el todo sin necesidad de especificar cada una de las partes. Asimismo, si temporalmente uno de los componentes está separado, sigue perteneciendo al bien todo (como cuando se ha separado la rueda de un carro); en tal caso, la relación jurídica sobre el todo sigue afectando a dicha parte, temporalmente separada. En otro sentido, es posible que en ciertos casos un componente recupere su individualidad, en cuyo evento puede también ser objeto de una relación jurídica distinta (como si se separa definitivamente una rueda del carro, que se enajena como tal, luego de ser reemplazada).

Formulada la distinción entre cosas simples y complejas, en estas últimas se ha llegado a subdistinguir entre: cosas compuestas, aquellas formadas por una unión física de componentes; y cosas colectivas, aquellas formadas por una unión puramente económica o de destino (como un rebaño o una explotación industrial o comercial). Y a través de estas clasificaciones se ha llegado también a la noción de universalidad de hecho (como puede verse, la clasificación está vinculada con la accesoriedad, ya examinada).

10) BIENES PRESENTES Y FUTUROS

41. Conceptos. Atendiendo a la existencia real de los bienes al momento de crearse una relación jurídica, pueden clasificarse en presentes y futuros. Es también, como se ve, una clasificación puramente jurídica, porque en la realidad sólo son bienes los aquí llamados presentes.

Presentes son los que a un momento determinado (al celebrarse una relación jurídica) tienen una existencia real; futuros, los que a esa época no existen y tan sólo se espera que existan.

a) La futureidad puede considerarse

desde un punto de vista objetivo o desde el punto de vista de alguna de las partes; en este último sentido, la cosa es estimada futura cuando, existiendo realmente, no pertenece al sujeto, pero se espera que en el futuro la adquiera.

b) La futureidad admite graduaciones, tratándose especialmente de cosas compuestas (así por ejemplo, a la época de la relación jurídica un edificio puede encontrarse en una etapa inicial de construcción, y entonces puede resultar dudoso su calificativo de bien actual o futuro).

c) Asimismo, existe una graduación en relación con las probabilidades de existencia de las cosas futuras. En este sentido se distinguen bienes futuros de existencia esperada y de existencia aleatoria, según haya más o menos probabilidades de existencia (el fruto de un árbol es ejemplo de los primeros; el producto de una pesca, de los segundos). Se trata de conceptos eminentemente relativos (v. arts. 1461, 1813).

11) BIENES COMERCIALES E INCOMERCIALES

42. Conceptos. Los bienes se clasifican en comerciables e incomediables según puedan o no ser objeto de relaciones jurídicas por los particulares.

Bienes comerciables son los que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, de manera que sobre ellos puede recaer un derecho real o puede constituirse a su respecto un derecho personal (v. arts. 1461, 2498). Bienes incomediables (o no comerciables), son los que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas por los particulares; no puede existir a su respecto un derecho real ni personal.

Entre estos bienes incomediables pueden distinguirse:

a) Bienes incomediables en razón de su *naturaleza* (como la alta mar, el aire); en realidad, estas cosas (llamadas “cosas comunes a todos los hombres” conforme al art. 585), son las únicas que no son

objeto de relaciones jurídicas en general y las únicas a las que se puede aplicar la expresión de cosas que están fuera del comercio humano; más aún, si en el concepto de bien se incorpora la apropiabilidad, estas cosas no son “bienes” (v. supra, N° 9).

b) Bienes intransferibles en razón de su *destino*, los que, siendo naturalmente transferibles, se han abstraído del comercio jurídico para dedicarlos a un fin público; como las plazas, calles y otros bienes nacionales de uso público. Puede observarse que pueden ser objeto de ciertas relaciones jurídicas, aunque de carácter público, como las *concesiones* que otorga la autoridad; sólo desde el punto de vista del Derecho privado pueden ser considerados también intransferibles (v. infra, N° 48).

Hay bienes respecto de los cuales existe una prohibición de celebrar determinadas relaciones jurídicas, generalmente prohibición de enajenar o de celebrar actos y contratos. Es impuesta por la ley, el juez o la voluntad de los particulares. Esas prohibiciones son establecidas a veces con caracteres absolutos, otras sólo en ciertas circunstancias; a veces permanentes y otras temporales; por razones públicas o de interés privado. Tales bienes son transferibles y tienen solamente limitada su transferibilidad (así ocurre con ciertas obras declaradas patrimonio nacional, con ciertos productos químicos explosivos o tóxicos, con los bienes embargados judicialmente o cuya propiedad se litiga, etc.).

Incluso hay ciertos derechos que no sólo no pueden enajenarse, sino que no pueden en general traspasarse, como ocurre con los llamados derechos personalísimos; cuando su contenido es patrimonial (como el derecho de uso y habitación) su calificación como bienes transferibles es discutible.

En cuanto a las llamadas “cosas destinadas al culto divino”, bienes que están destinados al cultivo de la actividad religiosa (a ellas se refieren, por ej., los arts. 586, 587, 1105), son bienes comer-

transferibles; la ley civil chilena no los excluye de las relaciones jurídicas privadas; los preceptos citados que, por la época en que fueron dictados, se refieren a la Iglesia Católica, demuestran la transferibilidad de estos bienes, en cuanto pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas.

12) BIENES APROPIABLES E INAPROPIABLES

43. Conceptos. Relacionada con la clasificación precedente, ahora en base exclusivamente al dominio, ésta distingue entre bienes apropiables e intransferibles, según sean o no susceptibles de propiedad. Son intransferibles las cosas comunes a todos los hombres (antes calificadas de absolutamente intransferibles).

Dentro de los apropiables pueden distinguirse: apropiados e intransferibles; y apropiables por los particulares e intransferibles por éstos.

44. 12. 1) Bienes apropiados e intransferibles. Intransferibles son los que siendo susceptibles de apropiación, carecen actualmente de dueño. Puede acontecer que nunca hayan tenido propietario (y entonces son llamados *res nullius*), o pueden haberlo tenido, pero fueron abandonados por el dueño con intención de desprenderse del dominio (en cuyo caso son llamados *res derelictae*). En el Derecho chileno, la existencia de bienes intransferibles (llamados “mostrencos” cuando son muebles y “vacantes” cuando son inmuebles), queda limitada sólo a los muebles (por lo dispuesto en el art. 590).

45. 12. 2) Bienes susceptibles de apropiación por los particulares y no susceptibles de apropiación por los particulares. La organización de la sociedad ha impuesto siempre la necesidad de que ciertos bienes, por su naturaleza susceptibles de apropiación, no queden entregados al dominio de los particulares, sino que han de pertenecer a toda la comunidad, para la satisfacción

de necesidades generales. Determinados bienes, especialmente inmuebles, como calles, caminos, etc., siempre se han considerado indispensables para la vida social y, por tanto, se declaran inapropiables por los particulares. Sin embargo, la inapropiabilidad por particulares de otras categorías de bienes, como los llamados “medios de producción”, origina una de las diferencias más profundas entre diversas concepciones político-económicas de organización de la comunidad, y las consecuencias de las distintas alternativas son fundamentales. De ahí que las legislaciones consagren en textos la decisión del poder gobernante. Así, en los países en que rige un principio de libre apropiabilidad, el grado de intervencionismo del poder público se va reflejando en la cantidad e importancia de los bienes reservados a la propiedad colectiva.

Por otra parte, respecto de ciertos bienes que se estiman de importancia fundamental en la economía o en otras actividades de interés nacional (como la seguridad o la salubridad públicas), se configura una propiedad compartida: mediante la formación de sociedades, pertenecen al Estado y a particulares, distribuyéndose el dominio a través de las correspondientes “acciones”.

Más aún, respecto de esos bienes de importancia trascendental, en ocasiones el Estado decide reservarse exclusivamente el dominio. También suelen quedar en su dominio por imposibilidad o extrema dificultad de los particulares de apropiárselos debido a la magnitud o riesgo de la inversión que significan.

Desde otro punto de vista, no siempre queda claro qué bienes pertenecen a la comunidad por reserva de manera que no sea posible a los particulares apropiárselos, y cuáles otros pertenecen actualmente al Estado por diversas razones, pero que son susceptibles de apropiación por los particulares, los cuales podrían eventualmente adquirirlos del Estado o elaborarlos ellos mismos. En el hecho, lo que generalmente se fija, y tampoco siempre de manera completa, son las *activi-*

dades a las que los particulares no pueden tener acceso. En una norma que resulta fundamental para los ordenamientos jurídico y económico del país el art. 19 N° 23, la C. Pol. establece, como regla general, la libre apropiabilidad; en su conjunto, los N°s 21 a 25 del art. 19 consignan las bases y la orientación sobre la materia (v. además, supra, N° 27 e infra, N° 57).

46. En el Derecho chileno se acostumbra denominar a los bienes de dominio de los particulares “bienes privados” (o “bienes particulares”), y a los de la nación toda, “bienes públicos” o “nacionales”, subdistinguiéndose en éstos los “bienes nacionales de uso público” (o “bienes públicos”) y los “bienes del Estado” (o “bienes fiscales”) (el art. 589 del CC. establece también esta clasificación).

13) BIENES PRIVADOS Y PÚBLICOS (O NACIONALES)

47. Bienes privados son los que pertenecen a los particulares. Bienes públicos o nacionales son “aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda” (art. 589). El estudio de la regulación de esta clase de bienes corresponde a las disciplinas del Derecho público. Se destacarán aquí sólo algunos conceptos, principalmente a partir de las pocas disposiciones contenidas en el Código.

48. A) **Bienes nacionales de uso público.** Son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y su uso a todos los habitantes (art. 589). El mismo Código se encarga de señalar algunos ejemplos de estos bienes (plazas, calles, puentes, caminos, mar adyacente). La tuición de estos bienes queda encargada a distintas autoridades, según su naturaleza: Municipalidades, reparticiones del Ministerio de Obras Públicas, Fuerzas Armadas, División de Bienes Nacionales del Ministerio de Bienes Nacionales. Leyes especiales reglamentan cada sector (v. a este respecto la

importante regla del art. 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones).

Presentan características como las siguientes:

a) Su uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

b) Aunque en el Código no se expresa que estos bienes son intransferibles, por su destino están fuera del comercio. Así, se ha resuelto que sobre ellos no es posible posesión exclusiva o dominio privado; por lo mismo, los particulares no pueden ganarlos por prescripción (art. 2498); y son inalienables (en su carácter de bienes públicos no pueden enajenarse ni gravarse).

c) Pero la autoridad puede otorgar a particulares “permisos” y “concesiones” sobre ellos o, más usualmente, sobre partes de bienes nacionales de uso público, para ser destinados a fines específicos de los que se beneficie también, en último término, la comunidad; en el Código, los arts. 598, 599 y 602 se refieren a estas autorizaciones. La naturaleza y caracteres de los derechos que adquieren los beneficiarios de estos permisos y concesiones, sobre todo en lo no precisado en el acto de autorización, han sido discutidos en la doctrina, especialmente administrativa (se han propuesto desde antiguas concepciones de derechos reales civiles hasta la formulación de toda una teoría general del derecho real administrativo, manteniéndose, para ciertas situaciones, la calificación de simples permisos de ocupación; asimismo, con frecuencia los tribunales han tenido que emitir decisiones al respecto).

También puede ser necesario o conveniente para el Estado desprenderse del dominio de algunos de estos bienes; para ello es menester que se “desafecte” de su condición de bien nacional de uso público, eliminándosele tal calidad y destino (v. además, lo dicho sobre vinculaciones, en infra, Nº 220, nota).

Para el análisis de los distintos estatutos legales de estos bienes, en el Derecho privado nacional se acostumbra distinguir diferentes “dominios”: dominio público

marítimo, terrestre, fluvial y lacustre, y aéreo. Se consignará un panorama normativo de cada uno (su estudio más detenido pertenece al Derecho administrativo; más aún, algunos son la base de toda una disciplina especial).

1º. *Dominio público marítimo*. En este ámbito, en el Código los textos principales son los arts. 593 y 596 (en la nueva redacción, dispuesta por la ley 18.565); también los arts. 585, 594, 604, 612, 613, 614. Pero fuera de él, son muchos los textos legales atinentes a este dominio, incluyendo Tratados, Convenciones, Declaraciones, suscritos por Chile con otros países (cuyo examen pertenece a la disciplina del Derecho internacional).

2º. *Dominio público terrestre*. Comprende todos los bienes nacionales de uso público de la superficie del territorio del Estado (calles, plazas, caminos, etc.; las normas están en los arts. 589 y 592 del CC. y en numerosos textos especiales).

3º. *Dominio público fluvial y lacustre*. Comprende todas las aguas del territorio nacional. La materia ya ha conformado toda una disciplina (el Derecho de Aguas), con su texto fundamental (el Código de Aguas) (este dominio se refiere a las aguas terrestres, porque las marítimas conforman el aquí llamado dominio público marítimo; así lo expresa el art. 1º del C. de A.).

Con anterioridad a la vigencia de la ley 16.640 (de 1967, sobre Reforma Agraria), había aguas que eran bienes nacionales de uso público y otras que pertenecían a los particulares. Desde esa ley (actualmente derogada), todas las aguas existentes en el territorio nacional son bienes nacionales de uso público (art. 595 del CC., en el nuevo texto que le dio la citada ley; art. 5º del C. de A.). Los particulares pueden servirse de algunas aguas para determinadas necesidades, mediante el denominado “derecho de aprovechamiento de aguas”, el que es calificado de derecho real (art. 6º del C. de A.), con reglas especiales en el citado Código. La Dirección General de Aguas es el organismo administrativo encargado de la materia.

4º. *Dominio público aéreo.* La doctrina generalmente estima que el espacio, considerado entidad vacía en la que se mueven los objetos corporales, no es un bien ni una cosa. El aire que se encuentra en él, si se estima una cosa, en estado natural pertenecería a la categoría de “cosas comunes a todos los hombres”.

De lo anterior resulta que cuando se expresa que el propietario de un predio es dueño del espacio existente sobre su inmueble, lo que se quiere expresar es que tiene derecho a ocuparlo (con construcciones, plantaciones, etc.), con las restricciones que la ley imponga. De la misma manera, cuando se dispone que el Estado tiene soberanía en el espacio ubicado sobre su territorio (art. 1º del C. Aeronáutico), quiere manifestarse que él es el facultado para regular la utilización de dicho espacio. Sin embargo, especialmente con el desarrollo de la aeronavegación, se han discutido ampliamente las facultades que corresponden a cada Estado sobre el espacio y los límites hasta donde se han de ejercer. Al efecto se han formulado planteamientos, se han suscrito Tratados Internacionales y han surgido disciplinas jurídicas (el Derecho aéreo y el Derecho espacial o cósmico); entre nosotros, con un texto fundamental, el denominado Código Aeronáutico (se volverá sobre el tema al tratar los límites materiales del derecho de dominio; v. infra, Nº 63).

49. B) Bienes fiscales. El Estado puede ser sujeto de derechos privados. Son los llamados bienes fiscales los que constituyen el patrimonio privado del Estado; le pertenecen en cuanto sujeto de relaciones patrimoniales privadas. Con el art. 589 puede decirse que estos bienes fiscales son los bienes nacionales cuyo uso no pertenece a la nación toda. Aquí la expresión Estado ha de entenderse en un amplio sentido, que incluye a ciertos patrimonios separados, más o menos autónomos, como los bienes municipales y, en general, de todos los establecimientos públicos; en último térmi-

no, estos bienes pertenecen al Estado teniendo presente que, según el Derecho positivo, pueden formalmente pertenecer a personas jurídicas de Derecho público distintas del Fisco.

Teóricamente, el régimen jurídico de estos bienes sería el de las normas de Derecho privado. Sin embargo, siempre se han dictado leyes especiales que reglamentan la adquisición, administración y disposición de estos bienes (actualmente, DL. 1.939; y deben tenerse siempre presente las importantes disposiciones de los arts. 19 Nº 21 y 60 Nº 10 de la C. Pol.).

Las decisiones que toma el propietario común para administrar su propiedad se adoptan, respecto de estos bienes, mediante normas legales y reglamentarias. De esta manera, las disposiciones del Derecho privado común adquieren sólo un valor supletorio (v. por ej., el art. 2497).

La División de Bienes Nacionales del Ministerio de Bienes Nacionales es la institución que principalmente administra los bienes fiscales.

Entre ellos pueden mencionarse: bienes muebles e inmuebles afectos al funcionamiento de los servicios públicos; bienes que componen las herencias en que sucede el Fisco como heredero intestado (art. 995); nuevas islas que se forman en las circunstancias que señala el Código (art. 597); la denominada captura bélica (art. 640); las tierras que, ubicadas dentro del territorio nacional, carecen de otro dueño (art. 590).

En relación con este último precepto, se estima que establece una verdadera presunción de dominio a favor del Fisco, de manera que quien le dispute un inmueble debe acreditar dominio, aunque tenga la posesión (con ello, el art. 590 constituye una excepción al art. 700, que presume dueño al poseedor); la conclusión parece apropiada si se tiene en cuenta la dificultad que significa para el Fisco probar el hecho negativo de que el bien no tiene otro dueño. A este respecto se ha resuelto que lo que en la citada disposición se

establece es una presunción de dominio y no de posesión, por lo que si el Fisco pretende entablar acción posesoria sobre un inmueble, debe probar la posesión a la que esa acción protege, como

se exige a quien entabla acción posesoria (la situación de las minas no será referida aquí; su estudio, con el Código correspondiente, es tratado en disciplina distinta; en el CC., v. art. 591).

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

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

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

gente a los modos de adquirir la propiedad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe añadirse que la intensidad de estas restricciones y deberes provoca también polémica, en términos semejantes a la aludida al tratar el tema de la decisión fundamental (también deben tenerse presentes las excepciones al carácter exclusivo, que se verán pronto, infra, Nº 59).

Finalmente, la influencia de aquellos dos principios en la dictación de normas legales permite concluir que, en la dogmática del derecho de propiedad, *la consideración de la función o utilidad* (generalmente económica) *que tiene el objeto*, es un criterio que incide decisivamente en su reglamentación (v. supra, Nº 3 bis).

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

intensamente con la consideración ecosistémica y la planificación.

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

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

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

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

En cuanto a los atributos o facultades esenciales, se examinarán luego (infra, Nº 60; y sobre la posibilidad de su privación, se volverá pronto, en este mismo párrafo) (reglas particulares para ciertos objetos: minas, aguas, propiedad intelectual, son tratadas en disciplinas especializadas).

El campo de aplicación. El texto es el art. 19 Nº 23, que establece como princi-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para obtenerla, las exigencias están diferenciadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

entonces debe emitir la certificación respectiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, téngase en cuenta que las normas reguladoras de estas actividades (planificación, uso, división y edificación), están influenciadas directamente por la realidad económica y demográfica; como ésta va cambiando, aquéllas tienen una limitada permanencia; cada cierto tiempo han de irse modificando (v. además, supra, N° 26).

En cuanto al subsuelo, se tratará pronto (v. infra, N° 63).

58. Las llamadas formas de propiedad.

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

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

nómico) que corresponde a las varias clases de bienes.

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

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

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

a) *Real*. Es el derecho real por excelencia; empleando los términos del Código, se ejerce sobre una cosa sin respecto de determinada persona (arts. 577 y 582; v. supra, N° 17).

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

amplias facultades, de manera soberana, ilimitada e independiente. Siguiendo las codificaciones de la época, el Código establece este carácter absoluto expresando que su derecho lo ejerce “arbitrariamente” (v. supra, N° 52).

Esta es la característica que ha sido principalmente alterada en los términos que se han reseñado, introduciéndose restricciones de variada naturaleza y magnitud, a través de la genérica y ya referida expresión “función social”. Pero nuestro texto soporta esta masiva incursión casi sin resentirse porque a aquella arbitrariedad añadió de inmediato dos fronteras (la ley y el derecho ajeno) cuyas naturales movibilidades dejan a ese arbitrio en un estado muy susceptible de ser modelado, con lo que el concepto del dominio queda bastante flexible; y, por lo mismo, dejan adaptable la fórmula empleada para definirlo y, entonces, con bastante capacidad de sobrevivencia (v. supra, N° 52).

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

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

de la exclusividad del dominio (arts. 842 y 844; v. también arts. 876, 878, 942) (para la trascendencia fundamental que la exclusividad tiene en la noción misma de propiedad, v. supra, N° 14, final, nota).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entre nosotros hay algunos precedentes jurisprudenciales.

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

En esta facultad de disposición pueden distinguirse dos categorías:

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

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

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

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

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

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

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

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

el Reglamento del Registro Conservatorio permite precisamente inscribir, en el Registro correspondiente, “todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea *convencional*, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar” (art. 53, Nº 3).

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

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

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

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

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

62. Algunas clasificaciones

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

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

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

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

63. Extensión material. El subsuelo.

Para cuando el dominio recae sobre co-

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

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

Es en los inmuebles donde hacen falta mayores precisiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el medio agrario se han logrado otros avances, aunque no de gran importancia. Primero, la legislación que creó una Caja de colonización agrícola (actualmente fusionada con otras instituciones del Estado; ley 4.496, de 1928, con numerosas modificaciones posteriores y más tarde sustituida por la ley 5.604, de 1935) estableció la creación de “parcelas”, que constituyeron unidades económicas agrícolas de dimensiones familiares, principalmente en predios fiscales; dichas parcelas, asignadas a particulares, tenían caracteres de indivisibilidad e inembargabilidad, pero sólo mientras se cumplían obligaciones para con la institución; el sistema, en todo caso, no se desarrolló, cuantitativamente, en términos apreciables. Más tarde, la primera ley de Reforma agraria (N° 15.020 de 1963), implantó la llamada “propiedad familiar agrícola”, con caracteres similares a los de aquellas parcelas; y, por último, la segunda ley de Reforma agraria (N° 16.640 de 1967), estableció la “unidad agrícola familiar”, que llegó a tener alguna vigencia práctica. Luego de la expropiación de un predio, para incorporarlo al proceso de reforma, el sistema contemplaba la etapa de preparación, transitoria, de asentamiento, por tres a cinco años; al final de esa etapa, el organismo aplicador de la reforma debía destinar el predio, teniendo como primera alternativa la de asignarlo, en for-



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

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

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

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

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

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

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

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

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

los derechos reales limitados (v. supra, N^{os} 3 bis y 57 bis sobre la protección natural y cultural).

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

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

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

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

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

Aquí trataremos algunas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo II

LA COPROPIEDAD

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

69. Clases de indivisión

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

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

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

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

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

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

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

Para plantearlo y resolverlo, conviene formular algunas advertencias previas.

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

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

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

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

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

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

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

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

En este punto el Código chileno optó. Se apartó aquí de la concepción romana y consagró el efecto declarativo de la adjudicación (art. 1344; el art. 718 señala el mismo efecto para la posesión, pero tiene un alcance discutido, como se verá más adelante; infra, N° 166).

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

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

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

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

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

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

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

Si la comunicación es admitida, las consecuencias anotadas se transforman en las inversas (v. infra, Nº 147).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una síntesis de esta reglamentación es la siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

menos una referencia: el tiempo compartido y los cementerios.

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

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

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

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

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

cuenta con textos legales y comentarios de doctrina.

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

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

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

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

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

b) *Cementerios*. Como se sabe, en el país el tema evoca influyentes episodios

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

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

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

Conforme a estos textos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo III

LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

PÁRRAFO I

DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Los orígenes surgen en el Derecho romano a partir de la dualidad, y en su notable evolución, con señalada influencia de las tradiciones fictas, va gestándose la dispersión (v. infra, N° 115) (debe advertirse que al no ser terminantes los antecedentes, los historiadores discuten muchas apreciaciones). A los inicios de su aplicación en Roma (precedida, como se sabe, por la *mancipatio* y la *in jure cessio*) la tradición estuvo orientada, fundamentalmente, a la posesión, al cambio posesorio (no a la transferencia de derechos); permitía al adquirente entrar en la posesión de la cosa. Por otra parte, y puede sostenerse que por la propia razón anterior, unida a una concepción sensible o material del Derecho, antes que todo se manifestó como un acto de entrega material, física. Con el tiempo, la transformación fue apareciendo en ambas direcciones: aplicándose como modo de transferir también el dominio, y desligándose de su carácter materializado. Por imposición de la realidad, que en muchas situaciones imposibilita una entrega de la cosa de mano a mano (atendidos su peso y volumen y la capacidad física humana) ya en la época del Derecho justiniano se hallaban en pleno desarrollo las tradiciones fictas o simbólicas, que fueron reemplazando en gran medida la entrega real, incluso en objetos en que ésta era posible. Este desenvolvimiento constituye una desmaterialización de la tradición (también llamado proceso de “espiritualización”), que resultó trascendental; no cesó en el futuro, extendiéndose en su aplicación e intensificándose el empleo, mediante fórmulas puramente contractuales. Con nuevos impulsos, de procedencia filosófica, el proceso culminó a fines del siglo XVIII en un verdadero efecto real del contrato, por el que el solo convenio transfiere dominio, consagrado, como se ha dicho, en el Código francés (art. 1138 y de ahí seguido por varios otros).

Una observación de ambos sistemas permite concluir que en su funcionamiento concreto ninguno mantiene su pureza en toda circunstancia. Así, en las legisla-

ciones de efecto real del contrato se debe recurrir a la tradición o a un acto semejante cuando el contrato se refiere a obligaciones de género o alternativas, en que con el solo título no queda individualizada la cosa que se transfiere. Y entre nosotros –como se podrá apreciar más adelante– hay situaciones en las que se llega a configurar una especie de efecto real del contrato, sobre todo en la transferencia de bienes incorpóreos (el autor del Código, apartándose del precedente romano, exigió tradición no sólo para el dominio, sino también para los demás derechos reales, y aun personales, originándose en ellos algunos inconvenientes; concretamente, aunque la ley lo imponga, es difícil efectuar una auténtica tradición para transferir los derechos de usufructo o uso sobre muebles, o de un derecho personal no documentado; se volverá sobre este punto).

Debe considerarse también la interesante alternativa adoptada por el Derecho alemán.

En nuestro CC. configuran el sistema, fundamentalmente, los arts. 588, 670 y 675; pueden mencionarse también los textos que definen los principales títulos traslativos de dominio, como los arts. 1793 y 1897, conforme a los cuales el vendedor, el permutante, *se obligan* a dar la cosa; también es claro para este efecto el art. 1824 (la definición de la donación del art. 1386, que es otro destacado título traslativo de dominio, es justamente objetada por la impropiidad de su redacción a este respecto).

Los modos de adquirir están establecidos en la ley y, por el carácter institucional de la materia de propiedad, no pueden tenerse como tales sino los que el texto legal menciona (entre nosotros la C. Pol. así lo dispone expresamente el art. 19, N° 24). Los enumera el art. 588. A ellos debe agregarse la propia ley (por ej., se adquieren por ley el usufructo legal del marido sobre los bienes de la mujer, y el del padre sobre los bienes del hijo; la jurisprudencia ha resuelto que en la expropiación la ley constituye título y modo de adquirir el bien expropiado).

74. Clasificaciones

a) *Originarios y derivativos*. El modo es originario si permite adquirir la propiedad independientemente del derecho de un antecesor; así ocurre en la ocupación, la accesión, la prescripción (aunque se ha discutido, como se verá al tratarla). El modo es derivativo si por él se adquiere el dominio que es traspasado de otro titular (que, por tanto, es el antecesor); pertenecen a esta clase la tradición y la sucesión por causa de muerte. La distinción tiene importancia para determinar el alcance y características del derecho del adquirente. Si se adquirió el dominio por un modo originario, bastará examinar el acto o hecho que configura el modo, y la cosa sobre la que recae. En cambio, si se ha adquirido por un modo derivativo, será preciso además examinar los derechos que tenía el antecesor, pues “nadie puede transferir más derechos que los que tiene”. Así entonces, si el tradente, por ejemplo, no era dueño de la cosa cuya tradición efectúa, no adquiere dominio el adquirente (art. 682); igualmente, si la cosa estaba gravada, el adquirente (o el heredero, en la sucesión por causa de muerte) la adquiere con tales limitaciones.

b) *A título universal y a título singular*. Se clasifican así según se puedan adquirir con ellos universalidades jurídicas o bienes determinados. La ocupación y la accesión permiten adquirir sólo bienes específicos; son modos de adquirir a título singular. Por la sucesión por causa de muerte se pueden adquirir bienes determinados (legados de especie o cuerpo cierto) y universalidades (herencias). La tradición y la prescripción son modos de adquirir generalmente a título singular, pero excepcionalmente lo son también a título universal (así acontece cuando un heredero transfiere su derecho de herencia, y cuando un heredero aparente llega a adquirir por prescripción la herencia que ha venido poseyendo).

c) *Por acto entre vivos y por causa de muerte*. Según presuponga o no la muerte del titular del derecho para que el modo opere. La clasificación tiene lugar debido

precisamente a la existencia de un modo de adquirir que se configura a la muerte del causante, la denominada sucesión por causa de muerte; los demás son modos de adquirir por actos entre vivos.

d) *La gratuidad y la onerosidad*. Suele aplicarse a los modos de adquirir la clasificación de actos en gratuitos y onerosos; se agrega que la distinción se formula según signifiquen o no una contraprestación pecuniaria para el adquirente; y se concluye que pertenecen a la primera clase la ocupación, la accesión, la prescripción y la sucesión por causa de muerte, y que la tradición, por su especial naturaleza, tiene un carácter que lo determina el título que le sirve de antecedente; si ese antecedente es un acto gratuito (como una donación), será un modo a título gratuito, y si es un acto oneroso (como una compraventa), lo será a título oneroso (v. infra, Nos 94 y 95). Por nuestra parte, estimamos que los modos de adquirir son ajenos a la mencionada distinción. Desde luego, ella se refiere a actos jurídicos, y ocurre que algunos modos (como la accesión) ni siquiera están constituidos por actos. En definitiva, y tal como se aprecia claramente en la tradición, es el título el que tendrá una u otra calificación.

75. Aplicación. Hasta aquí se ha hecho referencia a los modos de adquirir en relación con la adquisición del dominio, pero mediante ellos se adquieren también los otros derechos reales y aun derechos personales (o créditos).

Según antes se ha dicho, las fuentes de los derechos personales son los actos y contratos (la materia se estudia bajo la denominación de fuentes de las obligaciones) y las fuentes de los derechos reales son los modos de adquirir; pero también es posible la transferencia de un derecho personal ya existente, que tendrá lugar a través de un modo de adquirir. Así, un acreedor, que lo es porque prestó una cantidad de dinero, puede vender su crédito y en tal caso tendrá que efectuar la tradición de ese derecho personal al que se lo ha comprado, el cual entonces lo adquiere.

76. Se puede adquirir por un solo modo. Aunque resulta evidente, los tribunales han debido precisar: no es posible adquirir un bien por dos o más modos. La aplicación de uno de ellos hace innecesario (más aún, ineficaz) otro (así como no se puede hacer lo hecho, no se puede tampoco adquirir lo ya adquirido; los fallos se han referido a casos en que, ante el riesgo de que se pueda discutir la existencia o validez de un modo determinado, el litigante aduce otro, a mayor abundamiento; por ej., se afirma haber adquirido por sucesión por causa de muerte y por prescripción).

77. La exigencia del título en todos los modos de adquirir. No ha sido definitivamente resuelta en Chile la antigua controversia sobre la exigencia de un título en todos los modos de adquirir. Es claro que cuando de la tradición se trata, se exige un título traslativo de dominio para que opere (art. 675). Y precisamente por ello y por la frecuencia de su aplicación práctica es que —como se ha dicho— impone la característica de la dualidad título-modo en nuestro sistema de transferencia de bienes. Pero cuando se trata de los demás modos de adquirir ¿es también necesario un título precedente?

Se ha respondido afirmativamente. Aun cuando no hay preceptos que lo establezcan para los demás modos, es así por varias disposiciones legales que se conjugan, principalmente los arts. 703 y 951 y sgts. En la primera se dispone que la ocupación, accesión y prescripción son títulos constitutivos de dominio y, en la última, que cuando se adquiere por sucesión por causa de muerte, el título es el testamento o la ley, según si la sucesión sea testamentaria o intestada. En los modos ocupación, accesión y prescripción —se concluye— el título se confunde con el modo.

En contra, se ha sostenido que el título se exige sólo cuando interviene la tradición, como lo dispone expresa y excepcionalmente el art. 675. Cuando el art. 703 menciona los títulos constitutivos, calificando así a los tres modos de adqui-

rir señalados, los está refiriendo no al dominio, sino a la posesión; allí son títulos para poseer (cuando, por falta de requisitos u otras circunstancias, no funcionan como modos de adquirir el dominio). Si se rechazara la existencia de estas dos funciones diferentes entendiéndose que siempre la ocupación, accesión y prescripción son título y modo, se llegaría a la incongruencia de que quien comienza a poseer sería ya dueño.

Al parecer, la polémica no se ha traducido en consecuencias prácticas de importancia, y los tribunales no han tenido apropiadas oportunidades para dirimirla (como ya se dijo, al explicar la expropiación por causa de utilidad pública, la jurisprudencia ha puntualizado que en este caso es la ley el título y el modo de adquirir, de lo cual pudiere desprenderse que ya ha tomado partido por la existencia del título en todos los modos de adquirir; pero han sido declaraciones indirectas, en que el centro de la discusión no ha sido el tema aquí tratado).

PÁRRAFO II

LA OCUPACIÓN

78. Concepto. Es un modo de adquirir el dominio de las cosas que carecen de dueño, consistente en su aprehensión material con la intención de adquirir la propiedad.

Es este el modo de adquirir más antiguo y natural y, por lo mismo, más independiente de una consagración legal; sin embargo, el Código le dedica minuciosas disposiciones, para varias clases de objetos ocupables, según particulares características (Tít. IV del Libro II, arts. 606 a 642; la primera disposición, redactada con apariencia de concepto, sólo menciona los bienes susceptibles de adquirirse por este modo).

79. Elementos. Son dos: aprehensión material e intención de adquirir el dominio (precisamente por no aparecer estos

elementos en el art. 606 es que esa disposición no proporciona una noción de este modo).

Ambos elementos, físico y psíquico, deben concurrir copulativamente. De ahí que no es posible que quienes carecen de voluntad, como los dementes y los infantes, puedan adquirir por este modo (del art. 723, inc. 2º se podría desprender que los impúberes que dejaron de ser infantes serían hábiles para adquirir por ocupación).

Se tiene entendido que la aprehensión material existe no sólo con el apoderamiento físico, sino también cuando ya es inminente (como cuando el cazador avanza hacia la presa ya herida por él). Pero deben concurrir suficientes elementos de hecho para establecer esa inminencia con suficiente precisión (arts. 617 y 618).

79 bis. Campo de aplicación. Funciona como modo de adquirir el dominio siempre que:

a) La cosa aprehendida carezca de dueño (art. 606). Son las denominadas *res nullius*. Puede tratarse de cosas que nunca han tenido propietario (como los llamados por el Código animales bravíos), o que han tenido dueño pero dejaron de tenerlo (como los animales domesticados que recobran su libertad natural), o que han sido abandonadas por su dueño al primer ocupante (llamadas *res derelictae*, como –en el ejemplo histórico– las monedas que se arrojan a la multitud).

Establecida esta exigencia de cosa sin dueño, con lo prescrito en el art. 590 del Código resulta que este modo de adquirir el dominio en Chile sólo se aplica a los bienes muebles.

Si la aprehensión con ánimo de adquirir la cosa para sí recae sobre una cosa que tiene dueño, no operará la ocupación como modo de adquirir el dominio, pero permitirá al ocupante entrar en posesión de la cosa, y podrá, después de un tiempo, llegar a adquirir el dominio por otro modo: la prescripción. La ocupación entonces funcionará como “título para poseer” (la situación se aplica en estos

términos a los muebles, pues respecto de los inmuebles es necesario efectuar otros distingos, que se verán más adelante).

b) La adquisición no esté prohibida por las leyes o el Derecho internacional. Esta advertencia no es exclusiva aquí; es más bien un supuesto de toda actuación jurídica. Pero se menciona para recordar que en ciertas actividades (como la pesca, la caza, la guerra) en las que la ocupación es aplicada ampliamente, surgen numerosas restricciones legales (anunciadas en el art. 622).

Se suele agregar que, por falta del elemento aprehensión material, no es posible la aplicación de este modo a los bienes incorporeales, derechos, que sólo son abstracciones. Y quedaría así limitado a las cosas muebles corporales (en otra ocasión se examinará la posesión sobre bienes incorporeales; si se acepta la posibilidad de posesión de tales bienes, podría quizás aceptarse la ocupación como modo de adquirir el dominio de ellos, puesto que la ocupación implica, como la posesión, tenencia con ánimo de dueño; v. infra, Nº 162).

80. Reglas particulares. En esta materia el Código ofrece un variado y bucólico conjunto de normas para especies de distinta naturaleza, susceptibles de adquirirse por ocupación. Habitualmente son agrupadas así:

– Reglas para la ocupación de cosas animadas, que incluyen la caza y la pesca (arts. 607 a 623);

– Reglas para la ocupación de cosas inanimadas, que incluyen la invención o hallazgo (art. 624), las cosas abandonadas al primer ocupante (art. 624), el descubrimiento de un tesoro, que siendo una forma de hallazgo tiene normas particulares (arts. 625 a 628 y 786) y la denominada captura bélica (arts. 640 a 642);

– Reglas para la ocupación de especies al parecer perdidas y especies náufragas (arts. 629 a 639).

En todo caso, estas disposiciones deben complementarse con numerosos cuerpos legales de carácter administrativo.

PÁRRAFO III

LA ACCESIÓN

81. Concepto. El art. 643 del CC. declara que “la accesión 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”.

Acertadamente, la doctrina objeta la inclusión de la accesión entre los modos de adquirir. Por una parte, como luego podrá apreciarse, en las accesiones no se atiende a la voluntad del supuesto adquirente, voluntad que aparece como fundamental en los demás modos de adquirir, lo cual es natural. Por otra, se entiende que las accesiones constituyen generalmente una manifestación del derecho de dominio, en su facultad de goce, lo cual es claro tratándose de la denominada accesión de frutos (v. supra, N° 60). En todo caso, en la sistemática del Código está tratada como un modo de adquirir el dominio (arts. 643 a 669).

Del propio art. 643 se desprenden dos clases de accesión.

82. A) Accesión de frutos. Es denominada también “accesión discreta” o “accesión por producción”. En virtud de esta accesión, el dueño de una cosa lo es también de lo que la cosa produce. Es claro que aquí la construcción teórica de la accesión es innecesaria: lo que una cosa produce forma un solo todo con ella y no hay más que una extensión física del objeto del dominio. También es suficiente fundamento para la adquisición el ejercicio de la facultad de goce que confiere el dominio.

83. Frutos y productos. La doctrina tiene por distintos estos conceptos, empleados en algunas disposiciones del Código. Se entiende por *fruto* lo que una cosa da periódicamente y sin detrimento de su substancia (como los frutos y flores de los árboles); es *producto* lo que una cosa da sin periodicidad o con detrimento de su estructura (como las piedras de una cantera).

El Código (art. 643) dispone que “los productos de las cosas son frutos...”. El precepto confunde los términos, haciéndolos sinónimos; sin embargo, hay algunas otras disposiciones que distinguen los dos conceptos, en el sentido antes descrito (por ej., arts. 537 y 784). La distinción entre fruto y producto resulta de interés práctico pues hay textos legales, y puede haber acuerdo entre particulares, por los que se conceden a alguien “los frutos” de un determinado objeto.

Los frutos pueden ser naturales o civiles (art. 643).

84. 1) Frutos naturales. “Se llaman frutos naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana” (art. 644). Para un adecuado concepto de esta clase de frutos debe recordarse la distinción doctrinaria entre fruto y producto antes referida. De aceptarse que esa distinción encuentra cabida en nuestros textos, hay que tener presente que los frutos naturales (por ser frutos), deben reunir los caracteres de periodicidad y conservación de la substancia de la cosa de la que emanan.

Desde otro punto de vista, el precepto citado comprende a los frutos naturales propiamente tales, que da la cosa espontáneamente, y a los denominados “frutos industriales”, que produce con la ayuda de la industria humana (como el vino, algunos aceites).

En cuanto al *estado* en que pueden encontrarse estos frutos naturales, el Código distingue entre frutos pendientes, percibidos y consumidos (art. 645). La distinción puede adquirir importancia cuando el propietario celebra negociaciones con terceros sobre la cosa que los produce (también en la expropiación de predios rústicos, en que a la época de efectuarse hay frutos pendientes cuyo dominio e indemnización pueden discutirse entre el expropiado y la institución expropiante).

85. 2) Frutos civiles. El concepto de fruto civil es una creación jurídica. Fruto civil es la utilidad equivalente que el due-

ño de una cosa obtiene al conferir a un tercero el uso y goce de ella. El Código no lo define; se limita a ofrecer ejemplos (art. 647), de los que se puede desprender la noción. La renta de arrendamiento es el más típico de estos ejemplos. El precepto menciona también como fruto civil el interés de capitales exigibles; sin embargo, con la legislación actual, en muchos casos puede ocurrir que un denominado interés no sea más que el reajuste de una suma cuyo valor hay que actualizar debido a la depreciación monetaria; fruto civil, interés, habrá sólo en lo que exceda de la cantidad primitiva debidamente actualizada (v. ley 18.010, sobre operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero).

En cuanto al estado en que pueden encontrarse estos frutos, el art. 647 dispone que se llaman *pendientes* mientras se deben, y *percibidos*, desde que se cobran (más bien debe entenderse que están percibidos desde que efectivamente se pagan).

86. El dominio de los frutos. Según se ha dicho anteriormente, los frutos de una cosa pertenecen a su dueño (así lo disponen pura y simplemente los arts. 646 y 648; v. también el art. 1816). Es así por la facultad de goce que corresponde al propietario y porque, tratándose de frutos naturales, al formar ellos un solo todo con la cosa que los da, quedan cubiertos por el dominio de ésta (y si el fruto es separado, no hay razón para que la titularidad cambie). No es necesario recurrir al concepto de accesión.

Como se indica en el mismo art. 646, puede haber situaciones excepcionales en las que los frutos no pertenezcan al dueño, ya sea por disposición de la ley o por voluntad del propietario. Ejemplos de la primera posibilidad son los llamados usufructos legales, el caso del poseedor de buena fe que hace suyos los frutos de la cosa que poseyó sin ser dueño. De la segunda, cada vez que el dueño lo decida; así, puede ocurrir que el dueño entregue la cosa a un tercero para que éste obten-

ga gratuitamente los frutos que produzca. En los casos de usufructo o, más claramente, de arrendamiento, citados por el referido precepto, debe advertirse que si bien es cierto que los frutos naturales pertenecerán a un tercero y no al dueño, él está obteniendo una suma de dinero en contraprestación, y entonces está siempre adquiriendo frutos, ahora civiles.

87. Reglas especiales. Aparte de las normas contenidas en la accesión, hay numerosas otras disposiciones relativas a frutos, a propósito de diferentes materias: en el usufructo, en la reivindicación, en el arrendamiento (especialmente de predios rústicos), en la anticresis, en la sociedad conyugal, etc. (hay también normas particulares relacionadas con la materia en la regulación de las sociedades por acciones, tratadas por el Derecho comercial).

La situación de los *frutos en la comunidad* merece una referencia especial. Sin necesidad de textos, es evidente que “el fruto de la cosa común es común” (consecuencia de que “las cosas producen para su dueño”). Entre nosotros, esa regla está consignada para la comunidad hereditaria en el art. 1338 N° 3 (que precisa la proporción); se desprende claramente (a contrario sensu) para la comunidad en general, del art. 2310 (que también precisa la proporción); y es aplicada en otros preceptos (por ej., en el art. 2308 respecto de un fruto civil). Pero ocurre que, por otra parte, el art. 655 del CPC. dispone que “Para poner término al goce gratuito de alguno o algunos de los comuneros sobre la cosa común, bastará la reclamación de cualquiera de los interesados; salvo que este goce se funde en algún título especial”. Y ya se ha dicho que “goce” significa, fundamentalmente, percepción de frutos. Entonces, mientras los primeros textos disponen que los frutos de las cosas comunes son comunes, el art. 655 citado (a contrario sensu) está permitiendo que cualquier comunero pueda “gozar” gratuitamente de la cosa común (sólo que cualquier otro puede

en cualquier momento pedir que ese goce gratuito cese). Podría pretenderse que si ningún comunero entra a gozar (a percibir frutos) gratuitamente, regiría la regla de que los frutos son comunes, pero que cualquier comunero puede gozar gratuitamente mientras no haya reclamación; esta solución implica simplemente hacer prevalecer el art. 655. La otra alternativa (que preferimos), es que en el texto del CPC. el término “gocé” está tomado en el sentido de “uso” y que, de este modo, la regla del dominio común de los frutos no es alterada; mientras no haya oposición, cualquiera puede usar la cosa común, pero los frutos (naturales o civiles) son inevitablemente comunes. En este mismo sentido milita el art. 2081 (ubicado en la sociedad, pero aplicable a la comunidad por el art. 2305).

88. B) Accesión continua. Es la accesión propiamente tal (o “por incorporación”); es la unión permanente de dos o más cosas originariamente separadas, que pasan a formar un todo indivisible.

La unión puede ser obra de la naturaleza o del hombre.

Materialmente, la situación es la misma sea que los objetos unidos pertenezcan a diferentes propietarios o sean de un solo dueño. Pero es en la primera situación en la que el acontecimiento adquiere relevancia jurídica, pues precisamente se trata de decidir a quién ha de pertenecer el todo formado. Para concretar la decisión el Código ha recurrido a la técnica de calificar este hecho de la unión –que llama accesión– como un modo de adquirir el dominio. Cuando una cosa se une a otra y, por disposición de la ley, el dueño de ésta ha de ser el dueño de la primera, se dice que ha operado la accesión como modo de adquirir. La primera ha accedido a la segunda. El dueño de la segunda ha adquirido el dominio de la primera por accesión.

Es habitual agregar aquí que al establecerse este modo de adquirir no se ha hecho sino aplicar el antiguo y lógico principio de que “lo accesorio sigue la suerte

de lo principal”. Por cierto, en términos generales, parece difícil discutir la validez del principio, pero las dificultades aparecen con frecuencia en las situaciones específicas, cuando se trata de determinar qué es lo accesorio y qué lo principal entre dos objetos que se unen. La *función*, el *valor* y hasta el *volumen* son criterios a los que se puede recurrir para obtener las soluciones; el Código los acoge en los varios preceptos que dedica al tema.

Siguiendo a los textos, la doctrina nacional estudia este modo de adquirir a través de las siguientes situaciones:

89. 1) Accesión de inmueble a inmueble (arts. 649 a 656, que forman el párrafo denominado “accesiones del suelo”). En esta forma de accesión, llamada también accesión natural, se pueden distinguir las modalidades de:

a) Aluvión (arts. 649, 650 y 651).

En cuanto al dominio del álveo o cauce, se ha resuelto que forma parte del río, de modo que si éste es bien nacional de uso público, tiene la misma calidad; así se desprende de los arts. 649 y 650 (v. también los arts. 30 y 35 del C. de A.).

b) Avulsión (art. 652).

c) Mutación de álveo o cambio de cauce (arts. 654 y 655).

d) Formación de nueva isla (art. 656).

El art. 653 se refiere a una situación especial de “inundación” de un predio que, por su contenido, se asemeja más al aluvión que a las otras formas de accesión que se han señalado: si las aguas se retiran del predio dentro del término que el precepto indica, sólo se está en presencia de un caso de interrupción natural de la posesión, como lo dispone el art. 2502; si el retiro se produce después de ese plazo, se siguen las reglas de la accesión para el dominio de los terrenos descubiertos.

90. 2) Accesión de mueble a mueble. Se origina cuando se unen dos cosas muebles pertenecientes a distintos dueños (arts. 657 a 667). A través de estas reglas

se soluciona el problema principal que en estas situaciones se produce, para lo que se utiliza el principio referido de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Al darle aplicación concreta el Código va fijando criterios para la determinación de lo principal, que es el problema que prácticamente se presenta: el valor (venal o de afección), la función, el volumen.

Con las reglas del Código y la nomenclatura de la doctrina se distinguen, como formas en que puede presentarse esta accesión de mueble a mueble:

a) Adjunción (arts. 657 a 661);

b) Especificación (art. 662) (es objetable considerarla como una forma de accesión; no hay aquí una unión de dos cosas, que caracteriza a la accesión, sino simplemente agregación de trabajo a una materia prima, que la modifica; y

c) Mezcla (art. 663).

Se agregan algunas reglas comunes a estas tres formas de accesión (arts. 664 a 667).

91. 3) Accesión de mueble a inmueble. Es denominada también accesión industrial (arts. 668 y 669). En esta accesión los preceptos hacen referencia a las modalidades de *edificación* y *plantación* o siembra que están, en todo caso, sometidas a las mismas reglas. Los problemas se plantean, y el modo de adquirir accesión opera, cuando se construye, planta o siembra con materiales o semillas que pertenecen a persona distinta del dueño del suelo.

Incorporados definitivamente los materiales al suelo o arraigadas las semillas, por cierto sin la existencia de un pacto o vínculo contractual entre los participantes, el Código aplica una vez más el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y en esta materia, por su orientación territorial, entiende que siempre el suelo es el elemento principal. El dueño del predio adquiere por accesión lo edificado, plantado o sembrado.

92. Indemnizaciones. Para evitar un enriquecimiento injustificado, se dispo-

nen normas para indemnizar a quien en definitiva nada adquirirá. Se imponen diferentes soluciones según sea el dueño del suelo quien edifica, siembra o planta con materiales ajenos o sea el dueño de los materiales quien edifica, siembra o planta en terreno ajeno (arts. 668 y 669). Una tercera situación, la del que edifica, siembra o planta con materiales ajenos en el suelo también ajeno, no contemplada expresamente, puede de igual modo solucionarse con los mismos textos. Estas reglas están relacionadas con las de las prestaciones mutuas de la reivindicación (como lo expresa el art. 669).

PÁRRAFO IV

LA TRADICIÓN

I. Descripción general

93. 1) Concepto y textos. Con antecedentes en el Derecho romano, desarrollados en la Edad Media, para la transferencia de bienes el Código chileno –como se ha dicho– establece la dualidad título y modo de adquirir (v. supra, N° 73 e infra, N° 115). Es en la aplicación del modo tradición en donde se observa con particular claridad –y el único caso en que tiene lugar, según algunos– ese régimen.

El art. 670 la define como “un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la *entrega* que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo” (inc. 1°).

Las reglas se contienen en los arts. 670 a 699. Además, deben considerarse:

– Las disposiciones del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, para la tradición de inmuebles;

– Arts. 1901 y sgts., para la tradición de derechos personales;

– Disposiciones del Código de Comercio, para la tradición de créditos mercantiles (su estudio corresponde al Derecho comercial).



94. 2) Caracteres.

a) *Es un modo de adquirir derivativo.* El adquirente deriva su dominio de otro sujeto, el tradente, a diferencia de otros modos de adquirir, como la ocupación y la accesión. No debe olvidarse esta característica de la tradición, para determinar los derechos que el adquirente obtiene con ella. Siendo derivativo, este modo no transfiere al adquirente más derechos que los que tenía el tradente y, concretamente, si éste no era dueño de la cosa tradida, no lo será el que recibe (“nadie puede transferir más derechos que los que tiene”; arts. 682 y 683).

b) *Es una convención.* De la definición de este modo se desprende su carácter convencional: acuerdo de voluntades que produce consecuencias jurídicas. Con ella no se crean obligaciones –con lo que sería contrato–, sino precisamente se extinguen obligaciones contraídas en el título que le antecede. El vendedor, el permutante, el donante, el aportante en sociedad, no transfieren en el respectivo contrato la cosa vendida, permutada, donada o aportada, sino que se obligan a transferirla. Así, cuando el tradente efectúa la tradición, con este acto voluntario y convencional lo que hace es extinguir su obligación contraída; o si se quiere, cumplirla; en definitiva, *pagar*.

c) *Es consecuencia de un título.* Ha quedado dicho en la explicación anterior. Frecuentemente se dice que la tradición es un modo que puede serlo a título gratuito u oneroso. Más propiamente, debe expresarse que el título del que es consecuencia puede ser gratuito u oneroso.

95. 3) Aplicación. Su vigencia en la vida jurídica es intensa. La aplicación diaria del contrato de compraventa trae como consecuencia directa la de la tradición de los objetos vendidos, en cumplimiento del contrato.

Por otra parte, mediante este modo se pueden adquirir tanto el dominio como los otros derechos reales (art. 670, inc. 2º) y los derechos personales (art. 699).

En este sentido, la ocupación y la accesión aparecen como modos de aplicación más limitada. Pero, aparte de algunas dificultades que presenta la tradición de las cosas incorpóreas (como se irá viendo al tratar aquí de algunos), el tenor del art. 670 inc. 2º termina siendo matizado (porque lo que se dice del dominio no puede extenderse pura y simplemente a las cosas incorpóreas, atendida su naturaleza); además, su amplitud es menor de lo que parece (por ej., el derecho de uso y habitación, por norma no puede transferirse, art. 819); por eso es que no es correcto el art. 686 inc. 2º cuando se refiere a la tradición del uso; se trata más bien de una inscripción para su constitución. Tampoco pueden ser tradidos los derechos de servidumbre, prenda e hipoteca, porque son derechos accesorios; se transfieren con los respectivos objetos sobre los que recaen. Pero, en todo caso, esta distinción entre constitución y transferencia (por tradición) tiene su controversia, que será aludida más adelante (v. infra, Nº 219, y nota).

Por último, la tradición funciona también como modo de adquirir la posesión; tal ocurre (según se explicará más adelante) cuando el tradente no es el verdadero dueño: el adquirente no adquiere, por cierto, el dominio, pero la tradición le sirve para entrar a poseer la cosa y llegar a adquirirla por prescripción (v. infra, Nºs 109, 164 y 169).

Suele agregarse que, comúnmente, es un modo de adquirir a título singular, señalándose la excepción de la tradición del derecho de herencia. Nuevamente conviene puntualizar que ello es consecuencia del carácter del título. Teóricamente, parece no haber inconveniente en utilizar la tradición para la transferencia de universalidades; lo que ocurre es que en nuestro Derecho no siempre están admitidos los contratos conducentes al traspaso de universalidades (v., por ej., los arts. 1811, 2056); siendo posibles (como cuando se trata de una herencia o cuota hereditaria) cobra de inmediato

aplicación este modo de adquirir (y sólo se discute, como se dirá luego, la forma como ha de efectuarse la tradición de esa universalidad).

96. 4) Entrega y tradición. En la definición del art. 670 el Código prescribe que la tradición consiste en la *entrega*... Efectivamente, el elemento central, que da consistencia a la tradición, es la entrega del objeto tradido. Pero también pueden darse situaciones de entrega material de una cosa sin que se llegue a configurar la tradición. Cuando la entrega se efectúa con intención de transferir el dominio (u otro derecho real), queda configurada la tradición. Esa intención que concurre en la tradición, se manifiesta también en el título del que la tradición es consecuencia; el título es llamado “título traslativo de dominio”, como la compraventa, la permuta, la donación, el aporte a una sociedad, etc. Si lo que se ha pactado, por ej., es un contrato de arrendamiento o un préstamo de uso, la entrega se efectuará sin la intención de transferir el dominio, y el título mismo, llamado “título de mera tenencia”, demuestra que la entrega, simple entrega material, se efectúa para conferir al que recibe sólo la mera tenencia de la cosa. En suma, con la intención de transferir el dominio, se está en presencia de tradición; sin esa intención, la entrega es tan sólo una simple entrega material.

El Código no siempre emplea estos términos en el sentido que antes se ha anotado; a veces los estima sinónimos (como en el art. 1824, en el que expresa “entrega o tradición”); otras utiliza “entrega” siendo más preciso “tradición” (art. 2196); otras expresa “tradición” siendo más preciso “entrega” (art. 2174; el art. 1443 emplea la expresión “tradición”, lo que allí es parcialmente adecuado); finalmente, hay ocasiones en que sí se ajusta a las acepciones expuestas (arts. 2212, 2174 inc. 1^º, 2197; esta última disposición incurre sí en una redundancia).

II. Requisitos

97. 1) Presencia de dos personas, tradente y adquirente. Siendo una convención, requiere de dos personas. Empleando la técnica de la teoría general de los actos jurídicos, más propiamente se necesita la concurrencia de dos partes (el art. 671 hace referencia a ambas).

El tradente. Debe ser plenamente capaz. El precepto (art. 670) parece discriminar entre tradente y adquirente en esta materia, ya que en el tradente exige “facultad” para transferir y en el adquirente “capacidad” para adquirir, con lo que pudiera entenderse que no se le exige capacidad al primero. No es ese el alcance que ha de darse al texto; siendo una convención, el tradente debe ser plenamente capaz; si no lo es, la sanción al acto es la que ordinariamente se establece para los actos de los incapaces (dependiendo de la clase de incapacidad).

Se precisa que debe tener facultad de transferir el dominio para dejar establecido que requiere el denominado poder de disposición (legitimación) que importa idoneidad del sujeto para celebrar el acto de que se trata. Así, si el tradente es un representante legal que entrega un bien del representado, deberá cumplir las formalidades correspondientes, sin las cuales no tiene poder para enajenar libremente. Si no tiene esa facultad, la sanción se encontrará en los preceptos que regulan los actos respectivos (según la naturaleza del objeto, etc.); incluso el mismo titular del derecho (que actúa por sí), por norma legal especial que atienda su situación le es aplicable, puede carecer de ese poder de disposición (v. al respecto, arts. 1796, 1447 inc. final, 1575). En definitiva, tanto la capacidad como la facultad están ya exigidas en reglas de otras instituciones del Código, que cobran precisa aplicación en la tradición. De ahí que las sanciones se encuentran en aquellos textos.

El tradente debe ser también dueño de la cosa que transfiere. Si no lo es, transfiere los derechos que sobre la cosa tenía

al tiempo de efectuar la tradición (arts. 682 y 683; al tratar los efectos de la tradición se examinará este punto).

El adquirente. Debe ser plenamente capaz, por la razón indicada para el tradente; está celebrando un acto jurídico. La sanción por falta de capacidad (como también se dijo para el tradente), será la ordinaria para estos casos.

98. Se ha dicho que generalmente la tradición constituye un verdadero pago, pues el tradente la efectúa porque se obligó a ello en un título precedente. Esto conduce a relacionar las disposiciones de este modo de adquirir con las reglas del pago (arts. 1568 y sgts.). En materia de requisitos que deben concurrir en quienes celebran la convención, deben tenerse presente los arts. 1575 y 1578 N° 1.

La primera de estas disposiciones señala que si paga quien no es dueño de la cosa pagada, el pago no es *válido*, y antes se ha dicho que la tradición hecha por quien no es dueño es válida, sólo que no produce su normal efecto de transferir el dominio, pero origina otros efectos jurídicos. Hay quienes entienden que lo correcto está en la regla de la tradición y sólo hay una impropiedad de lenguaje en el art. 1575. Pero parece claro que cuando el art. 1575 señala que el pago no es válido, afirma precisamente que es nulo y ello trae como resultado que el acreedor puede pedir la declaración de nulidad de ese pago y continuar demandando la prestación que se le debe. Relacionando esta última afirmación con lo dicho en base a los arts. 682 y 683, puede concluirse que el acto por el que el deudor entrega al acreedor una cosa ajena en pago de la deuda, es válido en cuanto tradición y al entrar en posesión del objeto puede el acreedor llegar a ganarlo por prescripción; pero es nulo en cuanto pago, pudiendo por tanto pedir su nulidad, restituir lo recibido y continuar demandando el pago al deudor.

99. 2) Consentimiento de ambas partes. Nada nuevo se agrega aquí, desde que

se ha dicho que la tradición es un acto jurídico bilateral. Debe sí precisarse que ese consentimiento ha de implicar la intención determinada de ambas partes de transferir y adquirir, respectivamente, el dominio (arts. 670, 672 y 673). Se verá pronto la estrecha vinculación que entre nosotros se dispone entre la tradición y el título que la justifica; esa relación explica que en la tradición el consentimiento debe versar sobre el título, sobre la cosa objeto del título y sobre la persona a la que en el título se convino transferir la cosa.

100. Reglas sobre el error. Como en todo acto jurídico, el consentimiento de que aquí se trata debe estar exento de vicios. Los vicios de que el consentimiento puede adolecer y las normas a que se somete su análisis, son los comunes; pero el Código ha dispuesto para la tradición algunas reglas especiales relativas al vicio de error. Puede recaer en la cosa tradida (art. 676, relacionado con el art. 1452), en la persona (art. 676) o en el título (art. 677).

a) El error en la “identidad de la especie”. Se recordará que el error llamado esencial puede recaer en la naturaleza del acto o en la identidad de la cosa específica (art. 1453); aquí se trata de esta segunda variedad de error esencial. Por otra parte, aquí el error padecido en la tradición (no en el título que le antecede); en cumplimiento del contrato, se entregó una cosa creyéndose que se entregaba otra, o se recibió una cosa creyéndose que se recibía otra (es especialmente factible en las tradiciones fictas). Para la prueba de que hubo error (y no, por ej., una intención compartida de dación en pago, de la que ahora se arrepiente una de las partes), el punto de referencia es la descripción contenida en el título.

b) El error en “la persona a quien se hace la entrega”. Puede acontecer que quien efectúa la tradición crea que entregaba la cosa a cierta persona, en circunstancias que se la ha entregado a otra. Como acto *intuitu personae*, demostrado el error, la tradición es inválida.

c) El error “en el título”. Produciéndose el error en el título, la consecuencia ha de encontrarse en las reglas respectivas; así, para ese efecto, el precepto (art. 677) no resulta necesario (sin embargo, como veremos pronto, constituye otra demostración –junto al fundamental art. 675– del carácter causado de la tradición).

101. Tradición por representantes. Según es regla general en Derecho civil (art. 1448), la tradición también se puede efectuar a través de representantes, legales o voluntarios; el Código lo confirma expresamente (arts. 671, 672, 673, 674, 678; para la tradición de inmuebles v. además infra, N° 137).

102. La tradición en las enajenaciones forzadas. Como es sabido, conforme a las normas procesales, si un deudor no paga lo que debe, puede el acreedor (disponiendo de un título ejecutivo) embargarle bienes, rematarlos y pagarse con el producto; entonces pueden surgir dudas acerca de la legalidad de la tradición por la cual el subastador adquiere el objeto que se adjudicó en el remate, ya que el deudor propietario está lejos de consentir en efectuar la tradición de lo que se remata. Para tal situación se dispone que en esas ventas forzadas el juez es el representante legal de la persona cuyo dominio se transfiere. Así, el consentimiento es otorgado por el juez en su nombre (art. 671, inc. 3°). Siendo una situación excepcional, para que esta representación legal proceda deben darse las condiciones que determinadamente prescribe el precepto. Concretamente, debe tratarse de ventas forzadas y no simplemente de ventas de las que se efectúan “por el ministerio de la justicia” (como las que se hacen de bienes de ciertos incapaces; art. 394); en estos casos se siguen las reglas generales (lo confirma el art. 894 del CPC.; y así se ha resuelto).

Se ha planteado que el precepto referido no soluciona definitivamente un problema de fondo en estos casos de ventas forzadas, cual es el de falta de real con-

sentimiento del deudor cuyo dominio transfiere el juez; éste será el representante legal, pero lo cierto es que el ejecutado no está consintiendo. El problema se puede solucionar acogiendo la doctrina de la representación modalidad de los actos jurídicos, que entiende que la voluntad que contrata no es la del representado, sino la del representante. Se ha ofrecido también solución a este punto (teórico), acudiendo al llamado derecho de prenda general de los acreedores (art. 2465), por el cual el deudor, al contraer una obligación, sabe que ha de responder de ella con todos sus bienes, actuales y futuros y, entonces, al contraerla estaría consintiendo en una eventual enajenación forzada posterior para pagar su deuda. Esta explicación, aceptable para ejecuciones fundadas en obligaciones surgidas de contratos, es insuficiente para las que resultan de obligaciones no contractuales (como las destinadas al pago de indemnización por un hecho ilícito). Por otra parte, debe agregarse que si bien el precepto citado establece la representación legal para la tradición, no lo hace directamente para el título, la venta; pero el CPC. lo dispone en forma clara, al menos refiriéndose específicamente a la subasta de inmuebles (arts. 495 y 497; v. también arts. 482, 483, 532 y 894 del mismo Código).

103. 3) Título traslativo de dominio. “Para que valga la tradición, se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.” (art. 675).

Luego de lo dicho hasta aquí en orden a que de los contratos sólo nacen derechos personales y sólo con el modo de adquirir se adquieren los derechos reales, ahora, describiendo unitariamente el sistema y partiendo del modo o del título, puede manifestarse que la tradición requiere de un título traslativo precedente, o que el título traslativo de dominio requiere, para cumplir lo pactado, que le siga la tradición. Esta relación conduce a considerar al título como la causa de la tradición (como se dirá pronto).

La expresión “título” se utiliza usualmente en dos acepciones: una de carácter estrictamente jurídico y otra más bien material.

Llámase título al *acto jurídico* que sirve de antecedente más o menos próximo a la adquisición del dominio o a la causa inmediata de un derecho. Pero también es llamado título el *documento* que contiene o da constancia de alguno de los actos jurídicos denominados títulos en la acepción anterior. El Código emplea la expresión en ambos sentidos (y lo llega a hacer en un mismo precepto, como es el caso del art. 1901). El término se emplea aquí en la primera acepción.

Como ya se ha dicho, los títulos traslativos de aplicación más frecuente son la compraventa, la permuta, la donación, el aporte en propiedad a una sociedad, la novación (puede añadirse la dación en pago, con la advertencia de que su naturaleza como título traslativo ha sido discutida).

Lo dicho aquí sobre el título y el modo se ha expresado más bien en relación con el dominio, pero es aplicable también a los demás derechos reales. Mas, es necesario efectuar, para cada uno de ellos, algunas precisiones (que se verán al tratarlos, más adelante).

104. El título debe ser válido. Para que la tradición produzca su efecto normal de transferir el dominio, debe tener como antecedente un título válido (art. 675).

104 bis. La influencia en la tradición, de la falta o nulidad del título. Tradición causada o abstracta. Siendo una entrega con intención de trasladar el dominio, naturalmente es concebida con un título o negocio en el cual se promete la entrega, con alguna contraprestación o sin ella (aunque estrictamente es concebible una pura entrega traslativa sin título). Pues bien, en relación con ese título, teóricamente la tradición puede ser concebida como causada o abstracta. Imponerla como *causada* significa establecerla vinculada al título, al negocio, que es su causa o antecedente; por tanto, su validez y, en

general, su eficacia traslativa, dependen de la validez y en general de la eficacia del título. El título es vinculado funcionalmente a ella; el título es concebido como un requisito de la tradición; por lo mismo, las vicisitudes que acaezcan al título han de influir en ella (aparte de la nulidad, los albures a que está sometido el título son los habituales en la contratación: resolución, revocación, incluso la discutida inexistencia); específicamente, la falta o nulidad del título dejan inexistente o nula la tradición (reducido el problema a la nulidad: “nulo el título, nula la tradición”, sin perjuicio de que también pueda ser nula por defectos propios de ella; en términos más comprensivos: ineficaz el título, ineficaz la tradición). En cambio, imponerla como *abstracta* significa establecer que transfiere el dominio con la sola voluntad de transferir, prescindiéndose del negocio (causal); por tanto, para calificar su validez y, en general, su eficacia, se prescinde del título; las vicisitudes que le acaezcan al título no han de influir en la validez y eficacia traslativa de la tradición; el título es desplazado de la tradición; la tradición se abstrae del título; en la realidad el título existe y es realmente su justificación, su causa, pero jurídicamente se prescinde de él.

Puede apreciarse que en la opción inciden, destacadamente, por una parte, la preocupación por el titular del dominio y, por otra, la preocupación por la seguridad del tráfico, que implica la protección a los terceros adquirentes (v. además lo dicho en “Descripción del sistema”, supra, N° 73 y notas).

En el Derecho chileno el texto básico es el art. 675, ya citado (al que puede agregarse el también referido 677). Su examen conduce a la conclusión de que en cuanto modo de adquirir el dominio ha sido concebida como un acto causado. Dispone que para que la tradición *valga*, debe estar precedida de un título traslativo, y que éste debe ser válido. De modo que si no lo hay o es nulo, la tradición es inválida; nula.

Pero el alcance de los efectos de esa nulidad no queda bien definido. Esta in-

definición se advierte en relación al efecto posesorio de la tradición. Pronto se dirá que la tradición deja al adquirente en posesión de la cosa tradida. Y si el tradente era dueño, el adquirente adquirirá también el dominio. Ahora bien, cuando del art. 675 se desprende que la falta de título o la nulidad de éste anula la tradición, no queda claro si esa nulidad la priva de todo efecto, hasta el punto de estimar que no sólo no transfirió el dominio sino que, además, nunca el adquirente recibió la cosa con ánimo de dueño, es decir, que nunca entró en posesión; o es que es nula en cuanto mecanismo que traslada el dominio, pero que, en el hecho, sí dejó al adquirente en posesión.

La primera solución se apoyaría en el categórico efecto retroactivo de la nulidad, que elimina todo efecto o consecuencia del acto declarado nulo. Pero la segunda parece ser la respuesta más conforme con el sistema general implantado por el Código: a) Desde luego, la parte final del art. 675 muestra que la regla parece estar dirigida más bien al traslado del dominio, sin referirse a la materia posesoria; b) Por otra parte, como se dirá más adelante, el art. 704 tiene por títulos injustos para poseer al nulo (Nº 3) y al aparente (Nº 4), de modo que allí se considera que el que recibió por un título nulo, o en virtud de una apariencia de título, tiene título (sólo que injusto) “para poseer”; es decir, se le está calificando de poseedor (aunque irregular), pudiendo llegar al dominio por la prescripción extraordinaria; c) Además, como también se dirá, hay que recordar que el Código considera a la ocupación un “título” para poseer, lo que equivale a admitir la posesión sin título, porque el que entra a poseer por ocupación no da verdadera justificación de su posesión; decir que se posee por ocupación (poseo porque ocupo) es como afirmar que se posee porque sí, que no es justificación; entonces, si está admitido poseer por ocupación (que equivale a decir sin título), no parece coherente impedir la posesión si existe título, pero nulo; d) Pero, con título o sin él, y sobre todo concebida la pose-

sión como un hecho, lo cierto es que el que recibió la cosa inició su tenencia con ánimo de señor; las vicisitudes que acaezcan al suceso por el cual inició esa situación real no podrán eliminarla.

En suma, entre nosotros, si después de efectuada la tradición se descubre que no hay título o que es nulo, no se transfiere el dominio; en esa circunstancia, nuestra tradición carece de efecto traslativo (por ej., si la tradición se efectuó debido a una compraventa que después es declarada nula, el vendedor continuará siendo el dueño); pero el adquirente habrá entrado en posesión; el dueño contratante pedirá la restitución de la cosa al adquirente contratante, ejercitando la acción restitutoria que confiere la nulidad (art. 1687) y, ante terceros, podrá reivindicar (art. 1689); pero esto sólo hasta que el poseedor logre prescribir (porque había entrado a poseer).

Con lo dicho puede concluirse que, en Chile, en cuanto mecanismo que traslada el dominio, la tradición es un acto causado; requiere de un título justificante, conectado a ella y, por lo mismo, su eficacia traslativa depende de la validez de éste. Pero, en todo caso, con independencia de él, deja al adquirente en posesión. La jurisprudencia no ha sido explícita en el tema, aunque parece entenderlo en el mismo sentido.

Evaluando la opción, nos plegamos a la decisión de la tradición causada, pero atenuándola para proteger a ciertos terceros en aras de la seguridad del tráfico. Siguiendo a la generalidad de los Códigos Civiles del siglo XX, mientras el objeto se mantiene en poder del adquirente parece apropiado aplicar su carácter causado, de modo que la ineficacia del título traiga la de la tradición y el objeto ha de volver al enajenante; pero respecto de los terceros debería diferenciarse: la ineficacia del título por ciertas causales (nulidad, resolución, resciliación, declaración de falso heredero por acción de petición de herencia), no debería afectar al tercero que adquirió de buena fe a título oneroso. Con todo, en lugar de intervenir las reglas de la tradición, parece preferible lograr el



efecto imponiéndolo en las normas que regulan aquellas agresiones al título (al regular la nulidad, la resolución, la acción de petición de herencia, etc.), estableciendo que ellas no confieren reivindicatoria contra terceros que hayan adquirido de buena fe a título oneroso (se volverá sobre este punto al tratar el Registro; infra, N^{os} 124 y 125, y su crítica, N^o 144).

105. El conflicto teórico con la noción de contrato real. La técnica del contrato real (abandonada por algunas legislaciones), ocasiona entre nosotros un conflicto con el sistema antes descrito. En efecto, como estos contratos se perfeccionan por la entrega de la cosa (art. 1443), y en algunos de ellos (como en el mutuo), esa entrega es tradición porque transfiere el dominio de lo entregado (art. 2197), surge la interrogante de saber cuál es el título de esa tradición, ya que antes de la entrega no hay contrato. Las dos alternativas posibles son igualmente insatisfactorias: o se entiende que hay aquí una tradición que no requiere de título (como destemplada excepción al sistema) o que aquí el título y el modo se confunden, nacen simultáneamente.

106. 4) Entrega. Más que un requisito, la entrega es en realidad el elemento sustantivo de la tradición, alrededor del cual han de cumplirse las demás exigencias anotadas.

El carácter más o menos material y, concretamente, las formas de esta entrega, requieren de un análisis especial (que se abordará pronto).

III. Efectos

107. a) El efecto normal de la tradición. Es transferir el dominio del tradente al adquirente (arts. 670, 671, 1575).

Siendo un modo de adquirir derivativo, este efecto normal, en el que la tradición desempeña precisamente su función de modo de adquirir la propiedad, se produce siempre que el tradente haya sido

dueño de la cosa que transfiere; si no lo era, se originarán otros efectos que se verán a continuación. Por otra parte, si el tradente tenía el objeto sometido a gravámenes reales, el adquirente lo adquirirá con las mismas cargas; todo siguiendo el citado principio de que nadie puede transferir más derechos que los que tiene.

Pero, además, produce el efecto de dejar al adquirente en posesión de la cosa. Esto porque, en la tradición, ambas partes tienen la intención de que el adquirente quede como dueño. Así, éste la tendrá considerándose dueño. Como con la tradición quedará, generalmente, con la cosa a su disposición, a su merced (aunque no la atrape físicamente), entonces reunirá los elementos de la posesión, exigidos en el art. 700; *tiene* una cosa, *con ánimo* de dueño. Será, en consecuencia, dueño y poseedor.

Se ha dicho que “generalmente” quedará con la cosa a su disposición, porque mediante las tradiciones simbólicas pudiera darse el excepcional caso de que alguien efectúe a otro la tradición de una cosa que, además de no pertenecerle, nunca la haya tenido a su disposición (por ej., efectúa la tradición mostrándosela, conforme al art. 684). En tal caso el adquirente, si bien tiene el ánimo de dueño (*animus*) porque recibió en tradición, no tendrá posesión, porque le faltará el elemento tenencia (*corpus*) (sería la situación de alguien que vende una cosa ajena; nunca la ha detentado, efectúa al comprador la tradición simbólica mostrándosela, y luego de dos años el adquirente pretendiera que la ganó por prescripción e intenta reivindicarla del dueño, quien a todo esto no tiene noticias de la maniobra, porque él nunca ha sido turbado en la posesión de su objeto; aquí el adquirente no ganó posesión –por falta de tenencia– ni la ha perdido el verdadero dueño).

Este efecto de que la tradición deja al adquirente en posesión (salvo casos extraños, como el recién descrito), tiene lugar cuando el tradente es dueño, cuando es sólo poseedor y, aun, cuando es mero tenedor; siempre el adquirente queda en

posesión de la cosa (así, el art. 730 expresamente resuelve que el que recibe del mero tenedor queda en posesión; con mayor razón si recibe de un poseedor). Por esto es que bien puede decirse (como se ha dicho) que el primer efecto de la tradición es dejar al adquirente en posesión, y que produce el otro, el de transferir el dominio, cuando el tradente era dueño.

108. b) Si el tradente no era dueño y tenía otros derechos. Si carecía del dominio sobre la cosa que entrega, pero tenía sobre ella otro(s) derecho(s) transferible(s), por ej., un usufructo, lo(s) transfiere con la tradición (art. 682; esta disposición expresa derechos transmisibles, debiendo decir transferibles, como se ha denunciado).

Aquí queda el adquirente como poseedor de la cosa, y dueño y poseedor de los derechos que el tradente tenía.

La solución que da la regla es de calidad discutible. La tradición se efectuó para trasladar el dominio; ésa fue la intención del tradente y, sobre todo, del adquirente, quien pudiera tener sus razones para repudiar esa parcial adquisición. En cierta medida se le están incrustando en su patrimonio derechos sin su voluntad; él manifestó voluntad para adquirir el dominio, no derechos de inferior categoría o menor envergadura.

109. c) Si el tradente no era dueño; el efecto posesorio. Si no era dueño, ciertamente el adquirente no adquirirá el dominio. Pero entonces (como ya se ha dicho) la tradición desempeña otra función: confiere posesión al que recibe la cosa; lo pone en posesión de la cosa y, por lo mismo, en vías de ganar el dominio por prescripción (art. 683). Aquí queda simplemente como poseedor.

Al disponer que da derecho a ganar por prescripción, el precepto citado puede inducir a postular que la tradición sería título para poseer. No es así. En materia posesoria –como se verá– se mencionan como título otros modos de adquirir el dominio, mas no a la tradición,

lo que es propio, puesto que la tradición es consecuencia de un título. De manera que el rol consiste en poner en posesión de la cosa al que la recibe, con lo que podrá llegar a ganarla por prescripción. Así, al examinar la tradición decimos que ella requiere de un título; y, al estudiar la posesión, diremos también que ella requiere de un título; es el mismo (por ej., la compraventa; aquí, continuar el análisis significaría adentrarse en el campo de la posesión).

110. d) Otras particularidades. Dentro de los efectos de la tradición, también debe hacerse referencia a algunos puntos específicamente regulados.

111. Retroactividad. Si el tradente no era dueño de la cosa que ha entregado y posteriormente adquiere el dominio de ella, la transferencia al adquirente se entiende producida desde el instante en que se efectuó la tradición (art. 682, inc. 2º, en concordancia con el art. 1819). El precepto es de evidente conveniencia práctica, pero no muy satisfactorio en estricta lógica porque, siguiendo una secuencia en el tiempo resulta que, como al efectuar el tradente la tradición el verdadero dueño no perdió su dominio sobre la cosa entregada, se produce, teóricamente, una superposición de dominios (si el 1º de enero alguien efectúa a otro la tradición de una cosa ajena, y el 30 del mismo mes el tradente adquiere el dominio de aquella especie, se entiende que el adquirente es dueño de ella desde el 1º de enero; pero como el primitivo dueño lo siguió siendo hasta el 30 de enero, resulta que durante ese mes dos sujetos, sin convención y autónomamente, habrían sido dueños del mismo objeto).

Una dificultad notoria (no mayormente agitada entre nosotros) es la de si los efectos de la tradición se producen con o sin retroactividad al momento del título. El art. 682 inc. 2º recién citado, parece suponer que no hay retroactividad; en la situación que regula, la consagra sólo hasta la tradición; con todo, es discutible.

112. Época para exigir la tradición. Para determinar desde cuándo se puede exigir la tradición de lo que se debe, hay que recurrir al *título respectivo*, del cual –como se ha dicho– la tradición es una consecuencia. Allí constarán la obligación de efectuarla y la época en que el acreedor podrá exigir esa tradición; allí se determinará desde cuándo la obligación de efectuar la tradición es exigible. Así, si en el título se somete la entrega a una condición, habrá que esperar que la condición se cumpla; si se somete a un plazo, luego que el plazo se cumpla (art. 681). Si nada se convino, será exigible desde que se perfeccione el título (se tratará de una obligación pura o simple, que es la regla general).

Finalmente, puede ocurrir que, exigible ya la tradición, a quien debe efectuarla se notifique una resolución judicial por la que se le ordene la retención, embargo o prohibición de celebrar actos y contratos respecto de lo debido, antes que entregue el objeto al acreedor (art. 681). En tal situación, el obligado debe abstenerse de efectuarla, produciéndose, si la efectúa, los efectos indicados en los arts. 1578 y 1464.

113. Tradición sujeta a modalidades. Más propiamente que la tradición, los *efectos* de la tradición pueden someterse a modalidades (según lo permite el art. 680). Y esta modificación de los efectos –como en la situación anterior– se establece en el título respectivo; de modo que habrá que remitirse a él para conocer si hay o no modalidades a las que queden sometidos. Por lo mismo, toda la teoría de las condiciones (obligaciones condicionales) se ha de aplicar a la situación (en este entendimiento el art. 680, al menos en su inc. 1º, huelga).

– La tradición puede someterse a una condición con efecto suspensivo para el adquirente (A dona a B un automóvil, que se lo entrega desde luego, para que B lo haga efectivamente suyo si obtiene un título universitario). En la especie se trata de una tradición anticipada, de

modo que si la condición se cumple, el dominio se traslada de pleno Derecho en ese instante (en el instante en el que la condición se cumple).

El pacto mencionado constituye una aplicación de la denominada “cláusula de reserva de dominio” (de antigua construcción). Como su nombre lo indica, consiste en el pacto por el que el tradente mantiene el dominio de la cosa tradida hasta el cumplimiento de una condición o un plazo; por cierto, presenta una visible función de garantía. Por nuestros textos, la regla es que la cláusula puede ser acordada válidamente y origina el efecto correspondiente en cualquier título traslativo y bajo cualquier condición o término. Pero una situación especial es controvertida. El art. 680 inc. 2º la permite expresamente, con su efecto normal de mantener el dominio en el tradente, cuando se pacta bajo la condición de que se pague el precio; por los términos del precepto, se concluye que está referida a la compraventa (sólo en ella hay precio, vendedor y cosa vendida, que son los términos utilizados allí). Pero el art. 1874, regulando precisamente la compraventa, dispone que la cláusula de reserva de dominio hasta la paga del precio *no producirá otro efecto* que poder demandar el cumplimiento o la resolución del contrato (el efecto del art. precedente); es decir, ningún efecto especial, en todo caso no el efecto literal de efectiva reserva de dominio, y el adquirente recibirá el dominio desde la entrega misma no obstante el pacto.

Se ha sostenido que en la pugna debe prevalecer el último precepto por ser de carácter particular, aplicable precisamente a la compraventa. El argumento no es de valor decisivo por cuanto –como se ha advertido– no obstante su ubicación el precepto del art. 680 está dado para la compraventa (además de los términos empleados, así queda demostrado también por los orígenes de la cláusula). Con todo, parece adecuado solucionar el conflicto a favor del art. 1874, por las dificultades que puede traer consigo la re-

serva de dominio, que podría establecerse con frecuencia en las compraventas con pago a plazo, con la consiguiente confusión de propietarios, especialmente respecto de terceros; además, reservándose el dominio, el vendedor podría gravar la cosa con derechos reales, que afectarían al comprador aun luego de pagar todo el precio. Sin recurrir a la cláusula, si el comprador no paga el precio, el vendedor encuentra protección en el art. 1489 (y respecto de terceros, se dispone de los arts. 1490 y 1491, que no corresponde tratar aquí).

– Puede someterse asimismo a una condición con efecto resolutorio para el adquirente (A dona a B un automóvil y se lo entrega, estableciéndose en el acto de la donación que lo restituirá si obtiene un título universitario). En esta situación se ha planteado la controversia de si el art. 680 se aplica también cuando opera la llamada condición resolutoria tácita (del art. 1489), como cuando el comprador de una cosa no paga posteriormente el saldo de precio y por tal motivo la venta se resuelve. La dificultad, en definitiva, no merece plantearse; es evidente que si al incumplirse una obligación de las contenidas en el título se recurre al art. 1489 y se obtiene por sentencia judicial la resolución del contrato, por aplicación de los principios de la resolución quedará sin efecto la tradición y debe restituirse lo que se recibió en virtud del título resuelto; prescindiéndose del art. 680, al resultado de la restitución igualmente se llega por los efectos de la resolución (que son tratados en el estudio de las obligaciones condicionales).

– También puede someterse a un plazo (aun cuando no lo expresa el art. 680). Debe repetirse que tal modalidad y sus particularidades habrá que buscarlas en el título. Con plazo suspensivo, la situación será poco común; debe observarse que no se trata aquí de que la obligación de efectuar la tradición se postergue, sino que se conviene que la tradición que ahora se efectúa comenzará a producir sus efectos desde que llegue un cierto día.

Se trata también aquí de una tradición anticipada; vale lo dicho para la cláusula de reserva de dominio. Tendrá lugar la tradición a plazo extintivo si se pacta que llegado cierto día se extinguirá el dominio para el adquirente (aquí, como en el caso de una condición con efecto resolutorio para el adquirente, puede configurarse un usufructo o un fideicomiso, que serán tratados más adelante).

IV. *Formas de efectuar la tradición*

114. Distinción. Al consignar normas de muy distinto contenido respecto de formas de efectuar la tradición, diferenciadas especialmente para muebles e inmuebles, la legislación nacional obliga a dedicar un capítulo especial al tema.

115. Referencia a la evolución. Según se ha dicho (supra, N° 73), los orígenes de nuestro sistema del título y el modo surgen en el Derecho romano; también se añadió que en la evolución, que culminó en un cambio, influyó el desarrollo de las tradiciones fictas, las cuales (inevitables) siempre han estado presentes en el funcionamiento del sistema. Así, el Código chileno (al igual que otros que siguen el mecanismo) permite variadas formas de efectuar la tradición, que se apartan de la forma fundamental de entrega material (entre las que debe mencionarse la más inevitable, la de inmuebles).

Puede anticiparse que precisamente en algunas de estas tradiciones fictas se observa un notable debilitamiento del sistema, que llega a acercarse mucho, con ellas, al otro, de transferencia por el solo contrato. En otro sentido, la desmaterialización desvirtúa en cierto modo una justificación de la tradición, cual es la de conceder publicidad a las transferencias del dominio. Si con la entrega la tradición patentiza la mutación de dominio ante los terceros –los que tomarán conocimiento de ella– y evita que el vendedor, conservando el objeto en su poder

luego de venderlo ostente un patrimonio más valioso que el real, la ventaja desaparece o disminuye cuando la tradición se efectúa ficticiamente, por actos que no importan una inmediata entrega material.

Para estudiar las distintas formas de efectuar la tradición conviene proceder a las siguientes distinciones: A) tradición de derechos reales sobre bienes muebles; B) tradición de derechos reales sobre bienes inmuebles; C) tradición del derecho real de herencia; D) tradición de derechos personales.

116. A) Tradición de derechos reales sobre muebles. Reglamentan esta materia los arts. 684 y 685 del CC.; deben sí agregarse algunas normas del C. de C. y textos especiales (como la legislación sobre almacenes generales de depósito).

Para tratarla es necesario formular una distinción fundamental entre tradición real y tradición ficta o simbólica (estos dos últimos términos se emplearán aquí como sinónimos; hay quienes les asignan diferencias).

117. 1) Tradición real. Esta forma es la expresión natural o auténtica de la tradición, con la cual se cumplen las justificaciones de publicidad y posesión, originarias de este modo de adquirir.

Es la que se efectúa por una entrega real (o, como ha solido ser llamada por la doctrina, tradición “de mano a mano”), en ella la cosa tradida es materialmente entregada por el *tradens al accipiens*, cumpliéndose los demás requisitos, que antes se han mencionado.

Pero puede observarse que, por su naturaleza, esta tradición mano a mano es sólo aplicable a las cosas que por su volumen y peso permiten esta entrega material de una persona a otra.

Esta tradición real no es directa o, al menos, claramente mencionada por el Código, pero, desde la definición del modo, en toda su estructura técnica no queda duda de que es la primera forma de efectuarla.

Una buena parte de la doctrina (nacional y extranjera) considera también como tradición real la del N° 1 y aun la del N° 2, y hasta la del N° 3 del art. 684 (entre nosotros, sólo el Prof. Barros Errázuriz niega claramente esta calificación, estimando que todas las formas señaladas en el art. 684 son fictas; compartimos este entendimiento, sin olvidar que algunos grandes comentadores del Derecho romano no extienden tanto la calificación de forma simbólica).

118. 2) Tradición ficta o simbólica.

Es la que, sin que el tradente entregue físicamente la cosa al adquirente de mano a mano, es efectuada mediante actos jurídicos, hechos o gestos que manifiestan la voluntad de transferirle el dominio.

El art. 684 contempla las siguientes formas:

1º. “Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente”.

La doctrina exige aquí la presencia simultánea de tradente y adquirente, la presencia de la cosa a la vista y alcance de ambos y la aprehensión de ella por el adquirente, sin oposición del tradente, asiéndola físicamente (los términos empleados, empero, inducen a pensar que bastaría que se “permita” la aprehensión).

2º. “Mostrándosela”. Supone también la presencia de ambos ante la cosa tradida. Es la forma también llamada “tradición de larga mano” (*longa manu*), por suponerse que el adquirente la aprehende ficticiamente extendiendo sobre ella una larga mano suya (era también llamada *oculis et affecti*; por los ojos y la intención).

3º. “Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa”.

Mientras para algunos autores es ésta la forma de tradición simbólica por excelencia, en que las llaves constituyen el símbolo de la entrega, otros, en cambio, han entendido que también es ésta una forma de tradición real, al permitir las llaves la posibilidad de la toma inmediata de posesión por parte del adquirente.

Nuestro precepto no exige que el almacén, cofre, etc., esté a la vista de las partes. La entrega de las llaves, propiamente, debe ser real.

4º. “Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido”.

Esta forma es particularmente interesante (e igualmente viene desde antiguo). Del tenor del precepto se observa que aquí queda efectuada la entrega por convenirse el encargo; se trata de un verdadero mandato por el que el tradente se encarga de poner la cosa a disposición del adquirente en cierto lugar. Como no se exige que se cumpla el encargo (lo exigía un proyecto), la tradición queda efectuada, desde luego, sin esperar a que efectivamente el tradente ponga la cosa donde se obligó. Puede notarse que en este caso hay una especie de tradición por el solo contrato, convenida que sea la cláusula en que se encarga el tradente, cláusula que se podrá acordar en el mismo título (venta u otro), quedando desde entonces el tradente con la cosa como mero tenedor, en calidad de mandatario. En el fondo, la situación es similar a la contemplada en el Nº 5 siguiente.

5º. “Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no traslativo de dominio” (Nº 5, primera parte).

Es la llamada tradición por “breve mano” (*brevi manu*; no se alcanza a percibir). Se ha concebido esta forma para evitar un movimiento material, pues normalmente en estas situaciones el arrendatario u otro tenedor debería restituir la cosa al dueño y luego éste nuevamente entregársela, ahora en tradición. Se entiende que la tradición aquí está representada por la entrega que antes se efectuó por el dueño al mero tenedor, cumpliendo el contrato de arrendamiento (u otro). Esta construcción evita reconocer que simplemente se está en presencia de una transferencia de dominio por el solo contrato.

6º. “...y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.” (Nº 5, 2ª parte).

Esta forma, inversa de la anterior, es la denominada “constituto posesorio” (*constitutum possessorium*). Como en la situación precedente, se evita con esta forma una doble entrega, en que el tradente primero entregara la cosa que transfiere y luego el adquirente se la entregara a su vez, ahora cumpliendo el contrato de arrendamiento u otro que celebren. Asimismo, vale también la observación del número anterior, de que, al menos prácticamente, se está en presencia de una transferencia de dominio “por el mero contrato”.

A las formas de tradición precedentes deben agregarse otras diseminadas en la legislación, para ciertos objetos en ciertas circunstancias; pueden mencionarse las contenidas en el C. de C. (arts. 148 y 149), en la ley sobre almacenes generales de depósito (art. 6º), etc. Además, hay ciertos bienes muebles cuya forma de tradición es discutida, como las naves y las aeronaves (para vehículos motorizados terrestres, v. infra, Nº 148).

119. Principio. Examinadas las diferentes formas de tradición ficta puede percibirse la idea constante de que en virtud de ellas el adquirente queda en la *posibilidad de disponer* inmediatamente de la cosa tradida. Aun en el caso de que quede materialmente en poder del tradente, como en el constituto posesorio, debe recordarse que éste queda sólo como mero tenedor, y si el adquirente no puede aún disponer de la cosa materialmente, jurídicamente dispuso, en el acto mismo, al aceptar que quedara la cosa en poder del tradente, por un acto voluntario suyo.

119 bis. Prueba. Considerando la importancia que tiene, en un caso concreto, demostrar que se efectuó la tradición de cierto objeto, y que —como ha podido observarse— este hecho no exige formas documentadas, conviene dejar constancia

escrita de su realización (por ej., en el mismo título, usualmente compraventa, convendrá agregar que “en este mismo acto se efectúa la tradición de la cosa vendida, mostrándola el vendedor al comprador”).

En todo caso, debe recordarse una conveniente presunción de haberse efectuado la tradición, consignada en las normas de la posesión (art. 702, inc. final).

120. Tradición de muebles por anticipación. El art. 685 establece una regla general para la tradición de esta clase de bienes (inc. 1º). Esta disposición está en relación con el art. 571, pero no hay conflicto entre ellos (como parece desprenderse de un fallo), porque tratan materias diferentes: el art. 571 califica de muebles ciertos bienes, que son llamados muebles por anticipación; en tanto que el art. 685 inc. 1º establece la forma como se efectúa la tradición de estos bienes. El precepto regula una forma de tradición real, al prescribir que la tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos. Para que valga como tradición es necesario que esa separación se efectúe “con permiso del dueño”, pues ahí está, precisamente, la voluntad del tradente.

Se ha discutido si la tradición de estos bienes se puede efectuar por alguna de las formas de tradición fictas del art. 684, además de la forma real que indica el art. 685. Como no se viola claramente ninguna norma, la conveniencia práctica aconseja la afirmativa.

El inc. 2º del art. 685 consigna una regla de acceso a la propiedad ajena, de carácter práctico (un acreedor pretende que se le pague lo que se le debe, pero ha de respetar la propiedad ajena; si el deudor se negare persistentemente, el acreedor tendrá que ejercitar las acciones del título respectivo; si le deben la entrega de esos objetos por un contrato, habrá incumplimiento de lo pactado).

Con lo dicho, la tradición de un bosque (situación frecuente y habitualmente de valor económico importante), se

puede efectuar ya por alguna de las formas del art. 684, ya por la indicada en el art. 685 inc. 1º (puede sí observarse una diferencia: acudiendo al art. 684, un solo acto, por ejemplo la muestra del bosque, efectúa la tradición del conjunto de árboles, en tanto que empleando el art. 685, la tradición se va efectuando por cada árbol, conforme se vayan cortando).

121. Reserva legal de las formas fictas. Se ha discutido si es o no posible que la tradición ficta se pueda efectuar por formas distintas de las señaladas en el art. 684 (aparte, ciertamente, de las situaciones en las que leyes especiales disponen otras formas). Algunos autores no ven inconvenientes, así también se ha resuelto. Otros niegan tal posibilidad; se sostiene que estas formas fictas son creaciones de la ley, siempre excepcionales; y sobre todo porque desde el punto de vista de la posesión, que también se adquiere –y quizás es lo que principalmente se adquiere– con la tradición, el Código dispone que la posesión se adquiere por la aprehensión material o legal (art. 723), y no puede haber aprehensión *legal* donde la ley no la establece; se hacen notar, asimismo, los términos perentorios, limitativos, del art. 684, antes de iniciar la enumeración.

122. Valor comparativo. Se ha discutido el igual o diferente valor que se les ha de atribuir a estas dos posibilidades de efectuar la tradición: real y simbólica. La ausencia de desplazamiento físico de la cosa tradida en la ficta da mayor ocasión para el conflicto. Puede ocurrir que un tradente efectúe una tradición ficta y luego la real, de la misma cosa, a diferentes personas (X vende a Y un mueble, y se acuerda que X lo conservará en su poder como arrendatario; posteriormente lo vende nuevamente a Z y le efectúa su tradición real). Entre nosotros, en principio, el art. 1817 soluciona el problema para la venta; se dispone allí que, en tal situación, el comprador que pri-

mero haya entrado en posesión de la cosa será preferido. En el caso propuesto, como la posesión se adquiere al cambiar el ánimo, aun con la tradición ficta, habría que concluir que Y, el primer adquirente, es el preferido, teniendo el segundo sólo una acción de indemnización. Pero sólo decimos que en principio se soluciona el problema porque en la doctrina se ha discutido arduamente el punto de si en caso de conflicto entre ambas formas de tradición tienen las dos igual valor. Con nuestro art. 1817 se sostiene que, como el precepto no distingue, ha de preferirse al primero, aun cuando la tradición que se le haya efectuado haya sido la ficta, lo que implica asignar a ambas igual valor (podría estimarse que en la colisión debe atribuirse mayor valor a la tradición real, particularmente por un principio protector del tercero: la tradición ficta, al efectuarse por actos representativos, entrega de las llaves por ejemplo, no da noticia a los terceros del cambio de situación de la cosa; ello es más evidente en la situación del N° 5 del art. 684, en que el cambio de posesión de la cosa al adquirente se efectúa tan sólo por un cambio de ánimo; esa publicidad sólo aparece en la tradición real, en que los terceros pueden darse cuenta de la mutación ocurrida; así, el segundo adquirente, que respecto de la primera adquisición era un tercero, no estaba en condiciones de saber que ya compraba cosa ajena y, protegiéndole, habría de concederse más valor a esta tradición real). Por último, debe notarse que entre nosotros el problema puede presentarse con más dudas en contratos distintos de la compraventa, en que no se dispone del citado art. 1817.

123. B) Tradición de derechos reales sobre inmuebles. Según es norma en la organización de la propiedad territorial en los tiempos modernos, con la dictación del Código se estableció entre nosotros un sistema de transferencia para los derechos sobre inmuebles, en base a un Registro. El art. 686 del Código dispone:

“Se efectuará la tradición del dominio de los Bienes Raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en Bienes Raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca.

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería”.

Relacionando esta disposición con otros textos vigentes, puede concluirse que la tradición del dominio y otros derechos reales sobre inmuebles se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces (art. 686), con excepción de la tradición del derecho real de servidumbre, que se efectúa en la forma prescrita en el art. 698 (salvo el caso de la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos, en el que se vuelve a la regla del art. 686, efectuándose por inscripción en el Registro del Conservador). En cuanto a la tradición del derecho real de herencia, entre nosotros la forma de efectuarla es discutida (según se tratará más adelante; v. infra, N° 152).

Como resumen anticipado y considerando diversas disposiciones del Código y leyes especiales, la *inscripción*, en nuestro Registro inmobiliario, cumple las siguientes funciones:

- a) Constituye *tradición* del dominio y de otros derechos reales sobre inmuebles.
- b) Conformar la *historia* de las mutaciones (o cambios), gravámenes y restricciones en la titularidad real de los inmuebles.
- c) Confiere *publicidad* a esas mutaciones (o cambios), gravámenes y restricciones de titularidad (y aun a ciertos cambios en el estado de ciertas personas, como en la inscripción de las interdicciones).
- d) Discutiblemente, constituye *requisito, prueba y garantía de posesión* de inmuebles.
- e) Discutiblemente, constituye *solemnidad* de ciertos actos o contratos sobre

inmuebles (del usufructo sobre inmuebles por acto entre vivos, art. 767; del uso sobre inmuebles, art. 812; del fideicomiso sobre inmuebles, por acto entre vivos o por testamento, art. 735; del censo, art. 2027; de la hipoteca, arts. 2409 y 2410; de la donación irrevocable de inmuebles, art. 1400).

124. El Registro. Descripción teórica (la naturaleza de la función registral). Encontrándose la propiedad inmueble nacional incluida en un sistema registral, se consignarán algunos antecedentes básicos sobre las distintas alternativas que se han elaborado para estructurar un Registro de propiedad raíz, se mencionarán algunos sistemas de los más difundidos y luego se describirá el Registro chileno, en su organización y en su funcionamiento.

En el Derecho romano, y aun en el antiguo Derecho español (vigente en Chile antes del Código), la tradición del dominio de los inmuebles se efectuaba, como es la regla general, por alguna de las formas simbólicas que antes han sido descritas (pero antecedentes registrales existen desde antiguo).

Un Registro puede implantarse para variadas *categorías de objetos*; de hecho, existen para bienes tan diversos como las aguas, los vehículos motorizados terrestres, las naves, las aeronaves, y hasta para actos sin referencia a cosas materiales, como el de la propiedad intelectual o ciertos actos mercantiles. Pero ha sido el de inmuebles el de mayor presencia y trayectoria (el próximo relato teórico está dirigido al Registro inmobiliario, sin perjuicio de que puede ser aplicable al registro de otros bienes).

La importancia del tema y la complejidad que ha llegado a presentar la organización del Registro con sus consecuencias jurídicas han tendido a configurar, referido a la propiedad raíz, una verdadera disciplina que aun no parece ser reconocida, manteniéndose como un capítulo, bien identificable, dentro del campo de los derechos reales. Con diversas denominaciones, parece predominar la de "Derecho registral inmobiliario".

Podemos entender por Derecho registral inmobiliario el conjunto de principios y normas que regulan la organización y funcionamiento del Registro, la determinación de los objetos y actos inscribibles y la forma y efectos de la inscripción.

Se conjugan, pues, temas orgánicos (el funcionario y sus atribuciones), sustantivos (determinación de objetos, actos y derechos inscribibles y efectos de la inscripción) y adjetivos (formas: de acceso al sistema, de las inscripciones, de las impugnaciones).

A este propósito conviene retener la circunstancia de que la solidez económica que siempre ha implicado la propiedad inmueble y, por tanto, la calidad que ostenta la garantía territorial para la difusión del crédito, ha generado la consecuencia de que siempre la hipoteca ha tenido una presencia destacada en la estructuración del Registro. Así, algunas de las características de esa caución han influido en las que se imponen al Registro; por otra parte, la hipoteca llega a conquistar ciertas excepciones respecto de requisitos o efectos que se imponen como generales, para las demás actuaciones (como acontece, por ej., en los sistemas español y suizo); y, en algunos ordenamientos (ámbitos doctrinal y docente incluidos), la materia hipotecaria ha llegado a capturar en su sede a la registral o, al menos, han llegado a anunciarse y examinarse atadas (Derecho registral e hipotecario o hipotecario y registral).

Desde otro punto de vista, conviene destacar que a este capítulo jurídico le importa (al menos en principio), la dinámica de la constitución o adquisición, traspaso, modificación y extinción de los derechos y no, en condición estática, su estructura o contenido, ni las facultades, poderes y deberes que confieren o imponen (aunque es perceptible una recíproca influencia entre ambos planos).

El término Registro es empleado en diversos sentidos: como institución (el Registro), como constancia o asiento (mi

registro), como actividad (yo registro). Institucionalmente, se entiende por Registro el conjunto organizado de instrumentos en que se va dejando constancia de la titularidad de ciertos bienes o derechos y de las mutaciones jurídicas que se van produciendo en o respecto de ellos. Cuando es referido a los bienes inmuebles, se le denomina Registro inmobiliario (de la propiedad inmueble, territorial, raíz, etc.).

El Registro da cuenta de la titularidad del objeto registrado pero, substancialmente, la titularidad se gesta en el negocio que le antecede; de este modo, obedeciendo a ese negocio, el cambio es llevado al Registro, en donde la mutación se asienta (salvo la primera inscripción, en la que no hay una mutación, sino se trata simplemente del ingreso, la incorporación o la llamada “inmatriculación”). Ahora bien, para la facilidad del tráfico, el negocio puede celebrarse en cualquier lugar, pero su registro es *centralizado* en el lugar en donde está ubicado el predio. Aquí, entonces, aparece su primera utilidad: para averiguar la titularidad y, en general, el estado jurídico del predio, ya no se hace necesaria esa búsqueda universal que implica descubrir el negocio, sino basta con acudir al lugar del predio (“lugar” cuyo nombre dependerá de la nomenclatura que se emplee para la sectorización administrativa del territorio en el respectivo país, entre nosotros, la comuna); allí estará el Registro que ha de exhibir el estado jurídico de ese predio (por cierto, en el futuro la computación superará esta característica).

La titularidad (el dominio del predio) es el dato básico, pero habitualmente el Registro es aprovechado para exhibir también otros acontecimientos que contribuyen a conformar el estado jurídico del objeto registrado, que son importantes para evaluar: la seguridad de la titularidad, la libertad de circulación del objeto, y su actual y futuro aprovechamiento material; todo lo cual se traduce, en definitiva, en la actual valoración económica del bien inscrito. Así, se terminan regis-

trando también hipotecas, fideicomisos (o condiciones pendientes), usufructos, usos, servidumbres, embargos, prohibiciones y hasta derechos personales (como arrendamientos).

Por otra parte, al irse practicando los asientos que dejan constancia de las mutaciones, los datos precedentes van quedando superados, pero –como es de suponer– se conservan.

Así, con aquella integración y esta conservación, el Registro puede llegar a erigirse en un retrato jurídico del inmueble: actual, histórico y completo (entre nosotros –como se irá viendo– no del todo).

En otro sentido, versando sobre el suelo del país, el Registro inmobiliario emerge como una institución de *interés público* por referirse al derecho patrimonial fundamental, la propiedad; por su trascendencia económica (que se radica en la seguridad del tráfico inmobiliario y en la recaudación tributaria), y por su relación con la seguridad nacional (considerando que el territorio es el asiento físico de la respectiva nación).

Con lo expuesto ha ido quedando de manifiesto que esta concentración instrumental presta simultáneamente varias utilidades; sin embargo, es la *seguridad* del tráfico inmobiliario, mediante la publicidad de la titularidad y del estado integral del predio, el objetivo fundamental de un Registro predial; comunicando al grupo social (a los llamados “terceros”) esa situación del predio, los potenciales adquirentes se animan a negociar, lográndose fluidez en la circulación inmobiliaria y en el crédito con garantía territorial.

Ahora se está en mejores condiciones de enfrentar el tema (o –tal vez mejor– la controversia) de la *naturaleza de la función registral*. Efectivamente, en la doctrina (extranjera) el punto se ha discutido latamente.

Una posición, al parecer ya abandonada, la acerca a la función jurisdiccional (destacando una vinculación tan estrecha con ella que llega a ser calificada de cuasijudicial). Incluso, se ha estima-

do que se asimilaría a la jurisdicción voluntaria. Otra, destacando la calidad de servicio público de la actividad, la considera una función administrativa. En fin, parece predominar la conclusión de que se trata de una función no asimilable a otras, reconociéndose semejanzas con ambas.

En este intento por determinar la naturaleza de la función estimamos fundamental esta constatación: en el estado jurídico actual –debido en buena medida a las distintas opciones de organización del Registro y a los distintos intereses a los que puede otorgar primacía– existe una vigorosa influencia de la legislación en la estructuración del respectivo sistema; por tanto, la normativa del respectivo ordenamiento es decisiva en el resultado calificatorio. Así, la calificación dependerá, en gran medida, de la posición que se asigne al funcionario respecto de otras instituciones públicas; de las facultades que, en extensión y profundidad, se atribuyan al funcionario para calificar previamente la procedencia de la inscripción; de la naturaleza constitutiva o declarativa que se asigne a la inscripción; del objeto inmediato inscribible (si se inscriben actos o contratos o sólo la mutación real). Entonces, *en cada ordenamiento* se llegará a una particular calificación de la función registral con el conjunto de elementos incidentes (en este sentido, con los caracteres del sistema nacional que se irán describiendo, luego se podrá emitir una conclusión propia para el Derecho chileno).

125. La institución del Registro se configura principalmente con un órgano y una función (el funcionario y su actuación de confeccionar la constancia o asiento registral). Con aportes de la doctrina y las experiencias del funcionamiento de registros en la práctica, se han ido diseñando alternativas en varias *características* entre las cuales se puede optar para la construcción de un Registro Territorial, y se han propuesto ciertos *principios* que, asimismo, pueden o no ser acogidos (o acogidos en algún grado). Y escrutando

con ellos uno determinado, se lo puede describir ordenadamente.

Entre las características (alternativas) se destacan las siguientes:

a) *Registro personal o Registro, real.* En la organización de un Registro, esta es una disyuntiva fundamental.

Registro personal es el que se organiza en base al nombre de las personas a quienes afectan las constancias que se asientan en él. En este sistema, esas constancias generalmente se van estampando cronológicamente, según se vayan solicitando por los interesados; se agrega el importante complemento de los Índices para reconstituir la historia de un inmueble, que se confeccionan en base a los nombres de los interesados ordenados alfabéticamente, cerrados por períodos de tiempo (anuales, semestrales, etc.).

Registro real es el que se organiza en base a los predios, que se individualizan con un número de orden u otro signo y algunos otros datos materiales del inmueble, en una carátula inicial; a continuación, formando un cuerpo individual (folio o carpeta) para cada predio, se van agregando las constancias de las mutaciones jurídicas que van teniendo lugar en el bien. Un catastro o plano por regiones del país, y un plano o croquis para cada predio son de evidente utilidad en un Registro y pueden establecerse como complemento ya del personal, ya del real (pero, sobre todo, el plano por predios es más factible establecerlo en el real; de hecho, en éste habitualmente está presente). Desde luego, puede observarse que en esta forma organizativa las aspiraciones de seguridad y sobre todo de rapidez tienen mejores posibilidades de ser logradas.

b) *Inscripciones o transcripciones.* Las constancias a que se ha hecho referencia provienen de títulos en que están contenidos los actos o contratos celebrados por los particulares relativos a la propiedad registrable, y son esos títulos los que se presentan o exhiben al funcionario correspondiente. Ahora bien, esas constancias pueden consistir en “inscripciones”,

esto es, extractos o resúmenes de los títulos exhibidos, o en “transcripciones”, es decir, copia íntegra (fotocopia) de dichos títulos.

c) *Inscripción constitutiva o declarativa*. Es constitutiva si es ella la actuación que efectivamente produce la mutación real; es declarativa si sólo deja constancia de (o publica) una mutación ya producida fuera del Registro.

Entre los *principios* más difundidos pueden mencionarse:

a) La publicidad. Los registros y demás instrumentos del sistema son de libre acceso a los usuarios y el funcionario debe extender las certificaciones que se le soliciten.

b) La rogación. El funcionario sólo actúa en virtud de petición de los usuarios (no de oficio).

c) La legalidad. Se confieren al funcionario atribuciones de control preventivo sobre: 1º la existencia y estado jurídico del derecho inscribible (con determinación de la validez y eficacia de los títulos –actos– que constituyen los antecedentes jurídicos para la inscripción), y 2º la congruencia entre la descripción del predio en el título y los caracteres que presenta en la realidad.

d) La prioridad. Los conflictos de titularidad son dirimidos por el orden en que se ha acudido a requerir la actividad registral (para lo cual se ha de dejar constancia del instante en que se presenta la respectiva solicitud) (primero en el tiempo, primero en el derecho).

e) El tracto sucesivo. Las inscripciones relativas a un predio van vinculadas entre sí, en términos que, salvo la primera, cada una deriva de la anterior (y es el sustento de la siguiente).

f) La legitimación registral. Es la seguridad, eventualmente con garantía del Estado, de que el derecho incorporado al Registro efectivamente existe y con los caracteres de que da cuenta la inscripción; implica, pues, una presunción de exactitud de la constancia registral (aquí se centra el grado de invulnerabilidad que se decida infundir a la inscripción).

g) La fe pública registral (derivada de la legitimación). En su virtud aquellos datos, tal como aparecen constantes en el Registro, se tienen por verdaderos respecto de los terceros, de modo que cuando contratan fiándose de ellos, los terceros son amparados no obstante cualquier inexactitud que posteriormente sea detectada (para ellos surge la inoponibilidad de lo no inscrito, de lo no “publicado”).

Las dos últimas están indisolublemente vinculadas (al punto que suelen tratarse como dos facetas del concepto de seguridad registral); la primera es aducida por el titular inscrito ante un supuesto titular extrarregistral (real o material), y la segunda por el tercero que adquiere del titular inscrito, ante cualquiera que le dispute su derecho por defectos del de su antecesor (frecuentemente se introducen excepciones, en las que el asiento registral es desobedecido, por falsificaciones u otras circunstancias extremas). Puede verse que en la confección de un sistema, ambas están a su vez vinculadas con la legalidad y, por otra parte, en su aplicación los tres son conceptos graduables.

Para el preciso objetivo de conferir un alto grado de *seguridad* (mediante la legitimación y la fe pública) hay dos destacados dispositivos que pueden emplearse y que suelen actuar combinados: el control preventivo y la abstracción; el primero de naturaleza eminentemente registral y la segunda más bien de Derecho substantivo (y que, por lo mismo, suele examinarse en el tema de los modos de adquirir).

a) *El control preventivo* está integrado por un conjunto de precauciones para el ingreso de un derecho al Registro y luego para sus sucesivos traspasos (y que conforman la llamada legalidad). Al incorporarse por primera vez un inmueble al sistema (en la denominada “inmatriculación”) ha de procederse a un riguroso examen de sus antecedentes jurídicos que demuestren su pertenencia y estado actual del derecho (con especial pronunciamiento sobre la *validez y eficacia* de los actos, por substancia y forma, y con relación a derechos reales limitados a favor

de otros), y de la *congruencia* entre la descripción del predio en el título y sus reales características físicas (especialmente de su superficie, deslindes y contorno). Para este último objetivo se requiere de la organización de un catastro comarcal y un plano por cada predio. Las transferencias o gravámenes futuros (que con aquel control inicial se irán registrando más expeditamente), se rodearán también de precauciones que sigan asegurando el carácter indubitable del sistema. Este control puede entregarse en una primera instancia al funcionario, con recurso a un superior jerárquico nacional, o al juez (ordinario).

b) *La abstracción causal* consiste aquí (porque tiene otras diversas aplicaciones) en abstraer (separar, desplazar) la inscripción de su título justificante; es decir, imponer la inscripción (o el acto de pedirla al funcionario) como acto abstracto, desvinculado del título, impidiendo así que las vicisitudes del título repercutan en la inscripción (por ej., si el contrato en base al cual se registró un predio a nombre de un nuevo adquirente resulta nulo o resuelto, se determina que esa nulidad o resolución no llegue a alterar la situación en el Registro), o la altere sólo mientras el objeto transferido permanezca en poder del adquirente, pero no si ha sido transferido a un tercero en ciertas situaciones de buena fe que haya adquirido a título oneroso (que es lo que preferimos, como se dirá más adelante) (v. también supra, N° 104 bis, sobre la tradición causada y abstracta).

Por otra parte, la invulnerabilidad de los asientos registrales puede llegar a ocasionar perjuicios a titulares que, por variadas circunstancias (por ej., por un mandato aparente) ven perdidos sus derechos; entonces se impone la indemnización (en dinero) al perjudicado (evitándose enriquecimientos injustificados); pero lo ya registrado se mantiene (salvo situaciones extremas, principalmente debido a falsificaciones).

Puede percibirse que un alto grado de seguridad registral constituye una ca-

racterística cuya implantación puede resultar compleja y costosa, y más intensas se tornan estas dificultades en un cambio profundo desde un sistema de baja seguridad que ya tiene cubierta la generalidad de un territorio (como ocurriría entre nosotros, según se irá apreciando); pero es de gran utilidad para un país, al dar seguridad y certeza a los derechos sobre inmuebles (evitando litigios estériles), facilitando y agilizando su negociación y desarrollando el crédito con garantía territorial. En definitiva, es con una intensa seguridad como un Registro se acerca más a cumplir las finalidades que justifican su instauración.

En los últimos tiempos han alcanzado especial renombre dos sistemas registrales que parecen estar funcionando, por varias décadas, con aparente éxito: el llamado sistema prusiano o alemán (vigente en Alemania en sus características actuales desde 1936 y adoptado por varios países como Austria, Hungría, Suecia, Noruega) y el sistema denominado del Acta Torrens (en honor de su mentor, Robert Torrens, vigente en Australia desde 1858, con algunas enmiendas posteriores, adoptado también, con modificaciones, en otros países de Oceanía, Inglaterra, Dinamarca, Canadá, varios Estados de Estados Unidos de N.A., República Dominicana). Estos sistemas se organizan básicamente por predios (son registros de folio real) y la inscripción tiene un alto grado de invulnerabilidad; en todo caso, no han estado exentos de críticas (algunos de los caracteres descritos, especialmente el folio real, han sido recomendados en varios Congresos Internacionales de Derecho Registral).

126. El sistema registral chileno. El Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Las normas legales fundamentales sobre la materia están contenidas en los arts. 686 y sgts. del CC. y, en virtud de lo prescrito en el art. 695, en un cuerpo reglamentario, conocido como Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Es un DFL. dictado por mandato del art. 695

(así se ha resuelto). El texto original ha sufrido modificaciones por leyes posteriores, una de las cuales se refiere a una especial organización del Conservador de Bienes Raíces de Santiago. Además, se han dictado numerosos textos legales que establecen normas registrales especiales para inmuebles que se encuentran en situación registralmente irregular; se trata de leyes denominadas “de saneamiento de títulos”, a las que se hará referencia más adelante (infra, N° 143). Por último, leyes especiales han encomendado al Conservador otras funciones aparte de las originarias, para llevar el registro de actos relativos a otros bienes que los inmuebles, que también se mencionarán luego (infra, N° 148).

127. La organización y el funcionamiento del Registro están consignados en el Reglamento y en el COT. (arts. 446 y sgts.).

a) Funciona como una oficina en cada comuna o agrupación de comunas que constituya el territorio jurisdiccional de juzgado de letras, a cargo de un funcionario denominado Conservador de Bienes Raíces, calificado de Auxiliar de la Administración de Justicia y considerado ministro de fe pública (arts. 446 y sgts. del COT.) (en Santiago, el oficio está a cargo de tres funcionarios). En muchas comunas el Notario, o uno de los varios, es al mismo tiempo el Conservador.

b) Los libros fundamentales que allí se llevan son el Repertorio, el Registro y el Índice General. Pero es el Registro el centro del sistema; los otros dos constituyen sus (importantes) complementos. Es anual. Creado originariamente para los inmuebles, leyes posteriores han entregado al Conservador el mantenimiento de otros Registros para ciertos bienes o actos, como el de comercio, el de prenda agraria, el de prenda industrial, el de prenda de cosa mueble vendida a plazo.

El Repertorio (arts. 21 y sgts.) es el libro de ingreso de la oficina; en él se deben *anotar* todos los títulos que se presenten al Conservador, por orden cronológico de

llegada, cualquiera que sea su naturaleza (arts. 21 y 27); es también anual (arts. 30 y 38). La anotación debe contener ciertos datos (que menciona el art. 24).

El Registro, considerada la expresión como cuerpo del sistema, está integrado por tres Registros particulares: el Registro de Propiedad, el Registro de Hipotecas y Gravámenes y el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar (art. 31); todos son anuales (art. 36).

“Se inscribirán en el primero las traslaciones de dominio (o sea, las transferencias, transmisiones y adquisiciones por prescripción).

En el segundo, las hipotecas, los censos, los derechos de usufructo, uso y habitación, los fideicomisos, las servidumbres y otros gravámenes semejantes.

En el tercero, las interdicciones y prohibiciones de enajenar e impedimentos relacionados en el artículo 53, número 32” (art. 32).

“En cada uno de los mencionados Registros se inscribirán también las respectivas cancelaciones, subinscripciones y demás concernientes a las inscripciones hechas en ellos” (art. 33).

Estos Registros parciales tienen fijadas sus características materiales (arts. 34 y sgts.).

Se ha resuelto que la inscripción practicada en un Registro que no corresponde, es nula absolutamente (sobre la procedencia de esta nulidad con el complemento de absoluta, se volverá más adelante, infra, N° 141).

Cada Registro parcial contiene un *índice* por orden alfabético con los nombres de los otorgantes (art. 41); este índice es de especial importancia práctica para la ubicación de las inscripciones y contribuye a caracterizar el Registro, como luego se dirá. Además, “en un *apéndice* de este índice se inventariarán los documentos agregados al fin de cada Registro” (art. 42).

El Índice General, junto con los índices de cada Registro parcial, permite el funcionamiento del sistema en cuanto mediante ellos se ubican las inscripciones (a

través de sus titulares) y se puede reconstruir la historia de los inmuebles partiendo de algunos datos elementales. Se construye por orden alfabético de los otorgantes, y “se formará a medida que se vayan haciendo las inscripciones en los tres Registros. En él se abrirán las mismas partidas que en el índice particular” (art. 43). Es igualmente anual (art. 45). Tiene caracteres materiales también regulados (en el art. 46, en relación con los arts. 22 y 23).

Las menciones que contienen los índices están determinadas (en el art. 44).

c) El Registro es público, y el Conservador está obligado a dar las copias y certificados que se le soliciten (arts. 49, 50 y 51). Uno es el que deja constancia de haberse inscrito el título en el Registro; se stampa en la copia del título que se presentó al Conservador para la inscripción, copia que el Conservador devuelve al interesado, ahora con esa certificación al final (arts. 85 y 86). Son también frecuentes los denominados *certificados*: de “dominio vigente”, en que el Conservador deja constancia de que cierta inscripción de dominio, a nombre de cierto titular, está actualmente (a la fecha del certificado) vigente; de “gravámenes”, en que consta la existencia o inexistencia de cargas (por ej., hipotecas, usufructos), y de “prohibiciones”, en que consta la existencia o inexistencia de impedimentos al libre ejercicio del derecho de enajenar cierto inmueble (por ej., embargos). Puede agregarse el “certificado de repertorio”, que se mencionará luego (infra, N° 132).

Frecuentemente se piden todos y el Conservador los emite en un solo instrumento.

El examen del Registro y, por tanto, las certificaciones, se retrotraen en el tiempo hasta el lapso de la prescripción extraordinaria, que consolida la situación registrada, sin que pueda ser removida por posibles defectos anteriores.

Como el Registro es público, esos certificados pueden evitarse, y el interesado en adquirir el dominio u otro derecho real puede examinar personalmente los

libros (y, en cierto sentido, podría ser lo más seguro y actual). Pero, aparte de la comodidad y de la pericia en la búsqueda, los certificados emitidos por el Conservador deslindan responsabilidad. Si el asesor del interesado examina y comete error, él le responderá. Si se pide el certificado y contiene un error, la responsabilidad es del funcionario.

Conviene precisar esta última conclusión. Qué ocurre si el certificado resulta erróneo; por ej., dice que el predio no tiene hipoteca, y en el Registro existe una. Es claro que el Registro mantiene sus efectos. Los asientos en el Registro tienen validez y eficacia con independencia de las certificaciones que respecto a ellos emita el Conservador. En tal caso, al perjudicado sólo le quedaría el recurso de perseguir la responsabilidad del funcionario, intentando indemnización.

Así, pues, en la práctica estos certificados constituyen elementos indispensables para una negociación sobre inmuebles. En ellos está la formal comunicación al interesado en adquirir el dominio u otro derecho real, sobre el estado jurídico del inmueble. Y por lo mismo son habitualmente exigidos para el estudio de los títulos, previo al negocio (sobre este último punto, v. infra, N°s 215 y sgts.).

d) En cuanto a la responsabilidad del Conservador, está determinada básicamente por las atribuciones de control que le confiere el Reglamento; éstas emergen de las causales por las cuales debe negarse a inscribir, contenidas en los arts. 13 y 14, que se examinarán pronto (en infra, N° 133). Como se verá al tratarlas, conforme a esas causales sus atribuciones de control de la validez y eficacia de los títulos no son muy amplias; y en cuanto a la correspondencia entre la descripción del predio en el título y sus reales características, simplemente carece de poder controlador. Por lo mismo, él no garantiza ni esta congruencia entre el título y los caracteres materiales de los predios, ni la calidad de auténtico propietario que puede tener quien aparece como dueño en la inscripción (salvo en cuanto esté obli-

gado a negarse a inscribir, conforme a los preceptos citados). Esta característica es fundamental en la organización de nuestro sistema registral y asimismo básica para su calificación (v. además infra, N° 133).

Entonces, su responsabilidad funcionaria se configura en el conjunto normativo que regula sus funciones, atribuciones y disciplina. Básicamente, esas normas son: el Reglamento (con especial influencia de los arts. 13 y 14, y 96 a 98), y el COT. (arts. 446 y sgts. más las normas de los Notarios, en lo que les fueren aplicables, conforme al art. 452, y 530 y sgts.); y en cuanto a indemnización por daños causados a particulares en el desempeño de sus funciones, deben añadirse las reglas de los arts. 2314 y sgts. del CC. La responsabilidad penal se rige por las normas del Código del ramo, especialmente las relativas a delitos cometidos por funcionarios en el desempeño de sus cargos.

e) En cuanto a la remuneración, no percibe sueldo fiscal sino derechos arancelarios que cobra a los interesados en las diligencias que allí se efectúan (con ellos paga igualmente a los empleados que le colaboran).

128. Títulos que deben inscribirse y títulos que pueden inscribirse

a) El art. 52 del Regl. enumera los títulos que *deben* inscribirse en el Registro.

– Primero se refiere a la “traslación” del dominio y otros derechos reales y luego a la “constitución” de los mismos derechos. Entre los títulos “traslaticios” el texto incluye el referente al derecho de uso y habitación, pero es un derecho personalísimo y, por tanto, intransferible e intransmisible (conforme al art. 819).

– En cuanto a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva, deben considerarse los arts. 689 y 2513.

– La “constitución” del fideicomiso sobre inmuebles está mencionada, pero no la “transferencia”; es porque está incluida en la primera parte del N° 1 (la propiedad fiduciaria, como toda propie-

dad, es transferible y, si afecta a inmuebles, debe inscribirse).

– Sobre el supuesto de que el derecho al que se renuncia está inscrito, la renuncia debe inscribirse (no basta –como pudiera estimarse– una mera subinscripción).

– La disposición debe complementar-se con varias del Código, que regulan las instituciones a que se refiere ese precepto. Además, distintos textos legales han dispuesto también la obligación de inscribir otros títulos (como los relativos a la sucesión por causa de muerte, señalados en los arts. 55 del propio Regl. y 688 del Código, sobre los que se volverá más adelante; el que indica la ley 6.977 para adquisición de la servidumbre del alcantarillado en predios urbanos; el dispuesto en la Ley de Quiebras, art. 52 N° 8 en relación con el art. 72, aunque es sólo para la oponibilidad de la resolución que declara la quiebra; el del decreto que declara a una población en situación irregular, conforme a la ley 16.741 sobre Poblaciones en situación irregular, art. 4°; el de la ley 7.600 sobre indivisión e inembargabilidad del hogar obrero, arts. 68 y 70; el de la resolución que confiere título saneado de un inmueble, conforme al DL. 2.695 sobre saneamiento de títulos de la pequeña propiedad raíz).

– En cada una de las situaciones contempladas en el art. 52 y en los demás textos citados, la inscripción cumple una determinada función (o una principal); y en algunas, debido al contenido de los textos respectivos, se discute el rol de dicha inscripción. Como sea, la consecuencia por la falta de inscripción dependerá del rol que en cada situación le corresponda desempeñar. Y cuando se examina cada una de las instituciones a que se refiere el art. 52 se aborda el punto de la función que corresponde a la inscripción (por ej., cuando se analiza la institución de la hipoteca, se examina el rol de la inscripción hipotecaria y la consecuencia de su omisión, etc.).

b) El art. 53 menciona los títulos que *pueden* inscribirse.

– El N° 1 se refiere a la inscripción de la “condición”; debe entenderse que lo que se presentará al Registro es el título en el que la condición consta.

– El N° 2 se refiere a gravámenes distintos de los mencionados en el art. 52; salvo las servidumbres, los mencionados allí son los reales, por lo que aquí quedan incluidos los gravámenes personales. Los textos no proporcionan un concepto de “gravamen”, por lo que queda indefinido el alcance del precepto y, por tanto, puede surgir duda acerca de si cierto título (que impone alguna obligación respecto a un inmueble) está incluido aquí o no. Para estos efectos (de comprensión de la regla) podemos entender por gravamen inmueble no real (personal) toda obligación que se imponga a una persona cuya prestación signifique un menoscabo de un inmueble suyo o restricción a su derecho de dominio. Pueden mencionarse, como ejemplos de éstos a que se refiere la norma, la anticresis (arts. 2435 y 2438); también un derecho de caza o de pesca en cierto predio. Ha sido discutida la calificación del arriendo como gravamen; y más bien negada por considerarse que el arrendador obtiene en contrapartida la renta, de modo que lejos de constituir para él un gravamen puede constituir un beneficio o, al menos, un conmutativo negocio (pero la circunstancia de que tenga contrapartida no destruye la calificación de gravamen para él; un concepto es el gravamen y otro el título –gratuito u oneroso– al que se constituye). En todo caso, para estos efectos de la inscripción no surge problema, porque fue expresamente mencionado (N° 2, parte final).

– En cuanto a las servidumbres (como se dirá al examinarlas) el Regl. y el Código adoptaron la muy inconveniente decisión de disponer su tradición por escritura pública (no por inscripción), dejando al título como de los que pueden inscribirse.

– El precepto también debe complementarse con varios del Código que regulan las instituciones respectivas. Asimismo,

otros textos legales permiten la inscripción de ciertos actos (como el del art. 2438; el del art. 22 de la ley de la Caja de Crédito Hipotecario). En estas situaciones la utilidad de la inscripción debe encontrarse asimismo examinando los textos que regulan las correspondientes instituciones. Así, en el título de las obligaciones condicionales se encontrará la utilidad de la inscripción de la condición (art. 1491); en el título del arrendamiento, la de la inscripción del arriendo (art. 1962), etc.

El N° 3 del art. 53 merece una referencia especial con relación a las prohibiciones judiciales; el CPC. ha dispuesto que ciertas medidas, prohibiciones de celebrar actos y contratos y embargo, cuando recaen sobre inmuebles no producen efecto respecto de terceros si no se inscriben (arts. 296, 297 y 453; y debe recordarse que se ha entendido que la expresión embargo tiene un alcance amplio, comprensivo también de otras medidas judiciales que limiten la disposición del objeto por el propietario, como el secuestro, etc.).

En cuanto a las prohibiciones convencionales, el punto de su validez y de su eficacia respecto de terceros ya ha sido tratado (supra, N° 61). Si la estipulación recae sobre inmuebles, puede inscribirse (art. 53 N° 3 del Regl.). Esta circunstancia no es decisiva en la controversia sobre su validez (aunque es empleada como argumento), pero –supuesta su validez– influye en su eficacia respecto de terceros, según ya se ha dicho (por el art. 1491).

Inscrita la prohibición (convencional) de enajenar, se ha discutido la actitud que debe adoptar el Conservador cuando el obligado a no enajenar –infringiendo su obligación– enajena, y se pide al funcionario que inscriba ese título (para efectuar así la tradición). ¿Debe negarse o debe inscribir? Está discutido.

Se ha sostenido que debe negarse, en base al art. 13 del Regl., porque sería un caso en que la inscripción es “legalmente inadmisibles”. Se configura –se ha dicho– un “impedimento de registro”: al existir una prohibición de enajenar inscrita, vi-

gente, la coherencia del Registro conduce a considerar legalmente inadmisibles un título que contradice aquella inscripción. Y ese impedimento registral –se agrega– es independiente de la suerte que en términos substantivos, civiles, tenga la estipulación.

Pero también puede sostenerse que el Conservador debe inscribir la enajenación. En primer término, debe recordarse que la validez de una tal estipulación es discutida (v. supra, N° 61). Luego, si se admite, ella genera una obligación de no hacer, de modo que la enajenación no importa sino una infracción de esa obligación, que el Conservador no es el llamado a controlar o juzgar; a este respecto, se tiene en cuenta que el principio general en Chile es que el Conservador debe inscribir los títulos que se le presenten (siendo auténticos y relativos a inmuebles), salvo limitadas excepciones que deben interpretarse restrictivamente, de manera que es escasa la “legalidad” registral. Por último, el art. 13 se refiere a las inscripciones que por ley son inadmisibles, no por acuerdo entre particulares, de modo que para fundar la negativa debería precisarse el precepto legal que declara inadmisibles las inscripciones.

La jurisprudencia parece inclinarse por esta segunda alternativa (v. además infra, N° 133).

Finalmente, conviene una aclaración sobre el enunciado de este tema. La expresión “títulos que deben inscribirse” debe entenderse no como una orden a los involucrados en el título o al funcionario, sino como una exigencia para un efecto; es decir, los interesados siempre son libres para pedir o no la inscripción; pero si quieren lograr el *efecto jurídico fundamental previsto en el título*, han de inscribir (por ej., si se trata de una compraventa de inmueble, y quieren ver efectivamente trasladado el dominio como lo han convenido en el título, deben inscribir). Por su parte, la expresión “títulos que pueden inscribirse” está referida a títulos cuyo efecto fundamental no está sometido a inscripción, pero respecto de los cuales, en lugar de prohibirse la inscripción, se permite,

derivando con ella consecuencias secundarias al efecto fundamental del contrato; entre ellas, la oponibilidad a los terceros en virtud de la publicidad que emerge al registrarse el acto.

128 bis. Del modo de proceder a las inscripciones, de sus forma y solemnidad. Estas materias están reguladas principalmente en los Tít. VI y VII del Regl. (arts. 54 y sgts.).

129. Comuna (o agrupación) en que debe practicarse. Es aquella de la ubicación del predio (arts. 54 del Regl. y 687 del CC.). Si se practica en una comuna (o agrupación) que no corresponde, ella será inútil, teniendo aplicación el art. 696 del CC. (ya se dijo –supra, N° 127– que si es practicada en un Registro que no corresponde, se ha resuelto que es nula absolutamente).

Se ha discutido la situación en que, perteneciendo el inmueble a dos o más comunas (o agrupaciones de comunas), se omite la inscripción en una de ellas. Se ha sostenido que debe tenerse por inscrito en la parte o porción respectiva. La jurisprudencia se ha inclinado por la ineficacia de esta inscripción y tiene todo el predio por no inscrito. En cambio, si el título es relativo a dos o más inmuebles, inscrito en una comuna (o agrupación) esa inscripción es perfecta aunque la inscripción para el otro inmueble en su comuna (o agrupación) no se efectúe o quede defectuosa.

Hay normas también para la inscripción de los decretos de interdicción y prohibición (arts. 56 y 59).

130. Quién puede requerir la inscripción. Necesidad de la petición. Las normas básicas son los arts. 60 y 61 (v. además infra, N° 137).

El Regl. no contiene una regla general que expresamente disponga que la inscripción debe ser pedida, sin que el funcionario pueda actuar de oficio (es la llamada “rogación”); pero de diversas disposiciones se desprende así (o ellas par-

ten de ese supuesto); por ej., de los arts. 12, 15, 21, 24, 25, 27, 51, 57, 58, 60, 61, 65 a 69, 74, 78, 79, 81, 85. Está facultado para actuar de oficio en rectificaciones de errores, omisiones o cualquiera modificación equivalente (art. 88). Y en las cancelaciones expresamente se le niega la actuación de oficio (art. 92).

131. Categoría de instrumentos con los que se requiere la inscripción. Referencia a las minutas. La inscripción debe ser solicitada exhibiendo copia auténtica del título o del decreto judicial en su caso (arts. 690 del CC. y 57 del Regl.).

Aunque el Regl. no lo dispone expresamente, debe concluirse que se admiten a inscripción sólo instrumentos públicos. Así se concluye: a) por la seguridad que confiere esta categoría de instrumentos, que permite la mínima estabilidad necesaria para que el sistema cumpla su función; b) por varios preceptos del Regl., que lo dan a entender (arts. 13, 57, 62, 65).

Los textos recién citados aluden a instrumentos “auténticos”. Se sabe que el Código emplea este término en dos acepciones: como sinónimo de “público” (art. 1699) y como opuesto a falsificado (art. 17). El contexto de aquellas reglas y, en especial, el tenor del art. 62, inducen a concluir que emplean el adjetivo en el significado de “público”.

El Regl. agrega que “se exhibirán también los demás documentos necesarios, sean públicos o privados” (art. 57). Esta disposición, junto a otras, ha desarrollado el concepto de “minuta”, que conviene comentar. Con base en varios preceptos del Regl., en el lenguaje registral se entiende por “minuta” un instrumento privado, suscrito por los interesados y relativo a inscripciones en el Registro. Aluden a ellas varios textos (los arts. 694 del CC. y 57, 82, 101 del Regl.). Conforme a estos preceptos, su función es suplir designaciones defectuosas o insuficientes de los títulos, con el requisito de estar firmadas por quienes tengan interés en su contenido. Y es el momento de recordar

la regla del art. 82, inc. 1º, por la cual falta absoluta en los títulos de las designaciones legales requiere escritura pública. Pues bien, en la práctica (al parecer ya no actual) se han cometido algunos excesos al procederse a efectuar “inscripciones por minutas”, que han originado perjuicios a terceros, derivándose encañados litigios y demostrándose con ellas, al mismo tiempo, las deficiencias del Registro.

Fundamentalmente, es del título de donde se extraen las menciones que, según cada clase, debe contener la inscripción, con complementos de otros instrumentos, según se ha adelantado recién (v. infra, Nº 137).

Leyes posteriores al Regl. han ido exigiendo otros documentos para ciertas inscripciones; entre éstos, el muy conveniente *plano* (por ej., la ley de copropiedad inmobiliaria, las normas sobre saneamiento de títulos de dominio, las que regulan la subdivisión predial).

También hay normas para la inscripción de instrumentos otorgados en país extranjero (arts. 63 y 64 del Regl.).

132. La anotación en el Repertorio.

Es el asiento o constancia que se deja en este libro, de la presentación y recepción de un título para su inscripción. Esas anotaciones se van efectuando por estricto orden de presentación al Conservador y contienen las menciones indicadas en el art. 24 (arts. 65 y 66). Es, como se ha apuntado, un libro de ingreso.

Ya se ha dicho que el Conservador no examina la legalidad de los títulos, puede sí rehusar inscribir en ciertas situaciones, pero “en ningún caso” dejará de anotar en el Repertorio el título presentado, salvo que el requirente se desista de ella (arts. 15 y 67). Parece sí aceptable el rechazo del Conservador a anotar en el Repertorio si lo presentado no puede ser considerado, ni remotamente, un *título* referente a *inmuebles*, atendida la naturaleza de la institución del Registro.

Si, anotado el título en el Repertorio, el Conservador a continuación se niega a

inscribir, por alguna de las causas por las que puede hacerlo (arts. 13 y 14), el Regl. señala el procedimiento a seguir (arts. 14 inc. final, 25, 18, 19 y 20; v. además infra, N° 133).

La anotación en el Repertorio es presuntiva y caduca a los dos meses desde su fecha si no se convierte en inscripción, lo que tiene importancia cuando el Conservador devuelve el título sin inscribir para que se subsanen defectos (arts. 15 y 16). Convertida en inscripción, ésta surte efectos desde la fecha de la anotación; opera, pues, retroactivamente (art. 17). Se ha resuelto que esa caducidad no se produce a los dos meses, si la imposibilidad de inscribir se debió a una prohibición judicial, de modo quealzada la prohibición se puede efectuar la inscripción aunque hayan transcurrido más de dos meses, surtiendo efectos la inscripción, como siempre, desde la anotación en el Repertorio. Se ha fallado también que subsanados los defectos del título, debe requerirse al Conservador nuevamente para que inscriba, no pudiendo éste proceder de oficio.

Efectuada una anotación en el Repertorio, parece claro que se pueden efectuar otras anotaciones, incompatibles con la primera, relativas al mismo inmueble. Pero, ¿se puede también inscribir antes que caduque la primera anotación? Y si ello es posible, la inscripción proveniente de la segunda anotación, ¿adquiere valor cuando caduca la primera al cabo de los dos meses (parece ser lo más aceptable) o incluso antes, cuando consta que se subsanó el vicio del título primeramente anotado sin que se requiriera la inscripción? Son interrogantes discutidas. Asimismo, se ha discutido si es posible inscribir un título cuando, después de anotado y mientras se subsanaban los defectos, se ha anotado una prohibición judicial. Se ha resuelto que es nula la inscripción efectuada sin previa anotación en el Repertorio, por omitirse un trámite previo y necesario, establecido en consideración a la naturaleza de la inscripción (art. 1682), ello sin perjuicio de las sanciones que correspondan al Conservador.

Por lo mismo, se ha resuelto la nulidad de la inscripción efectuada después de caducada la anotación en el Repertorio. Algunos autores han propuesto la posibilidad de una “renovación” de la anotación; pero no parece aceptable porque el Regl. no contempla una tal diligencia (así parece desprenderse de un fallo).

Cualquier requirente puede solicitar el denominado “certificado de Repertorio” en el que consta la circunstancia de existir o no anotaciones en el Repertorio respecto de un determinado inmueble (art. 69; este certificado tiene importancia por el efecto retroactivo de las inscripciones a la época de la anotación).

133. Obligación de inscribir y causas de negativa. La regla general es que el Conservador está obligado a inscribir los títulos que se le presenten (arts. 12, 13, 14, 25 y 70). Y debe hacerlo sin retardo (arts. 13 y 70).

Excepcionalmente puede negarse, por alguna de las causales señaladas en los arts. 13 y 14.

En caso de negativa, estampará el motivo en el título (art. 14, inc. final), dejando constancia en el Repertorio (art. 25). El perjudicado puede reclamar (arts. 18 y sgts.).

1) En el art. 13 hay sólo una causal –genérica– ilustrada con varios ejemplos. Puede rehusar inscribir “si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles”. Es lamentable que la fórmula sea imprecisa en materia tan importante.

La imprecisión consiste en que no queda definido el alcance del texto en cuanto a la naturaleza –formal o substancial– de los defectos por los cuales el funcionario puede rehusar la inscripción. Está claro que defectos formales del título constituyen fundamento; los ejemplos se refieren a defectos de esta categoría. Pero es dudoso si se refiere sólo a estos o también a substanciales del acto o contrato contenido en el instrumento. Si se busca respuesta a través de los ejemplos, sólo uno es de alcance dudoso sobre su naturaleza (formal o substancial): el pe-

núltimo, “si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente”; y su aclaración va a incidir en el alcance general del precepto. Por una parte, siguiendo la naturaleza de los otros, podría entenderse referido sólo a vicios formales del título que provoquen nulidad y que no estén incluidos en los anteriores; además, en el Regl., como en general en la materia registral, el término “título” se emplea principalmente en el sentido instrumental (formal). Por otra, podría estimarse que se refiere a defectos de toda naturaleza, formales o substanciales del acto, que provoquen nulidad absoluta, ya que la norma no distingue; incluso, recordando que puede postularse que la división entre nulidad absoluta y relativa es sólo aplicable a los actos substantivos y no a los formales (o “formas”) (v. infra, N° 141), puede argumentarse que al referirse el texto a nulidad absoluta, se estaría refiriendo sólo al acto substantivo contenido en el instrumento que se presenta al Registro.

Fallos que se han pronunciado ante reclamos por negativas del Conservador parecen entenderlo en un sentido amplio, comprensivo de ambas categorías de defectos, aunque con mayor inclinación a los defectos formales.

En todo caso, entendido este ejemplo con cualquier significado, amplio o restringido, presenta dos limitaciones: a) conforme al texto, para poder negarse debe tratarse de defecto que conduzca a nulidad y, específicamente, absoluta; b) conforme a diversos fallos que se han pronunciado sobre el sentido de la expresión “visible en el título”, debe tratarse de vicios o defectos que puedan percibirse con el solo examen del título respectivo, sin que sea necesario confrontarlo con otros antecedentes o documentos (este significado es equivalente a la comprensión de la causal por la cual el juez debe declarar de oficio la nulidad absoluta, contemplada en el art. 1683 del CC.).

2) En el art. 14 hay dos causales bien específicas. En todo caso, la segunda es de extrema importancia para el funcionamien-

to del sistema (estrictamente, contiene a la primera). Se trata de objeciones formales (no de la substancia del negocio).

Una apreciación de conjunto permite concluir que las atribuciones de control conferidas al funcionario son limitadas, y constreñidas, principalmente, a las formas de los títulos, en relación con el orden y funcionamiento del Registro (con la eventual excepción del ejemplo –amplio– penúltimo del art. 13, como se ha advertido, y que sería el que vendría a justificar el empleo del adverbio “principalmente” en lugar de “exclusivamente”). Carece de facultades amplias de control sobre la substancia, sobre defectos de los *actos* contenidos en los títulos, restricción que es explicable porque esa es una labor más compleja y que, habitualmente, requiere de debate y prueba, actividades conducentes a un juez (y si bien hay sistemas de alta legalidad que confieren al registrador vigorosas atribuciones de verificación previa, ellas se compadecen con todo el resto de su organización).

El sistema vigente no controla, pues, ni la validez y eficacia de los actos (salvo la excepción ya comentada), ni la correlación entre la descripción del predio consignada en el título y sus reales características; a este último respecto es destacable la falta de exigencia de un plano o croquis de cada predio (salvo en determinadas situaciones, debido a leyes especiales, como se ha dicho; v. supra, N° 131). Por cierto, esta falta de control preventivo implica que se efectúa eventualmente a posteriori y en sede judicial; es decir, implica la eventualidad de litigios posteriores (que de hecho han surgido y numerosos).

Por el primer aspecto, surgen litigios de nulidades (substanciales), resoluciones, revocaciones, etc., de los actos o contratos inscritos, y de nulidades formales (de los títulos, cuyos defectos sortearon el control que pudo efectuarse, y de las inscripciones debido a errores u omisiones que dentro del oficio suelen producirse). *Por el segundo*, surgen controversias de deslindes y cabidas, mediante acciones de demarcación, reivindicación, etc.

Lo trascendente para el sistema es que el resultado positivo de esos litigios *repercute* en el registro; si las acciones de nulidad, resolución, revocación, demarcación, reivindicación, etc., son acogidas, se procede a una alteración en las inscripciones (frecuentemente se cancela la hasta entonces vigente y revive la anterior; o se practica una nueva; o se corrige mediante subinscripción). No hay una norma que expresamente imponga esta repercusión; pero es indiscutible (y no está discutida, salvo en ciertos efectos específicos, que son tratados en Derecho de obligaciones). Es así en virtud de varios preceptos del Código: a) el art. 675, que para la validez de la tradición exige un título y válido; esta norma (ya comentada en el N° 104 bis) es fundamental para la materia porque, siendo la inscripción de dominio de inmuebles la forma de efectuar su tradición (art. 686), al disponer un efecto directo de la suerte del título en la tradición subsecuente (y no imponer excepción relativa al Registro) la nulidad del título provoca la nulidad de la inscripción-tradición; b) el art. 1687, que como efecto de la nulidad entre las partes da el derecho de volver al estado anterior a la celebración del acto; c) el art. 1689, que como efecto de la nulidad respecto de terceros confiere acción reivindicatoria en contra del tercero poseedor; d) el art. 1491 en los efectos de la resolución, etc. Al no disponerse excepción por lo obrado en el Registro (salvo en la resolución), los efectos de las sentencias declarativas destructoras o reformadoras de los títulos llegan hasta él (v. lo dicho sobre la tradición causada en supra, N° 104 bis).

Así, por las normas substantivas de la tradición y de las causales de ineficacia de los títulos, no excepcionadas en el Registro, se concreta la aludida falta de seguridad de los asientos registrales.

133 bis. Plazo para inscribir. El Regl. no trata expresamente los temas desde cuándo y hasta cuándo se puede proceder a la inscripción.

Algunos principios generales pueden enunciarse al respecto.

a) Como la inscripción es consecuencia del título, es éste el que debe examinarse para concluir desde y hasta cuándo procede inscribir.

b) En ese examen, la indagación fundamental tendrá que orientarse a su eficacia al tiempo en que se pretende inscribir. Así, será aceptable la inscripción desde que el título inicie su eficacia y mientras la conserve. Esto en relación a la función o funciones que la inscripción cumple en el caso de que se trate.

Por ejemplo, si se trata de una compraventa de inmueble, se podrá inscribir *desde* que sea exigible la obligación de efectuar la tradición (lo cual ocurre, generalmente, desde que se perfecciona el contrato). Y por eso es que, en este caso, debe relacionarse el punto con lo dicho sobre la tradición (v. supra, N° 112).

Y es aceptable inscribir en cualquier tiempo (ese mismo título compraventa) mientras esa obligación de efectuar la tradición esté vigente (en tanto no se extinga por otros medios). Llegándose a este punto, el tema se vincula al de las facultades que el Conservador tiene para examinar la validez y eficacia de los títulos y, por ende, las atribuciones para negarse a inscribir (que ya se han tratado), y al de la facultad concedida en el título para requerir la inscripción, que se verá pronto (infra, N° 137) (puede ocurrir que la obligación de efectuar la tradición esté, por ej., prescrita, pero tal circunstancia no constará como para que el Conservador repudie la inscripción).

134. Inscripción por avisos. Respecto de inmuebles que no han sido antes inscritos, se establece un proceso especial para incorporarlos al sistema (arts. 693 del CC. y 58 del Regl.). Se ha discutido la sanción que genera el incumplimiento de las formalidades establecidas para esta inscripción en el art. 58; se ha sostenido, ya la nulidad absoluta, ya la inoponibilidad al tercero a quien dicha inscripción pudiere perjudicar.

Estas formalidades exigidas en la inscripción por avisos se establecen para la transferencia por acto entre vivos o para la constitución o transferencia de otros derechos reales, pero no para una primera inscripción en base a otros antecedentes, como cuando se adquiere por prescripción y se quiere inscribir la sentencia que así lo declara, o para las inscripciones originadas en la adquisición mediante sucesión por causa de muerte (luego de aplicaciones impropias de este procedimiento, con perjuicio especialmente para el dominio de predios fiscales, su vigencia ha sido restringida).

135. Inscripción de títulos anteriores a la vigencia del Reglamento. Se establece un procedimiento especial para esta situación (art. 101; deben tenerse presentes los arts. 39 y 85).

136. Exigencias de orden y forma en la confección de las inscripciones. El Regl. dispone varios pormenores de orden y forma que deben cumplirse en la confección de las inscripciones en el respectivo Registro (arts. 73, 75, 76, 77).

137. Contenido de la inscripción. Fundamentalmente, la inscripción es un *extracto* o resumen del título de que se trata, dirigido (cuando se trata del dominio u otros derechos reales), a su contenido jurídico real. El CC. y el Regl. señalan el contenido o menciones precisas que la inscripción debe incluir y que varían según la naturaleza del título (arts. 690 y sgts. del CC. y 78 y sgts. del Regl.).

Dos menciones merecen una referencia especial.

– Cuando se trata de la inscripción de un título traslativo, deben firmarla las partes o sus representantes (art. 78; v. también los arts. 83, 60 y 61). La exigencia se justifica por cuanto lo que se está realizando es el acto jurídico denominado tradición el cual, siendo una convención (según se tiene generalmente aceptado), requiere el consentimiento de ambas partes (arts. 670 y sgts. del CC.).

Pero también está permitido actuar por apoderado, que puede quedar facultado en el mismo título que ha de inscribirse (arts. 60, 61 y, especialmente, 78). Con esta base, en la práctica es muy habitual que en el título se incorpore una estipulación que faculta para inscribir, con una redacción como la siguiente: “Se faculta al portador de copia autorizada de esta escritura para requerir y firmar las anotaciones, inscripciones y subinscripciones que procedan” (tégase presente que, tratándose de la subasta en juicio ejecutivo, el art. 497 del CPC. declara autorizado al subastador para requerir y firmar, por sí solo, la inscripción conservatoria).

Tal estipulación facilita la diligencia registral, evitando la concurrencia personal de las partes. Por otro lado, al utilizarla pueden surgir dificultades, sobre las que se cierne la posible nulidad de la inscripción-tradición. Así, después de otorgado el título y antes de practicarse la inscripción, puede fallecer, incapacitarse o retractarse de la concesión del poder una de las partes o ambas; surge entonces la duda sobre la validez de la inscripción (tradición) efectuada después, a petición de un portador de copia del título. Para las soluciones es decisiva la determinación de su naturaleza jurídica. Con frecuencia se le ha calificado de un mandato a persona indeterminada. Pero, dentro de esa técnica, parece más preciso distinguir dos etapas: al conferirse, surgiría sólo una oferta de mandato a persona indeterminada (no puede haber mandato porque aún no hay mandatario); y más tarde, cuando alguien acepta el encargo, expresa o tácitamente (requiriendo la inscripción), quedaría configurado el mandato. Hay también otro planteamiento, en Chile con menos base legal, pero no por eso descartable, puede concebirse como un acto de “apoderamiento”, unilateral, que cobra vida propia desde que se emite, independizándose de lo que acontezca a quienes lo emitieron. Con cada alternativa, los problemas advertidos tienen soluciones diversas.

– Con el fin de mantener el encadenamiento de las inscripciones del inmueble, y por lo mismo su historia, se exige, cuando procede, la mención de la inscripción precedente (con los datos de foja, N^o, año y nombre del Registro en que está) (arts. 692 del CC., 80 del Regl.). Como puede apreciarse, la referencia es muy importante para el funcionamiento del Registro. No obstante, si dicha mención no se incluye en la inscripción, no parece justificado estimarla nula, y podría ser del caso aplicar el art. 696 del Código (y la omisión se podría salvar a través de lo dispuesto en el art. 88).

Por otra parte, en las inscripciones anteriores “no canceladas”, el Conservador debe implantar una nota de referencia a las posteriores (art. 92). Esta nota (que puede tenerse como la recíproca de la recién referida) es tan importante como la anterior para la utilidad del Registro y, sin embargo, el alcance de su exigibilidad al funcionario no está consignado con claridad. Luego se verá que una inscripción se cancela mediante una subinscripción al margen; evidentemente, para ese caso no hace falta la nota de referencia; pero también la inscripción puede quedar cancelada por la sola circunstancia de practicarse más adelante una nueva inscripción, sin necesidad de una subinscripción en la anterior. Ahora bien, puede entenderse que en tales casos no está obligado el Conservador a poner la nota de referencia (del art. 92), porque –conforme al tenor de ese texto– debe hacerlo en las “no canceladas” y *ésta* estaría cancelada por la posterior (está cancelada “virtualmente”); dándosele este alcance (restrictivo), estaría obligado a consignar la nota sólo en los casos en que, por ejemplo, se inscribe una transferencia de una parte del inmueble, con la que la anterior no quedaría cancelada en su totalidad. En la práctica, y para beneficio del Registro, frecuentemente se entiende que la nota procede cada vez que no haya subinscripción, es decir, incluso en los casos en que se cancela virtualmente, de manera que al examinarse la inscripción sea posible percatarse de que más

adelante hay una nueva inscripción que la ha cancelado, ya parcial, ya totalmente.

En cuanto a la época de las firmas, se ha sostenido que las firmas del Conservador, del tradente y del adquirente (o de quien los represente), pueden estamparse con intervalos de tiempo. Más aun, se ha llegado a aceptar que siendo la firma de las partes la demostración de su consentimiento, puede faltar la del adquirente, si por hechos posteriores muestra dicho consentimiento (v. art. 673); pero se ha fallado también que si falta la firma del Conservador, la inscripción carece de valor.

El Regl. no contiene una norma clara que obligue al Conservador a efectuar una inscripción por cada inmueble. El problema queda planteado cuando un título se refiere a dos o más inmuebles (por ej., en una escritura se venden dos predios), lo que es perfectamente posible. De los arts. 71 y 72, y aun del 54 inc. 2^o, parece desprenderse así (que debe practicarse una por cada predio), solución que es la más conveniente para los fines del Registro. En la práctica no siempre se ha procedido de este modo.

Para otros detalles de la inscripción se aplican al Conservador reglas establecidas para los notarios (art. 84).

Efectuada la inscripción, el Conservador certifica en el título la constancia de haberse inscrito, como se ha indicado en otra ocasión (arts. 85, 89 y 87; v. supra, N^o 127 c.).

137 bis. Ausencia de menciones en el título. El Regl. dispone también la forma como debe suplirse la falta, en los títulos, de las designaciones que ha de contener la inscripción: la falta absoluta, mediante escritura pública; los defectos e insuficiencias, mediante minutas (en ambas situaciones, suscritas por los contratantes; art. 82).

Dos merecen un comentario especial porque, más que otras, es probable que no aparezcan en el título, o aparezcan incompletas: los linderos (exigida en los arts. 78 N^o 4 y 81 N^o 3) y los datos de la inscripción precedente (exigida en el

art. 80). Si no aparecen en el título, ¿debe rehusarse la inscripción?

a) *En cuanto a los linderos*, su designación constituye un elemento importante de la substancia del acto de que se trata; es una forma de determinación del objeto; por ejemplo, si se trata de una compraventa, ese dato determina qué es lo vendido, con la responsabilidad que se deriva. No podría el funcionario suplir el defecto consultando el dato en las inscripciones precedentes (que él podría examinar). Puede ocurrir que no exista en las partes o en una de ellas la voluntad de negociar hasta ese lindero que el Conservador pretende suplir. Procede la negativa del Conservador, por la causal del art. 13, con el último ejemplo que la ilustra unido al art. 78 N° 4.

Entonces, si un lindero falta absolutamente, será necesaria una escritura pública (subscrita por las partes); si se menciona, pero la mención es defectuosa o insuficiente, bastaría corregirlo o completarlo mediante minuta (subscrita por las partes) (en la práctica, la exigencia del nombre del predio se reemplaza, en los sectores urbanos, por la calle y el número, solución que no merece objetarse).

b) *En cuanto a los datos de la inscripción precedente*, su función es mantener el encañamiento de las inscripciones de modo que, por una parte, se favorezca el respeto al Registro al quedar patente que quien transfiere es quien tiene el derecho a su nombre y, por otra, resulte fácil retroceder en el tiempo, reconstituyendo la historia jurídica del predio.

Si en el título no se menciona la inscripción precedente, el Conservador, que tiene a su disposición los libros, ¿podría suplirla, acudiendo a los índices hasta encontrarla y mencionarla en la inscripción, o debe rehusar la inscripción mientras no se supla el defecto mediante escritura pública, conforme al citado art. 82?

Aquí la respuesta es más dudosa. Lo que falta es un dato, que está en el Registro y al cual el funcionario puede acceder.

El punto va más allá de la simple búsqueda (quién lo busca: el interesado, pi-

diendo los libros, o el propio funcionario). Porque si la exigencia se entiende como que debe constar en el título, es un dato que falta y, con el art. 82, se le exigiría, para suplir la ausencia, escritura pública o minuta, pero firmada por ambas partes; y podría ocurrir que al interesado le sea imposible o difícil lograr que la otra parte suscriba la escritura o minuta, quedando así obstaculizada la inscripción.

Admitiendo la duda, atendidos los textos, parece preferible concluir que el Conservador debe negarse, de modo que el interesado deberá suplir el defecto, como lo indica el art. 82. Su negativa encuentra fundamento en el art. 13, con el ejemplo final, en relación con el art. 80. Además, la referencia que las partes efectúan en el título, sobre los datos de la inscripción, es lo que *individualiza* al predio *en el Registro*, con la suficiente certeza (como cuando dicen, por ej., “inscrito a fs. 230, N° 210 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Concepción, año 19...”).

138. Subinscripciones. Los errores, omisiones y otras modificaciones que sea necesario efectuar una vez practicada la inscripción se salvan a su margen derecho, mediante las llamadas “subinscripciones”. Las subinscripciones son, pues, anotaciones escritas al margen (derecho) de la inscripción, en la forma y para las finalidades que el Regl. señala (arts. 88, 89 y 91). La jurisprudencia ha insistido que, por su naturaleza, no pueden en manera alguna desempeñar la función de la inscripción.

Con lo dispuesto en los arts. 88 y 89, si la rectificación se funda en el mismo título inscrito, se efectúa mediante subinscripción. Pero si se basa en un nuevo título, debe practicarse nueva inscripción (salvo que el antecedente sea una sentencia, porque entonces siempre será subinscripción lo que se practicará, según el inc. final del art. 89).

Se ha puntualizado lo anterior porque la redacción del art. 89, inc. 1° permite también entender que se está refi-

riendo a variaciones en la subinscripción, pero estimamos más lógico interpretar los textos en los términos anotados.

Lo que no precisa el Regl. es si cuando se debe practicar nueva inscripción (porque la enmienda se basa en nuevo título), lo que se inscribe es sólo un extracto del título corrector, quedando el inmueble con dos inscripciones que se complementan (la practicada antes y esta segunda, que enmienda a aquélla) o queda sólo con una (la segunda, la cual contendrá la primitiva y la enmienda, o, podría decirse, una sola nueva enmendada).

Nos parece que la primera es la alternativa que se pretendió establecer, porque la segunda significa toda una cancelación de la anterior y la práctica de una nueva inscripción, que el Regl. habría dispuesto en términos más claros y categóricos. Por otra parte, la expresa exigencia de notas de referencia en ambas conduce a la misma conclusión.

En todo caso, la duda es razonable y los dos métodos pueden operar sin tropiezo.

139. Cancelaciones. Cancelar una inscripción es dejarla sin efecto. El Regl. ha dispuesto que las cancelaciones de inscripciones se efectúen mediante subinscripciones. Pero en esta materia debe tenerse presente el art. 728 del Código (se analizará más adelante, infra, N° 194), según el cual para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele por voluntad de las partes, por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por sentencia judicial. Ahora bien, en el segundo caso se ha resuelto firmemente que la subinscripción a que se refiere el art. 91 no es indispensable para la cancelación; el dueño de un inmueble inscrito a su nombre lo vende; el comprador inscribe la venta y en virtud de esa inscripción se canceló la anterior (por el solo hecho de practicarse la nueva inscripción); por el art. 91, el Conservador subinscribe esta mutación al margen de la anterior (ya cancelada por la nueva),

sólo para la conveniencia del Registro. Se ha sostenido que la nueva inscripción no cancelaría “virtualmente” a la anterior y sería necesaria la subinscripción, pero se ha rechazado tal exigencia.

Se ha resuelto que cuando se pretende cancelar una inscripción por la vía judicial, que afecte a terceros, ha de procederse mediante un juicio, emplazándose a los interesados a quienes la cancelación afectaría.

139 bis. La conexión de las inscripciones y la historia de la titularidad de los inmuebles. Con lo expuesto hasta aquí puede comprenderse que el sistema va configurando una cadena de inscripciones de dominio por cada predio, sólo que con eslabones diseminados en los diversos volúmenes anuales del Registro, según la fecha en que se efectúe cada transferencia o transmisión. Ubicado el observador frente a una inscripción, constatará que cierto predio está inscrito a nombre de cierta persona. Poco o mucho tiempo antes o después (en el mismo volumen o, lo más probable, en otro anterior o posterior), verá que aparece inscrito a nombre de otra, luego a nombre de otra, etc. A partir de una determinada inscripción se puede examinar la cadena, avanzando o retrocediendo (tal es el examen central del denominado “estudio de títulos”, que se completa con las inscripciones en los otros Registros –de Hipotecas y Gravámenes y de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar– y con los demás instrumentos en que constan los actos o contratos relacionados con las inscripciones).

Se ha dicho que a partir de una inscripción se puede avanzar o retroceder (salvo que se tome la primera o la última, la vigente). Estos, avance y retroceso, son posibles gracias a dos datos que se incorporan (y deben siempre consignarse): a) número, foja y año de la inscripción anterior, que se consigna en el cuerpo de la inscripción, y b) número, foja y año de la inscripción posterior, que se consigna en el margen derecho, como subinscrip-

ción (por esto es que el recorrido de la cadena de inscripciones –dicho resumidamente– se efectúa hacia el pretérito por dentro y hacia el futuro por fuera). Lamentablemente, los defectos del sistema posibilitan dos accidentes: la ruptura de la cadena y la formación de cadenas paralelas.

139 ter. Las inscripciones paralelas.

La inscripción por minuta. Ahora se puede recapitular sobre algunas vías por las cuales se llegan a formar las llamadas *inscripciones paralelas*. Se denomina así a la situación en la cual en el Registro aparecen dos (o más) inscripciones con apariencias de estar vigentes (sin nota de cancelación al margen) respecto de un mismo inmueble. Puede originarse, principalmente, por las siguientes causas:

a) Debido al art. 728, con definida aclaración jurisprudencial de que por la sola nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro queda sin efecto la anterior, aunque no se tome nota al margen de que está cancelada por la posterior; así, si un poseedor inscrito transfiere su derecho a otro (por ej., vende y se practica la inscripción a nombre del comprador), la nueva inscripción deja cancelada de pleno Derecho a la anterior; entonces, si no se toma la precaución de efectuar nota marginal en la anterior, la nueva es la vigente, pero la antigua mantiene su apariencia de estar también vigente (afortunadamente, es muy infrecuente que se omita la nota marginal).

b) Debido a la inscripción practicada en virtud de la legislación de saneamiento de títulos (que se verá pronto), según la cual la inscripción que se practique (en virtud del procedimiento de saneamiento) deja sin efecto de pleno Derecho inscripciones anteriores que existan sobre el predio saneado (sin necesidad de cancelarlas mediante nota al margen). Entonces, la del saneamiento es la vigente pero, si existe una inscripción anterior, también tiene apariencia de vigente.

c) Debido a la inscripción por avisos, efectuándose la diligencia respecto de un predio que ya está inscrito (recuérdese que

actualmente está muy restringida). Entonces, la inscripción por avisos y la anterior presentan apariencias de estar vigentes.

d) Debido a la inscripción “por minuta”. En el lenguaje de la práctica registral, y con base en el art. 694 del CC., en un sentido amplio se ha entendido por “minuta” una presentación escrita que un interesado efectúa al Conservador para algún efecto en el Registro. En un sentido más restringido (y con la directa denominación de “inscripción por minuta”), se trata de una presentación escrita que formula un interesado al Conservador, relatando su situación de dueño y usualmente respaldada con algunos antecedentes documentales, para lograr que un inmueble se inscriba a su nombre. En tiempos ya pasados apareció como una creación de la práctica, distorsionando la inscripción por avisos, con base aparente en el citado art. 694. Entonces, si el predio ya estaba inscrito, se producía la misma situación que posibilita la inscripción por avisos impropriamente usada (actualmente esta inscripción por minutas en general no es aceptada en el Registro).

Por cierto, es fácil percatarse de que estas inscripciones paralelas, junto con sus respectivos títulos justificantes, han constituido en el país una fecunda fuente de litigios.

En presencia de inscripciones paralelas, la controversia por la posesión y el dominio (quién es el poseedor, quién es el dueño) se torna particularmente reñida. Para dirimirla, suele considerarse la posesión material, favoreciendo al que la tiene. Pero al respecto debe procederse con cautela y no parece apropiado considerarla como único elemento para decidir; se corre el riesgo de sancionar el predominio de la fuerza. Porque puede revelar positiva conducta industriosa, pero también puede deberse al uso de mayor poder (con el que se ha impedido al adversario ingresar al predio). Examinados los títulos debe prevalecer quien exhiba el derecho; el derecho de dominio o el derecho a poseer (*jus possidendi*) (así se desprende también de varios fallos, de aquellos emitidos en la lucha entre pose-

sión material y posesión inscrita). Por otra parte, establecido en la evaluación la que debe prevalecer, la otra pierde eficacia; el otro (aparente) titular no es poseedor.

140. Reinscripciones (fusión de inscripciones). Alguna práctica registral ha llegado a configurar un mecanismo que se ha denominado “reinscripción”, consistente, como lo indica su nombre, en volver a inscribir un inmueble ya inscrito en el Registro, sin cambiar el titular.

Se ha recurrido a ellas en situaciones como las siguientes:

a) Cuando un heredero ha enajenado un inmueble sin cumplir con las inscripciones prescritas en los arts. 688 del Código y 55 del Regl. (v. infra, N° 149); el adquirente logra inscribir a su nombre y posteriormente el heredero efectúa aquellas inscripciones, con lo que el adquirente solicita se “reinscriba” el inmueble a su nombre, ahora debidamente encadenada su inscripción a la del heredero.

b) En la llamada “formación de fundos” (o “fusión de inscripciones”, o “fusión de títulos”), en que un propietario de dos inmuebles contiguos, inscrito cada uno a su nombre, reinscribe ambos, fundiéndolos en una sola inscripción. Cuando (hace ya muchas décadas) se inició esta práctica, se procedía con la sola presentación de una minuta al Conservador. El procedimiento no está contemplado en el Regl. y ha sido frecuente que los Conservadores lo rechacen. Entre los comentaristas también se ha impugnado, aunque hay quienes lo aceptan.

Pero en los últimos tiempos la gestión ha ido ganando legitimidad, al menos para los sectores urbanos. La legislación urbanística (dando por supuesto que está admitida) dispone reglas para su aplicación en el ámbito al que se refiere.

141. Consecuencias por defectos de la inscripción. Se ha visto que son varias las exigencias que debe reunir una inscripción. Se trata entonces de determinar la consecuencia que se deriva para la inscripción, al practicarse con infracción a las normas respectivas.

Un primer examen conduce al razonamiento de que se trata de requisitos establecidos en consideración a la naturaleza del acto de inscripción, por lo que esta infracción importa la nulidad absoluta de la misma (con los arts. 1681 y sgts. del CC.). Pero también puede sostenerse que esas exigencias constituyen “forma”, de modo que, en su conjunto, la inscripción puede ser calificada de forma compleja (constituida por varias formas específicas). Ahora bien, considerando los textos nacionales, procede introducir una distinción entre la inscripción que constituye tradición y las demás inscripciones (que cumplen otros roles, fundamentalmente de publicidad). Cuando la inscripción constituye tradición, puede concluirse que es “la forma” (solemnidad) de la tradición de los inmuebles (del dominio o de otros derechos reales; se está ante una tradición solemne); entonces se trata de un acto jurídico (la tradición) substantivo, cuya forma resultó defectuosa; si el defecto tiene la suficiente envergadura como para conducir a nulidad (teniendo en cuenta los textos legales aplicables) entonces el acto tradición será nulo por defecto de forma (recuérdese que se ha llegado a concebir una “nulidad refleja”) y, aplicando las reglas de la nulidad (arts. 1681 y sgts. del CC.), puede concluirse que la nulidad es absoluta porque se trata de requisitos establecidos en consideración a la naturaleza del acto (del acto tradición). Si la inscripción no constituye tradición, entonces aquí no hay acto substantivo, hay sólo forma (o, si se prefiere, “acto formal”); en tal situación no parece aplicable el título de la nulidad del CC. (que está dispuesto para actos substantivos civiles), de modo que si la infracción tiene la envergadura suficiente (considerando las normas legales aplicables), podría derivarse la pura nulidad (sin distinción entre absoluta y relativa) y hasta la inexistencia. A su vez, esa nulidad o inexistencia, de la inscripción, traerá la consecuencia que corresponda al rol específico de la inscripción de que se trate (por ej., si se trataba de la inscripción del embargo de un inmueble, la nulidad o

inexistencia de la inscripción traerá como consecuencia la inoponibilidad del embargo respecto de terceros) (por cierto, el punto se relaciona con el de la naturaleza de la función registral, para lo cual v. supra, N° 124; v. también supra, N° 133).

En definitiva, la final consecuencia (de la nulidad o inexistencia de la inscripción) dependerá del rol que en cada caso cumple la inscripción (en este punto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 696 del Código; v. supra, N° 128 a).

142. Reconstitución de inscripciones.

En caso de destrucción total o parcial de los Registros del Conservador, tiene lugar la denominada “reconstitución de inscripciones”. El procedimiento para la reconstitución está señalado en una ley especial (ley 16.665, D.O. de 8 de septiembre de 1967; es aplicable también a la reconstitución de escrituras públicas; arts. 18 de la ley y 436 a 439 del COT.).

143. Saneamiento de títulos. A través de la vigencia del sistema registral se ha constatado la situación de numerosos inmuebles (miles) cuyos antecedentes jurídicos no están claros, por defectos en el título propiamente, o en la inscripción. Para acelerar la solución de estas situaciones se han dictado numerosas “leyes de saneamiento de títulos”, que fijan procedimientos especiales para inscribir en el Registro, y obtener así “título saneado”. La *sucesión por causa de muerte* y la *subdivisión de inmuebles* pueden mencionarse como dos causas de importancia en la configuración del problema. Por otra parte, la dictación de leyes de saneamiento es una demostración más de las debilidades de nuestro sistema registral. Actualmente, los textos fundamentales a los que se puede acudir para obtener el saneamiento son el DL. 2.695, sobre *saneamiento de títulos* de la pequeña propiedad raíz, rural y urbana y la ley 16.741, sobre *poblaciones en situación irregular*.

El primero de esos textos se ha aplicado masivamente, con una gran cantidad de predios beneficiados; pero también ha originado numerosos conflictos,

sobre todo por su indebido empleo, incluyendo la controversia sobre sus eventuales: inconstitucionalidad y derogación tácita (o sobrevenida) (por la Constitución, dictada posteriormente).

En síntesis, el procedimiento es el siguiente: quien se considera dueño de un predio, con avalúo no superior al límite que se indica, que lo haya poseído materialmente pacífica e ininterrumpidamente por cinco años a lo menos y que carezca de título inscrito a su nombre en el Registro, puede solicitar el saneamiento al Ministerio de Bienes Nacionales (División de constitución de la propiedad raíz). Con la solicitud, declaración jurada de posesión material por el mencionado lapso y antecedentes que presenta el solicitante, se procede por expertos a la identificación precisa del predio y a la elaboración de un plano. Se publica la solicitud. Si transcurrido el plazo legal nadie se opone, se ordena practicar la inscripción del predio a nombre del solicitante. Si hay oposición, los antecedentes se envían al juez ordinario para que, en juicio sumario, dirima la controversia. Si se obtiene inscripción, sea porque nadie se opuso o porque la oposición se rechazó, el solicitante queda como poseedor regular y al cabo de un año se le tiene por dueño, habiendo adquirido el dominio por prescripción adquisitiva. Dentro del año tiene prohibición legal de enajenar y gravar y, dentro de ese mismo lapso, quien se estime dueño puede ejercer en su contra la acción de dominio que estime asistirle; el juez resuelve si se mantiene el saneamiento o debe restituirse el inmueble al actor. Transcurrido el año se extinguen para los terceros las acciones de dominio (en prescripción extintiva, v. infra, N° 268), pero persiste para ellos, por el lapso de cinco años, la acción para que, si acreditan dominio sobre el predio, el saneante les compense en dinero el valor de esos derechos. Se dispone también que las inscripciones anteriores que pudiere haber sobre el predio saneado quedan canceladas por el solo ministerio de la ley (sin que sea necesario, pues, cancelarlas materialmente median-

te subinscripción). También se tipifica un delito para sancionar a quien con este procedimiento ha obtenido maliciosamente la calidad de poseedor regular.

144. Calificación. La descripción que se ha formulado de la organización y funcionamiento de nuestro sistema permite cotejarlo con las principales alternativas y principios registrales que se enuncian al comienzo (supra, N° 125).

a) Es un registro de carácter personal, no real. Las inscripciones no se agrupan en torno a una ficha, carpeta u otro mecanismo que represente a cada inmueble, sino que se van efectuando, sin orden preestablecido, a medida que llegan los títulos al Registro; las mutaciones y estado actual de un predio se averiguan mediante los índices de personas que han intervenido en los respectivos actos.

b) Es de “inscripciones” (extractos) y no de “transcripciones” de títulos.

c) La calificación de la naturaleza de la inscripción como declarativa o constitutiva requiere de una explicación. Para los modos de adquirir distintos de la tradición, es declarativa (la inscripción no es la que provoca la mutación real; sólo la publica; la adquisición se ha producido fuera del Registro). Cuando es practicada con un título traslativo de dominio, es decir, cuando desempeña el rol de tradición, el cambio de titularidad es producido por ella y, entonces, es constitutiva; pero no se le ha conferido el efecto de probar dominio; al no estar dispuesto ese efecto (y con las características de nuestro sistema no podría imponérsele), como nadie puede transferir más derechos que los que tiene, el titular inscrito queda sometido a la interrogante de si su antecesor habrá sido efectivamente dueño (si habrá tenido el derecho que aparece transfiriéndole), con lo cual la prueba de su dominio ha de encontrarla recién en la inscripción (la inscripción lo deja en posesión –incluso, como se dirá más adelante, discutiblemente– y con ella comienza a prescribir, pudiendo acogerse a la agregación de posesiones, como también se verá). Mientras, está sometido

do a la contingencia de una reivindicación por el verdadero dueño. En otros términos, cuando la inscripción es tradición (cuando es practicada en virtud de un título traslativo de dominio), es constitutiva en su función, pero no en sus efectos (esta calificación está íntimamente relacionada con los caracteres que siguen).

d) Ostenta una escasa “legalidad”. Se ha visto que, conforme al Regl., las atribuciones del Conservador son limitadas en cuanto al examen de los títulos que se le presentan a inscripción (v. supra, N° 133); y frecuentemente hay desajustes entre los datos del predio consignados en la inscripción y sus caracteres materiales (por las ya mencionadas falta de atribuciones de control preventivo y de exigencia de un plano; v. supra N°s 131 y 133).

e) La inscripción es bastante vulnerable, bien susceptible de ser alterada o dejada sin efecto; por tanto, su legitimación y su fe pública registrales son débiles. Por una parte, por la recién aludida escasa legalidad; por otra, por la relación causal con el título. La inscripción es la forma de efectuar la tradición de los inmuebles y –como se dijo– el Código impuso la tradición causada, estrechamente vinculada al título (v. supra, N° 104 bis), en términos que la suerte de la tradición (y por tanto de la inscripción) depende en gran medida de la del título, y así, la ineficacia del título (por nulidad, resolución, etc., que además operan con retroactividad) repercute en la inscripción; ineficaz el título, ineficaz la tradición (la inscripción) (esa ineficacia puede deberse principalmente a la nulidad y la resolución; v. los arts. 674 y sgts., especialmente art. 675; arts. 1687, 1689, 1491; v. lo dicho en supra N°s 104 bis, 124 y 125).

145. Crítica y proyecto de reforma. Ha podido notarse que el grado de invulnerabilidad de la inscripción es, en gran medida, el que determina la estructura de un Registro y el responsable de su funcionamiento. La escasa seguridad (ya aquí manifestada) ha constituido el centro de algunas deficiencias de nuestro sistema (testimoniado, como se ha dicho, por varias leyes de saneamiento) y, por tanto, de

críticas que se le han formulado. En términos más específicos, aparecen como *objeciones* (que en párrafos anteriores se han ido manifestando): la falta de un catastro que determine con certeza la ubicación, cabida y deslindes de los inmuebles y de un plano por cada predio (v. supra, N° 131); la falta de obligatoriedad de la inclusión en el Registro; la ausencia de un organismo central que, entre otras ventajas, pueda uniformar procedimientos; su carácter de folio personal, que como consecuencia inmediata provoca su lentitud. Esas deficiencias se confabulan con textos más específicos, para generar otros efectos perniciosos en el funcionamiento práctico: las inscripciones por minutas; las llamadas “inscripciones de papel” (que no obedecen a una posesión material del inmueble); las reinscripciones; las dobles inscripciones (o inscripciones paralelas); las inscripciones parcialmente superpuestas (según la inscripción de un inmueble, el límite del predio está más allá de donde comienza el predio del vecino, según la suya).

En este entorno, que sea difícil reconstituir la historia jurídica de un inmueble con la debida exactitud no es una situación de rara ocurrencia, y es explicable la consecuencia de innumerables litigios, a veces dilatados en el tiempo por generaciones y, en ocasiones, con consecuencias lamentables.

Esta situación se agrava por obra de estos dos factores: a) porque, como se irá viendo, la inscripción registral cumple, entre nosotros (aparte de otras), dos funciones simultáneas, de tradición y (a lo menos en principio) de posesión de inmuebles, duplicidad que obliga a relacionar los textos legales, y en esa relación el ensamble es frecuentemente imperfecto; b) porque internamente los textos legales, particularmente los posesorios, son oscuros y hasta contradictorios (pronto, cuando se traten la posesión y la prescripción, se tendrán más elementos de juicio para evaluar estas apreciaciones).

Ante estas objeciones, es conveniente una importante reforma del sistema (se han presentado algunas proposiciones de me-

joramiento –incluyendo la herramienta computacional–, y un estudio integral con proposiciones de reforma más profunda).

Es sorprendente que, no obstante la importancia y valor económico de los inmuebles, son muchos los países que no cuentan con un satisfactorio sistema registral; para paliar algunos inconvenientes, se ha llegado a desarrollar un “seguro de títulos”.

146. Tradición de derechos reales sobre inmuebles. Como ya se dijo, la tradición del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles se efectúa por inscripción (art. 686), con las excepciones que también se han mencionado (v. supra, N° 123).

Aquí se está en presencia de la inscripción desempeñando el rol de tradición. Rigiendo entre nosotros el régimen de la dualidad título-modo para la transferencia del dominio por actos entre vivos, mientras la inscripción de un título traslativo de dominio sobre un inmueble no se efectúa, el dominio no se ha transferido. Así, en el caso de compraventa de inmuebles, perfeccionada la escritura pública, mientras la inscripción no se efectúa el vendedor mantiene el inmueble en su dominio y el comprador no lo ha adquirido.

Entrega material. Como la inscripción no es más que una tradición simbólica, cuando el derecho transferido se ejerce directamente sobre una cosa corporal, a la inscripción debe seguir la entrega material (y la obligación contenida en el título no queda íntegramente cumplida mientras esa entrega no se efectúe; así, si se trata de una compraventa, el vendedor no cumple íntegramente su obligación –de dar– mientras no entrega materialmente la cosa vendida).

Como en otra ocasión se ha dicho que el dominio se puede adquirir por un solo modo, cuando opera uno distinto de la tradición la inscripción es innecesaria para el fin de transferir el dominio, aunque será útil para otros roles que también cumple. Así se ha fallado respecto de la expropia-

ción, en la cual el expropiante adquiere el dominio por el título y modo ley.

147. Tradición de cuotas. Los textos nacionales no disponen la forma de efectuar la tradición de la cuota de un objeto.

a) Si se trata de una cuota en *cosa singular* (expresada en fracciones o porcentajes, según se ha dicho al examinar la comunidad), doctrina y jurisprudencia entienden que la cuota participa del carácter mueble o inmueble de la cosa. Entonces, si se trata de la tradición de una cuota de un mueble, ella se efectuará por cualquiera de las formas establecidas para éstos (art. 684), y si se trata de la tradición de una cuota de un inmueble, ha de efectuarse por inscripción (art. 686) (como regla fundamental, cobra aplicación aquí el art. 580; v. supra, N° 69 a, final).

Esta es la ocasión de hacer una referencia a la discutida y frecuente, “enajenación de cuota de una universalidad, referida a un bien determinado”. Durante el estado de indivisión (en comunidad hereditaria o de otro origen) el *comunero de una universalidad* suele disponer de su *cuota*, pero *referida a un bien* de los que integran la comunidad (generalmente un inmueble, que es el que más interesará al adquirente), dispone usualmente mediante una venta. En cuanto al título, no es materia que corresponda tratar aquí; en todo caso, puede adelantarse que los efectos definitivos se establecerán al terminar la indivisión, sea por partición o por la reunión de todas las cuotas en un solo sujeto (comunero o extraño). Desde luego, si se trata de venta y se llega a la partición, habrá que distinguir si se le adjudica o no al enajenante la cosa cuya cuota enajenó (la situación es la misma sea que enajene una cuota en cosa determinada o una cosa determinada en su integridad). También puede advertirse que, si no se le adjudica, habrá venta de cosa ajena (art. 1344), que es válida (art. 1815). Por estos precarios efectos, en suspenso hasta el término de la comunidad, la negociación no es aconsejable.

En otro sentido puede observarse que, en teoría, esta disposición de cuota en

cosa determinada de una universalidad armoniza mejor con la doctrina que sostiene la comunicación de la cuota con los bienes específicos, que con la que la rechaza (v. supra, N° 69).

En fin, lo que aquí corresponde es dejar establecido que la forma de efectuar la tradición de *esta cuota es la misma exigida para la tradición de cuota en cosa singular*, recién mencionada, distinguiéndose según la cosa sea mueble o inmueble.

En suma, cuando se transfiere *cuota de cosa singular*, aunque ésta pertenezca a una universalidad, la tradición se efectuará por el art. 684 o por el art. 686 (inscripción conservatoria), según la cosa sea mueble o inmueble.

En la práctica, podrá apreciarse que el adquirente posiblemente tendrá dificultades para ejercitar actos de comunero en la cosa y también para efectuar la inscripción conservatoria, que pudiere objetar el Conservador; todo lo cual redundaría en lo poco conveniente de estos actos, como se ha dicho. Más todavía, si se trata de una cosa singular que pertenece a una comunidad hereditaria, el art. 688 exige posesión efectiva, inscripción de ella e inscripción del inmueble a nombre de todos los herederos (especial de herencia) para que se pueda disponer de un inmueble (o de una cuota de un inmueble) determinado; y la ley 16.271 (de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones) exige posesión efectiva y su inscripción para disponer incluso de muebles (estas exigencias se verán pronto).

b) Si se trata de una cuota en *cosa universal*, la respuesta es de controversia.

En primer lugar, deben tenerse presente una vez más las varias dificultades doctrinarias que han de sortearse para llegar a la etapa de la tradición de la cuota de una universalidad. Hay discusión sobre el concepto de universalidad y sobre los de universalidad jurídica y de hecho (v. supra, N°s 36 y sgts.). Luego aparece el desacuerdo sobre la posibilidad de que entre nosotros haya comunidad sobre universalidad jurídica (v. supra, N° 69). Y, finalmente, surge el problema de la comu-

nicación de la cuota en cosa universal con los bienes contenidos en ella (v. supra, N° 69). Las respuestas que se han ofrecido a estos dos últimos problemas influyen directamente en el tema, de modo que deben ser consideradas para concluir cómo se efectúa la tradición de una cuota en cosa universal (para continuar, puede tenerse presente la tradición de una cuota en una comunidad quedada al disolverse una sociedad conyugal, que, como se ha dicho, según algunos, es un ejemplo de comunidad en universalidad jurídica, mientras según otros es comunidad en universalidad de hecho. Se excluye la situación de la comunidad hereditaria, que se verá más adelante; v. infra, N° 152).

En cuanto a la tradición de cuota de una universalidad jurídica, según se ha referido, un sector de la doctrina concibe perfectamente la comunidad en universalidad jurídica y, negando la comunicación de la cuota y los bienes de que se compone (por lo que la universalidad no tiene la naturaleza de esos bienes), entienden que la tradición se ha de efectuar por cualquier forma simbólica de las dispuestas en el art. 684, y no requiere de inscripción conservatoria aunque haya inmuebles en su contenido; se estima que se está en presencia de una abstracción, universalidad jurídica, que escapa a la clasificación de bienes en muebles e inmuebles y, por tanto, para su tradición ha de seguirse la regla general en materia de formas de tradición, que son –según esta opinión– las del art. 684, siendo la inscripción una forma excepcional de tradición. Esta sería la solución, según este postulado, para efectuar la tradición, por ej., de una cuota en la comunidad quedada al disolverse una sociedad conyugal.

Pero, como igualmente se ha dicho, el planteamiento anterior ha sido objetado. Se ha rechazado que haya comunidad en universalidad jurídica y se estima que sólo la hay en universalidades de hecho, y, afirmando la comunicación entre la cuota y los bienes, se concluye que la tradición de una cuota en cosa universal se efectúa siguiendo la naturaleza de los bienes de que

se compone; por el art. 684 para los muebles y por inscripción para los inmuebles (si los hay en la universalidad). De este modo, siguiendo el ejemplo que se ha utilizado, aquella comunidad quedada al disolverse la sociedad conyugal es una universalidad de hecho (no tiene pasivo común; está dividido, conforme al art. 1354) y la tradición de la cuota se efectuará como se imponga según los bienes que la integren en concreto.

Respecto de universalidades que sin duda pueden ser calificadas de universalidades de hecho (colecciones, explotaciones), cobra fuerza la solución recién apuntada, y la tradición de una cuota, como de su totalidad, habrá de efectuarse siguiendo la naturaleza mueble o inmueble de los bienes que la constituyan (debe recordarse una vez más el art. 580; el establecimiento de comercio, si se le califica de universalidad de hecho, quedaría incluido en esta situación).

148. Tradición de muebles registrables. Los vehículos motorizados. Muchas legislaciones, entre ellas la nuestra, contienen normas especiales respecto de algunos bienes muebles que, por necesidades de organización y control del tráfico, se someten al sistema de registro, en condiciones similares a los inmuebles. Así ocurre, por ej., con las naves, las aeronaves, los vehículos motorizados terrestres. Al exigirse su inscripción en un Registro especial y dejarse constancia en dicho Registro de cada transferencia de su dominio, ante textos insuficientes se ha discutido si la inscripción registral desempeña o no la función de tradición (la condición jurídica de las naves y aeronaves corresponde a disciplinas distintas).

En cuanto a los vehículos motorizados terrestres, la legislación especial somete la constitución de su dominio, transmisión, transferencia y gravámenes, a las normas que el Derecho común establece para los bienes muebles. Por tanto, el título respectivo no está sometido a formas especiales (si es compraventa es consensual, sin perjuicio de la limitación

probatoria) y la tradición se rige por el art. 684 del CC.

Pero existe un Registro de vehículos motorizados, que es llevado por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Allí se inscribe el vehículo, con la individualización de su propietario y las mutaciones del dominio. Para esta inscripción se exigen sí ciertas formas al título. Podrá requerirse también la inscripción de gravámenes, prohibiciones, embargos y medidas precautorias que le afecten.

Estas inscripciones no son requisito de los respectivos actos. Pero *se presume propietaria* de un vehículo motorizado a la persona a cuyo nombre figure inscrito en el Registro, salvo prueba en contrario.

149. Inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte. La inscripción conservatoria cumple básicamente la función de tradición de inmuebles (y de derechos reales limitados sobre ellos); pero además cumple otras, como el mantenimiento de la historia de la propiedad raíz y de publicidad de los actos sobre inmuebles. Para atender a estas otras finalidades se ha exigido también la inscripción en mutaciones del dominio que se producen por otros modos; así ocurre con las inscripciones que se exigen cuando se adquiere por los modos de adquirir sucesión por causa de muerte y prescripción adquisitiva.

De varios preceptos del Código se desprende que la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio, el cual opera por el solo fallecimiento del causante (arts. 588, 722, 955, 956, 1344).

Para la ordenación de la transmisión patrimonial y su reflejo en el Registro se establece un procedimiento cuyo trámite básico es la denominada “posesión efectiva”, que es una resolución que declara a una persona heredera de otra que ha fallecido.

Esta materia ha sido objeto de una reforma al Código y a otros textos legales mediante ley 19.903. Hasta entonces, la posesión efectiva se obtenía mediante un procedimiento judicial, no contencioso; desde entonces, el procedimiento es, por

regla general, administrativo; se lleva a cabo ante el Servicio de Registro Civil e Identificación; excepcionalmente continúa siendo judicial (para las sucesiones testadas y las abiertas en el extranjero).

“Las posesiones efectivas de herencias originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán tramitadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad a lo dispuesto en la presente ley. Las demás serán conocidas por el tribunal competente de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil” (art. 1º, inc. 1º de la ley 19.903).

Entonces, con el texto vigente, la posesión efectiva es una resolución administrativa, y excepcionalmente judicial, que declara a una persona heredera de otra que ha fallecido. El procedimiento para solicitarla, obtenerla e inscribirla, y las diligencias para el pago del impuesto a las herencias, están dispuestos en la citada ley (deben considerarse también, especialmente para las posesiones efectivas judiciales, los arts. 866 y sgts. del CPC. y la ley 16.271, sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, ambos textos modificados por la ley mencionada).

La reforma crea un “Registro Nacional de Posesiones Efectivas” y un “Registro Nacional de Testamentos”, que se llevan en la base central de datos del sistema automatizado del Servicio de Registro Civil e Identificación; ambos son públicos.

Del nuevo procedimiento (administrativo) conviene destacar los siguientes caracteres:

a) Se solicita por cualquiera que invoque la calidad de heredero de una persona fallecida, ante cualquier oficina del Registro Civil del país, acompañándose el inventario de los bienes (en formularios disponibles);

b) La otorga, mediante resolución fundada, el Director Regional de ese Servicio, para todos los que, según los datos del Servicio, son los herederos del fallecido (aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud);

c) La resolución es publicada por el Servicio, en extracto, en un diario regional;

d) Luego la resolución es inscrita en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas (antes de la reforma, la resolución judicial que concedía la posesión efectiva era inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces; para las posesiones efectivas que excepcionalmente son otorgadas por el tribunal se mantiene el régimen de inscribirlas en dicho Conservador, conforme al art. 688, N° 1 del CC. en su nueva redacción).

Si el heredero quiere disponer de un *mueble hereditario*, para ajustarse a la ley de impuesto de herencias debe obtener posesión efectiva e inscribirla (art. 25); por su parte, el CPC. contempla el trámite aun que no haya inmuebles (art. 883).

Para disponer de un *inmueble hereditario*, es necesario que obtenga la posesión efectiva de la herencia y que practique las inscripciones que señala el art. 688 del Código (y el art. 55 del Regl.). Son:

1) *La inscripción de la resolución de posesión efectiva*. Dictada la resolución administrativa, o ejecutoriada la resolución judicial, que concede la posesión efectiva y practicadas otras diligencias (especialmente tributarias) que disponen los textos que la regulan, el Director Regional del Registro Civil, o el juez en su caso, ordena inscribir dicha resolución, respectivamente, en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas o en el Conservador de Bienes Raíces (en esta última situación, una copia autorizada de ella es presentada al Conservador pidiéndose su inscripción; si la sucesión es testada, se inscribe al mismo tiempo el testamento; esta(s) inscripción(es) se practica(n) en el Registro de Propiedad del Conservador de la comuna o agrupación de comunas en que la posesión efectiva fue conferida).

2) *La inscripción denominada "especial de herencia"*, que se practica con el mérito de la inscripción anterior. Consiste en inscribir cada inmueble hereditario a nombre del heredero o, si hay dos o más, a nombre de todos ellos; de este modo, los inmuebles, que antes aparecían en el Registro a nombre del causante, quedan ahora inscritos a nombre del heredero, o de

los herederos en comunidad. Se practican tantas inscripciones de esta clase como inmuebles haya (una por cada uno), y se practicarán en el Registro de la comuna o agrupación de comunas en que los inmuebles se encuentren ubicados (cuando la posesión efectiva, como ha de ser regla general, se inscribe en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, para practicar esta inscripción especial de herencia se llevará al Conservador un *certificado* del Registro Civil que acredita la inscripción de la posesión efectiva en aquel Registro Nacional, conforme al art. 8° de la ley; cuando, excepcionalmente, se trata de posesión efectiva otorgada por el juez, como esta se debe inscribir –según se dijo recién– en el Registro del Conservador de la comuna en que se haya pronunciado, si allí mismo está ubicado el inmueble, “con el mérito de la inscripción de la posesión efectiva” se practica esta segunda inscripción; si el inmueble está ubicado en otra comuna, a este Conservador ha de llevarse una copia autorizada de la inscripción de la posesión efectiva).

Con esta inscripción pueden los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios (y –con los inconvenientes que se han advertido– podría un comunero disponer de su cuota referida a un inmueble determinado).

Debe recordarse que si el fallecido estaba casado en sociedad conyugal y en ella había inmuebles, éstos han de inscribirse a nombre del cónyuge sobreviviente y de los herederos (art. 30 de la ley de impuesto de herencias) (y aquí habrá una comunidad de gananciales, junto a la comunidad hereditaria).

Si sólo hay un heredero, aquí concluyen las actuaciones registrales.

3) *Inscripción de la adjudicación*. Por último, habiendo dos o más herederos, cuando se efectúa la partición de la comunidad hereditaria, con el instrumento en que consta la partición (según la forma como se efectúe) se practica la inscripción de la adjudicación, por la cual cada inmueble, que hasta entonces esta-

ba inscrito a nombre de los herederos, queda ahora inscrito a nombre del respectivo heredero a quien se le adjudicó en dicha partición. Y desde ahora puede ese heredero disponer por sí solo de ese inmueble.

Con las inscripciones anteriores, se puede seguir en el Registro la historia de un inmueble, que antes perteneció a una persona y luego a su heredero; o, si hay dos o más, luego a sus herederos y, por último, a uno de ellos (esto sin perjuicio de la enajenación de herencia o cuota hereditaria, como se dirá pronto).

Se ha resuelto que como el texto exige las inscripciones para “disponer” de inmuebles, entonces, sin practicarlas entre ellos, los comuneros pueden adjudicarse inmuebles en pago de sus cuotas, desde que esas adjudicaciones no implican “disposición”, sino solamente radicación de los derechos cuotativos en bienes determinados.

150. Sanción por infracción. La sanción aplicable a la enajenación de inmueble que se efectúa sin cumplir con las inscripciones que exige el art. 688 ha sido extensamente discutida.

Habiendo dispuesto el heredero de un inmueble hereditario sin practicar esas inscripciones, en una ocasión se resolvió que el acto o título respectivo es nulo absolutamente, sobre todo porque se infringen normas de organización del Registro, que son de orden público. Luego se extendió esa sanción incluso a las enajenaciones forzadas efectuadas en un juicio ejecutivo, lo cual pronto se enmendó, advirtiéndose que en tales situaciones no son los “herederos” los que disponen del inmueble. Posteriormente, advirtiéndose que el Código exige esas inscripciones para que se pueda “disponer”, lo que equivale a “enajenar”, y recordando que la cosa se hace ajena al operar el modo, se resolvió que es válido el contrato por el cual el heredero vende el inmueble sin efectuar esas inscripciones, ya que con él aún no “dispone” (sin embargo, aquí podría recordarse también el art. 1810 del Código; además, debe agre-

garse que si “disponer” se estima equivalente a “enajenar”, hay que entender por enajenar no sólo transferir el dominio, sino también constituir cualquier otro derecho real, como si el heredero pretende hipotecar un inmueble hereditario). Después, otro fallo relacionó el art. 688 con el 696, el cual prescribe que mientras las inscripciones indicadas en los textos que le preceden no se efectúan, los títulos cuya inscripción se prescribe “no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho”, lo que implica afirmar que si después se efectúan, se transfiere el respectivo derecho; y esa solución destierra la posibilidad de nulidad absoluta del título, que no puede sanearse por voluntad de las partes. Más tarde se ha continuado insistiendo que la sanción por disponerse de un inmueble sin esas inscripciones no es la nulidad, ni del título (por ej., compraventa), ni de la tradición, sino que es la que señala el art. 696; mientras no se efectúan, no se da o transfiere el respectivo derecho. Anteriormente se había llegado también a esa solución.

Pero la discusión ha continuado. Se formulan dos observaciones a esa solución jurisprudencial. Primero, que al negar la transferencia del respectivo derecho al tercero mientras la inscripción no se efectúa, el art. 696 no se refiere al art. 688; se está refiriendo sólo a las inscripciones que transfieren el dominio, a las que son tradición, y éstas no tienen por finalidad la transferencia del dominio (cumplen otras funciones del Registro). Y, segundo, que aquella solución asegura que mientras las inscripciones no se efectúan queda en suspenso la transferencia del derecho; en otras palabras, que al comprar el inmueble el tercero sin que el heredero practique las inscripciones, el título y la inscripción serían válidos pero ineficaces, con lo que el tercero no adquiriría el dominio ni la posesión; sin embargo –se agrega– el art. 696 dispone que no se dará o transferirá “la posesión efectiva del respectivo derecho...”, es decir, del derecho de dominio, pero no excluye la posibilidad de que se adquiera la posesión de la cosa; se concluye que bien

podría sostenerse que la inscripción no es del todo ineficaz, pues conferiría la posesión del inmueble, con lo que podría así llegar a adquirir el dominio por prescripción si transcurre el tiempo y no se practican las inscripciones. Como otra solución también se propone que conforme a las reglas de la nulidad se puede llegar a la conclusión de que la sanción sería la nulidad relativa de la enajenación, lo que trae los remedios de saneamiento por prescripción y ratificación de las partes; se trataría –se ha sostenido– de la omisión de requisitos establecidos en consideración a la “calidad” de heredero (art. 1682). Pero el saneamiento de la nulidad por prescripción se torna, a su vez, en crítica, porque así el tercero podría llegar a adquirir sin las inscripciones, con transgresión del tenor del art. 688, ya que, según él, “mientras” no se efectúen, no se puede disponer (tratándose de legados de inmuebles, la obligación de inscribirlos previamente para que el legatario pueda disponer, y el procedimiento para efectuar la inscripción, se verán más adelante; v. infra, N° 152 bis).

151. La inscripción en la prescripción.

Los arts. 689 y 2513 del Código y el art. 52 del Regl. requieren que la sentencia que declara la prescripción adquisitiva relativa a inmuebles se inscriba en el Registro del Conservador. Siendo la prescripción un modo de adquirir, es evidente que la inscripción no desempeña el rol de tradición; funciona aquí para mantener la historia de la propiedad raíz, dar publicidad y así hacer oponible a terceros los efectos del fallo y, en general, obtener las ventajas de la posesión inscrita.

152. C) La tradición del derecho real de herencia. Se ha dicho en otra oportunidad que, fallecido el causante, el heredero puede disponer de la herencia o de su cuota hereditaria (no antes del fallecimiento, pues los pactos sobre sucesión futura están proscritos de nuestro Derecho, adolecen de nulidad absoluta por ilicitud del objeto: arts. 1463, 1466, 1204 y 1682).

Dentro del título “De la cesión de derechos”, el Código destina un párrafo a la cesión del derecho de herencia (arts. 1909 y 1910). Emplea el equívoco término cesión que, por el contenido de los preceptos indicados, debe entenderse equivalente a tradición. Señala allí solamente algunos efectos de esta cesión (en lo no previsto rigen las estipulaciones de las partes y las normas que regulan el título de la transferencia: compraventa, donación, etc.), mas no la forma como ha de efectuarse la tradición. Pero como en nuestro Derecho la transferencia por acto entre vivos se efectúa por la concurrencia de un título y el modo, ellos deben también aquí configurarse; tratándose del título, el más frecuente será la compraventa (la venta de una sucesión hereditaria requiere de escritura pública conforme al art. 1801).

A continuación procede efectuar la tradición y, ante la ausencia de textos suficientes, aquí aparece entre nosotros otro notable problema: cómo se efectúa la tradición del derecho real de herencia. Son también conocidas dos alternativas de solución (cada una acompañada del nombre de un insigne sostenedor).

Se ha sostenido, con fundamento principalmente en el art. 580, que la herencia es clasificable como mueble o inmueble, según los bienes que la integran. Así, si la herencia de que se trata se compone sólo de muebles, su tradición se someterá a las reglas de éstos (art. 684); si se compone de muebles e inmuebles, será mixta, y si sólo de inmuebles será bien inmueble, y, como consecuencia, en estas dos últimas situaciones su tradición se someterá a las reglas de los inmuebles requiriéndose, por tanto, de inscripción conservatoria (art. 686). En contra, se ha postulado que la herencia es una universalidad jurídica, distinta de los bienes específicos que la integran (viene a concebirse como entidad abstracta), ella escapa a la clasificación de bienes en muebles e inmuebles, y siendo la inscripción una manera excepcional de efectuar la tradición, establecida tan sólo para los inmue-

bles, y la regla general las formas del art. 684, la tradición del derecho de herencia no requiere de inscripción (aunque en su contenido haya inmuebles), y para efectuarla basta cualquier manifestación en que conste la intención de transferir el dominio (como se ha visto, esta solución es la misma que se ha dado para la tradición de cuota de otras universalidades que se estiman universalidades jurídicas; v. supra, N° 47).

La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por esta última solución. Fallos antiguos se han pronunciado por la contraria. La adopción de esta postura se ha traducido muchas veces, en la práctica, en que se entiende efectuada la tradición por una declaración o cláusula agregada al final del título (escritura pública de compraventa, por ej.), en que se deja constancia que en ese acto se efectúa la tradición, y, por tanto, es transferida la herencia. La falta de inscripción, existiendo inmuebles, puede ocasionar inconvenientes en el orden del Registro respecto de los Bienes Raíces incluidos en la herencia, y sorpresas a los terceros. Siendo posible efectuar la inscripción, parece conveniente practicarla.

Pero nuevamente surge aquí aquel planteamiento (ya mencionado) que para la generalidad de las comunidades en cosa universal sostiene la comunicación entre la universalidad (o cuota de ella) y las cosas que la integran, que en este tema específico adopta también particular posición. Desde luego, reprocha (a la última de las opiniones recién aludidas, de la abstracción) una confusión en que incurriría entre el derecho de herencia y el de dominio, y a continuación formula una distinción que provoca una solución diferenciada. Se advierte que para el Código hay dos derechos reales distintos, el de dominio y el de herencia (art. 577), y que, por otra parte, la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio (de cosas) (art. 588). Ahora bien, fallecido un sujeto, sus herederos tienen el derecho real de herencia, relación del heredero con el patrimonio del causante

que, por tanto, recae sobre la universalidad jurídica que es la herencia; y, además, al operar la sucesión como modo de adquirir el dominio, el heredero adquiere el dominio de las cosas de propiedad del causante y, siendo varios, se origina entre ellos una comunidad sobre cosa universal (que sería universalidad de hecho; v. supra, N° 69). Así, se termina concluyendo que si lo cedido por el heredero es el derecho de herencia (a lo que se estaría refiriendo el art. 1909), por recaer éste sobre la universalidad jurídica herencia (que es abstracta y, por lo mismo, ni mueble ni inmueble), su tradición se efectuará por las normas del art. 684, aceptando ahí la solución propuesta por la doctrina precedente; pero si lo cedido es (por el único heredero) el conjunto de bienes o (si son varios) la cuota en la comunidad de dominio que se originó sobre los bienes del causante, teniendo presente la comunicación entre la universalidad y los bienes que la integran (con los argumentos y textos legales que se mencionaron en supra, N° 69), se debe examinar la naturaleza de los bienes, necesitándose inscripción conservatoria si hay inmuebles; y serán los términos del título –por ej., la compraventa de la herencia o de una cuota de ella– los que demostrarán cuál ha sido la intención de los contratantes, en orden a si lo cedido ha sido el derecho de herencia o la cuota en la comunidad de dominio. Pero es evidente que lo que generalmente interesará al adquirente será el conjunto de bienes incluidos en la herencia (es difícil concebir a un potencial adquirente interesado sólo en “el derecho real de herencia”, con prescindencia de los bienes dejados por el causante). Compartimos la proposición.

Por último, según se dispone en el propio art. 1909, se puede transferir no sólo el derecho a una herencia, sino también el derecho a un legado (por ej., el legatario vende su “derecho a un legado”); y, entonces, debe responderse también a la pregunta cómo se efectúa la tradición del derecho a un legado. Según una doctrina,

al parecer mayoritaria, al fallecimiento del causante el legatario de especie o cuerpo cierto adquiere el dominio de la cosa legada por sucesión por causa de muerte, y el de género adquiere por ese modo un crédito contra los herederos. Con esa distinción se puede concluir que tratándose de un *legado de especie* o cuerpo cierto, cuando el legatario pretende transferir su “derecho al legado” está transfiriendo el dominio de la cosa legada, que ya ha adquirido, por lo que la tradición no tiene novedad; se efectuará como lo imponga la naturaleza mueble o inmueble de la cosa (arts. 684 y 686). Si es *legatario de género*, él sí tiene y, por lo tanto, puede transferir, su “derecho al legado”. Y para determinar cómo se efectúa la tradición, hay que remitirse a las reglas de tradición de los derechos personales o créditos (que se verán luego).

152 bis. Las inscripciones para disponer de inmuebles hereditarios, en relación con la disposición de los derechos de herencia y legado. Ahora se está en condiciones de abordar la siguiente interrogante: si en la herencia existen Bienes Raíces, cuando el heredero pretende enajenar su herencia, ¿deben practicarse previamente las inscripciones señaladas en el art. 688? Si el legado es de inmueble, cuando el legatario pretende enajenar su derecho al legado, ¿deben practicarse previamente aquellas inscripciones?

I. *En cuanto a la herencia.* Una vez más surge aquí la controversia relatada al tratar la tradición del derecho de herencia.

Para la tesis de la abstracción, que ve en la herencia sólo una universalidad jurídica, distinta de los bienes que la integran, por cierto, el heredero puede enajenar su herencia (o cuota) sin *esas* inscripciones, precisamente porque están exigidas para disponer de un *inmueble* hereditario y aquella escapa a la clasificación de bienes en muebles e inmuebles. No es mueble ni inmueble.

En cambio, con el otro planteamiento, también ya mencionado, que distingue entre el derecho real de herencia y la co-

munidad universal de dominio que se forma entre los herederos, hay que examinar qué es lo que se pretende enajenar. Si lo que se transfiere es sólo el derecho real de herencia, se concuerda con la opinión precedente; no son necesarias esas inscripciones. Pero si lo enajenado es la cuota en la comunidad de dominio y en ella hay inmuebles, por el art. 688 y su postulado de la comunicación entre la cuota y los bienes, es necesaria posesión efectiva y su inscripción. Incluso, por su planteamiento de la comunicación, aunque en la herencia no existan inmuebles, conforme a esta tesis es necesaria la posesión efectiva y su inscripción (por el art. 25 de la ley de impuesto a las herencias).

Aunque ya pueda deducirse de lo dicho, conviene expresar que si existe sólo un heredero, el cual pretende disponer del total de la herencia o de una cuota de ella, igualmente surge la divergencia entre ambas tesis; se aplica lo dicho, en los mismos términos.

Respecto a la jurisprudencia, al igual que en el tema de la forma de efectuar la tradición, prevalece aquí la primera posición, que para enajenar la herencia o cuota hereditaria no exige inscripciones previas.

Por otra parte, ahora puede apreciarse mejor la situación en que la primera opinión deja a los inmuebles en el Registro. Si el heredero enajena su herencia, estima que no requiere practicar previamente las inscripciones del art. 688, y la tradición al adquirente la efectúa, asimismo, sin necesidad de inscribir el título. Entonces, posteriormente, en alguna etapa de las actuaciones futuras surgirá el que para el Registro será un extraño, el adquirente de la herencia, disponiendo del inmueble, o adjudicándose en la partición un inmueble, sin aparecer previamente en el Registro, provocándose una ruptura en la continuidad de las inscripciones. Podría salvarse el defecto con la posesión efectiva: en la resolución que la otorga se deja constancia de que él es partícipe de la herencia, en calidad de adquiren-

te (cesionario), conforme al contrato celebrado con el heredero originario (contrato que rolará en el expediente), y luego se siguen practicando las inscripciones restantes. Si la enajenación se efectúa cuando ya existe posesión efectiva inscrita, al no mediar inscripción como modo de efectuar la tradición de la herencia, la ruptura es más difícil de salvar. Tendría que ser el Conservador quien, para que en las inscripciones posteriores quede justificada la inclusión del cesionario, en la siguiente inscripción habría de aludir al contrato en que el cesionario adquirió la herencia, del heredero originario (contrato que, habitualmente, es una compraventa de derechos hereditarios) (por esto es que se reitera la conveniencia de inscribir esa transferencia).

II. *En cuanto al legado.* Como regla general puede afirmarse que el legatario puede disponer de su derecho al legado o de la cosa legada (según el caso), prescindiendo de las inscripciones del art. 688, pues ellas están exigidas para que el “heredero” pueda disponer de inmuebles hereditarios.

Pero conviene un análisis más detenido para conocer algunas implicancias registrales que en esta materia pueden presentarse.

Se acudirá una vez más a la distinción entre legatario de género y de especie, adoptando el criterio –ya enunciado– que entiende que el de género tiene un crédito contra los herederos y el de especie es dueño de la cosa, por sucesión por causa de muerte.

Debe advertirse, asimismo, que es concebible un legatario de género, de inmueble (puede tener lugar, por ejemplo, cuando el causante asigna un lote de terreno, de los varios que tiene en una subdivisión predial, sin precisar uno determinado; un departamento de habitación, de los varios que tiene en un edificio, etc.).

a) El legatario de género puede disponer de su crédito (de su “derecho al legado” en las expresiones del art. 1909) sin esperar a que se efectúe inscripción

alguna; aunque lo legado sea un inmueble indeterminado y, por tanto, conforme al art. 580 sea un crédito inmueble. Como se ha dicho, las inscripciones del art. 688 se exigen al heredero.

Cuando esté determinado quiénes son los herederos y exigible que sea el crédito (conforme a los términos del testamento y reglas de pago de los legados), el legatario, o el adquirente de su derecho (si lo había cedido), podrá exigir a los herederos (o al que fue gravado con esa carga) que lo cumplan, es decir, que se le entregue, en tradición, una cosa del género respectivo. Si es un inmueble, para los herederos será necesario obtener la posesión efectiva, inscribirla y practicar la inscripción especial de herencia. Esta última corresponde practicarla porque, hasta ahora, ellos son los dueños del inmueble (o lote), sólo que están obligados a transferirlo al legatario. Como esa entrega al legatario (o a su cesionario) constituye tradición, deberá efectuarse por inscripción. Y para practicarla, deberá exhibirse al Conservador un título traslativo de dominio (como es necesario para toda tradición).

Remotamente puede estimarse que el título es el testamento. Pero allí no se señaló un inmueble determinado. Entonces, en términos inmediatos, el antecedente de esa tradición será el acuerdo entre heredero y legatario en que aquél, en cumplimiento de la obligación de entregar un inmueble, que asumió al aceptar la herencia, propone al legatario (acreedor) la entrega de determinado inmueble (lote) y éste acepta. Ese título no tiene solemnidad exigida por la ley. Pero como conduce a la transferencia de un inmueble, a una tradición que debe efectuarse por inscripción, y como el Registro no admite a inscripción sino títulos en instrumentos públicos (arts. 13, 57 y 62 del Regl.), deberá constar en escritura pública. Y queda así configurada una escritura que suele llamarse “escritura de entrega de legado”. Si el acuerdo no se produjere, porque el heredero es renuente, porque el legatario no acepta el in-

mueble preciso que ofrece el heredero o por cualquier otra causa, el tribunal resolverá. En tal caso, con la sentencia se procederá a la inscripción (v. arts. 1553 del CC. y 532 del CPC.).

Aunque el punto no pertenece exactamente al tema que aquí se está examinando, puede agregarse que si se trata de un legado de género de cosa mueble, se aplica también lo dicho, con la diferencia de que en él la tradición se efectuará por alguna de las formas señaladas en el art. 684 y, por lo mismo, no es necesaria una escritura pública de entrega de legado.

b) El legatario de especie (ya se dijo) adquiere el dominio de la cosa por sucesión por causa de muerte.

Si la especie legada es inmueble, para tratar el tema con relación al art. 688 conviene distinguir entre la inscripción a nombre del legatario y la disposición a favor de un tercero.

1º. Para adquirir el dominio, este legatario no requiere inscripción. Pero le conviene inscribir, por los beneficios que le reportan las demás funciones que cumple la inscripción: pasa a ser poseedor inscrito; mantiene la historia jurídica de su inmueble; queda expedito el camino para que un futuro adquirente inscriba a su vez, según se verá más adelante; y porque, según una opinión, que también se mencionará, necesita inscribir para disponer del inmueble.

¿Cómo procede a inscribir el inmueble legado a su nombre? Está discutido.

Se ha sostenido que el legatario puede requerir la inscripción comprobando el fallecimiento del testador y el pago del impuesto que grava su asignación, y exhibiendo copia del testamento judicialmente reconocido. La exigencia de que el testamento esté judicialmente reconocido se explica, según esta posición, porque ese reconocimiento confiere verosimilitud a las pretensiones del legatario, teniendo presente que está actuando con prescindencia de los herederos. Por otra parte, los arts. 866 y sgts. del CPC. facultan al legatario para solicitar esas diligencias. Se agre-

ga que no hay texto expreso que exija que para inscribir a su nombre el inmueble legado esté primero inscrito el testamento; pero que es más concordante con el espíritu del Registro conservatorio inscribir previamente el testamento. Y se añade que si bien es cierto que la ley de impuesto a las herencias obliga al heredero o albacea a deducir previamente la suma que corresponda por impuesto antes de proceder a entregar la cosa legada (art. 59), la ley no exige que esa entrega deba efectuarse por escritura pública.

Otra opinión estima que para inscribir es necesario exhibir al Conservador una escritura pública en que los herederos o el albacea entreguen al legatario el inmueble legado (escritura de entrega del legado). Ese acto de entrega lo justifican porque: a) es frecuente que el testamento no contenga las necesarias precisiones respecto del inmueble, como para practicar la inscripción (por ej., dispone que se lega a Pedro la casa en la que el testador vive, sin indicar deslindes, datos de su inscripción, etc.); b) el testamento no es para el legatario título indiscutible de su derecho porque está sometido a diversas eventualidades (por ej., según el art. 1119 las edificaciones no siempre se incluyen en el legado y puede llegarse a deber sólo el valor del predio; también puede sacrificarse el legado en favor de las legítimas, mejoras y deudas hereditarias, conforme al art. 1362); c) los arts. 1374 y 959 vienen a confirmar que el legado no es inmediatamente exigible; d) en el mismo sentido, los arts. 1290 y 1292 se refieren al “pago” de los legados, como un acto que debe efectuar el albacea; e) finalmente, la ley de impuesto a las herencias (art. 54) dispone que los conservadores no podrán inscribir adjudicaciones de bienes hereditarios sin que se hubiere pagado el impuesto o asegurado su pago. En cuanto a la forma de escritura pública, que esta segunda posición exige para ese acto de entrega del legado, se justifica –agregan– por la circunstancia de que el Conservador inscriba sólo instrumentos auténticos.

Si se sigue esta segunda postura, para otorgar esa escritura de entrega de legado bastaría la inscripción de la resolución de posesión efectiva (que declara quiénes son los herederos) y del testamento (en el cual consta el legado); y no se justifica practicar la inscripción especial de herencia, porque ese bien no pertenece a los herederos, como para inscribirlo a su nombre. Por lo mismo, no están “disponiendo” jurídicamente de él. Sólo son sus tenedores (según un fallo, el heredero podría llegar a ser poseedor, pero irregular, por lo que, para ganarlo por prescripción, requiere de la prescripción extraordinaria).

2º. En cuanto a las exigencias para que el legatario pueda disponer de la especie inmueble legada, también ha surgido discrepancia.

Se ha sostenido que el título del legado es el testamento y la obligación de inscribir el legado como requisito previo para disponer de la especie, está implícita en la siguiente relación de disposiciones: según los arts. 688 del CC. y 55 del Regl., debe inscribirse la posesión efectiva, y si la sucesión es testada, se inscribirá al mismo tiempo el testamento; y, conforme a los arts. 691 del CC. y 79 del Regl., la inscripción del testamento debe incluir la fecha de otorgamiento, individualización del testador y de los herederos o legatarios que solicitaren la inscripción, expresando sus cuotas o los respectivos legados.

En contra, se estima que no es necesaria la inscripción; no la exige el art. 688 (el cual se refiere sólo al heredero) ni algún otro precepto. Por otra parte, el art. 691 –que es citado por la opinión anterior– sólo dispone qué menciones tendrá la inscripción del testamento, pero no exige que el legatario tenga que inscribir para disponer de la cosa legada. Por lo demás, los textos son claros en orden a que la inscripción del testamento sólo se practica en el Registro donde se inscribe la posesión efectiva (art. 688), la cual se efectúa en el Registro de la comuna en que fue concedida (esto es,

en el último domicilio del causante) y no, además, en la comuna en que esté situado el inmueble; de este modo, la inscripción del inmueble legado, como requisito previo para disponer de él, ni siquiera sirve para mantener la historia del predio cuando el inmueble legado está situado en lugar distinto del domicilio del testador.

En la práctica, cuando el legatario de la especie inmueble quiere “disponer”, enajenar, tendrá que efectuar la tradición; y tendrá que hacerlo mediante inscripción. Si ya se ha dicho que –en opinión más fundada– no requiere inscripción previa a su nombre, puede notarse que se está practicando inscripción a nombre de otro sin que el tradente tenga inscripción a nombre suyo. Entonces, después de toda aquella discusión, y no obstante la bondad de la argumentación para sostener que no requiere inscripción previa, se tropieza con un obstáculo registral al consumir la enajenación; el Conservador puede negarse a inscribir, con lo dispuesto en el art. 14 del Regl.; se trataría de inscribir un título que no emana de quien aparece –en el Registro– como dueño o actual poseedor. Nótese que en este caso el legatario es, substantivamente, dueño (por sucesión por causa de muerte) pero, registralmente, no aparece como tal ni como poseedor. Así pues, el citado art. 14 del Regl., precepto importante en la organización del Registro porque contribuye a mantener el encadenamiento de las inscripciones, viene a constituir un argumento muy contundente para concluir en la necesidad de inscripción previa; esa inscripción previa no se justifica en la substancia del derecho (él es dueño por sucesión por causa de muerte), sino en el factor formal de la organización del Registro.

153. D) Tradición de los derechos personales. Ya se ha dicho que en la sistemática del Código los derechos personales o créditos son bienes incorporales; y siendo bienes, pueden transferirse por actos entre vivos y transmitirse por causa de



muerte. Su transferencia por actos entre vivos requiere, como es nuestro régimen, de un título y la subsecuente tradición. Podrá tratarse de una venta del crédito, su donación, su permuta, etc., y a continuación tendrá lugar la aplicación del modo. Para efectuar la tradición de estos derechos personales, el Código reservó un precepto especial: *el art. 699*; esta tradición se efectúa *por la entrega del título* hecha por el cedente al cesionario. Aquí ha de entenderse por título el instrumento en que el crédito consta, donde se encuentra escriturado (nótese que el art. 1901, que en general repite lo dispuesto en el 699, emplea la expresión título en dos acepciones distintas: como antecedente jurídico, que justifica la tradición, y luego como instrumento en el cual el crédito consta). Los arts. 1901 y sgts. regulan los efectos de tal cesión (tal como ya se ha dicho respecto del derecho de herencia, la expresión “cesión” puede inducir a equívocos, por lo que para mayor claridad conviene referirse al título y a la tradición; la jurisprudencia ha debido precisar que por cesión hay que entender la transferencia propiamente tal, es decir, la tradición, y no es que la cesión sea un contrato).

Para que la transferencia produzca efectos respecto del deudor y de terceros es necesario notificar de la transferencia a aquél, o que él acepte (arts. 1902 y sgts.). Antes que acepte o le sea notificada la transferencia, le es inoponible; el deudor podría pagar al primitivo acreedor y pagaría bien.

Se ha resuelto que la entrega del título en que el crédito consta, exigida en los preceptos mencionados, puede ser real o simbólica, lo que es posible respecto de las cosas corporales muebles (y así, se ha concluido que la tradición de un crédito que consta en una escritura pública de mutuo se puede efectuar por otra escritura en que el dueño del crédito expresa su voluntad de transferirlo y el cesionario acepta tal transferencia; con esa escritura quedaría efectuada la tradición

y no necesariamente con la entrega de una copia de la escritura de mutuo).

La afirmación de que la entrega del título en que el crédito consta puede ser no sólo real sino también simbólica, es discutible, porque esta forma de tradición por entrega del título se consignó en un precepto especial, distinto de las normas dispuestas para las cosas corporales muebles, de modo que su comprensión debe ser estricta; pero más discutible es la amplitud con que aquí se ha admitido la noción de tradición simbólica, en la cual se ha aceptado una simple descripción del título transferido, efectuada en la escritura en que se transfiere (así en algunos de los fallos indicados). Para aceptar esta generosa acepción de lo que es entrega (del título) se ha ofrecido el siguiente argumento: no es necesaria la entrega real puesto que, como se verá luego, pueden transferirse los créditos que no están escriturados y, en tales casos, es evidente que no podrá exigirse la entrega del título (documento) porque no existe; de este modo –se ha dicho– así como en tales situaciones la tradición se efectuará sin entrega material, asimismo puede efectuarse acá. Pero podría contestarse que la exigencia de la entrega material o limitadamente simbólica se pide en todo caso en que el crédito conste por escrito, y la exención de esa entrega se reserva sólo para los casos de créditos no escriturados.

En cuanto a los créditos que no constan por escrito, bien podría concluirse que no pueden transferirse porque no habría manera de cumplir a su respecto con el art. 1901. Pero en la doctrina parece prevalecer la solución de que pueden transferirse considerando que si se mantiene a todo trance la exigencia de la entrega del título, al no ser posible en ellos esa entrega, quedarían como intransferibles, conclusión que, por su trascendencia (dejar un bien en estado de intransferible), requeriría de norma expresa. La jurisprudencia ha resuelto otro tanto. Admitido que son cesibles, como en tales ocasiones no es posible cumplir con la exigencia de la entrega del título, habrá que entender

efectuada su tradición por una especial declaración en el sentido de que se transfiere el dominio del respectivo crédito, declaración que podrá consignarse en el mismo acto o contrato (por ej., venta del crédito; esa actitud implica, como en otras situaciones de tradición efectuada en similares términos, prácticamente conferir un efecto real al contrato) (para los créditos documentados a la orden y al portador, cuya tradición se efectúa, respectivamente, por endoso y por la sola entrega, v. art. 164 del C. de C.).

154. Tradición de derechos litigiosos.

Al igual que en los dos temas anteriores, aquí se está tratando sólo la forma de efectuar la tradición, quedando pendientes materias como la naturaleza jurídica de estas transferencias, y sus efectos, con las varias interrogantes que plantean (las cuales corresponden al capítulo del Derecho de los contratos).

El Código destina también un párrafo especial a la cesión de los derechos litigiosos (arts. 1911 a 1914) dentro del título “De la cesión de derechos” (como se ha dicho, por cesión hemos de entender “tradición”). Tal como en la cesión del derecho de herencia, en estas reglas se establecen efectos de la transferencia, mas no se precisa la forma como ha de efectuarse la tradición.

En un concepto bastante discutido, el Código declara que “se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente” (art. 1911).

El traspaso del derecho litigioso no escapa a la regla de nuestro sistema, que impone la concurrencia del título y el modo (así lo pone de manifiesto además el art. 1912, que demuestra también que por “cesión” ha de entenderse precisamente “tradición”). Por ej., el demandante vende a un tercero su derecho litigioso; procede que, a continuación, le efectúe la tradición; en qué forma la realiza es lo que debe examinarse aquí. Y está discutido.

a) Se ha propuesto que la circunstancia de ser litigioso el derecho no impide calificarlo de derecho real o personal. Entonces, ha de atenderse a esa distinción para tener la respuesta. Si el derecho litigioso es real, se aplican las reglas tratadas para ellos; si es mueble, rigen las formas indicadas en el art. 684, y si es inmueble, será necesaria la inscripción conservatoria. Si el derecho litigioso es personal, se aplican las reglas vistas para la tradición de los derechos personales, las que estarían dadas para toda clase de derechos de esta categoría, sin que se hayan excluido expresamente los litigiosos (es decir, arts. 1901, 1902, 1903); como estos preceptos exigen entrega del título, siguiendo a la jurisprudencia se admite que la actuación en el litigio, por parte del cesionario, en reemplazo del cedente, con su consentimiento expreso o tácito, podría constituir tradición del derecho litigioso, equivalente a las simbólicas del art. 684.

b) Se ha objetado ese planteamiento. Se observa que tratándose de los derechos reales la tradición sería difícil de efectuar cuando el cedente no tiene la cosa mueble en su poder o no tiene inscrito a su nombre el inmueble. Se postula que aun cuando en términos mediatos lo cedido pudiere ser un derecho real o personal, en términos inmediatos lo cedido es siempre “el evento incierto de la litis” (art. 1911), y siendo siempre esa pretensión lo cedido, la forma de efectuar la tradición ha de ser también una sola; como la ley no lo señala, tendrá que estar constituida por una manifestación de voluntad en tal sentido, concretamente una actuación realizada en el litigio por el cesionario, con consentimiento expreso o tácito del cedente y conocimiento de las demás partes del juicio, por la que el cesionario substituye al cedente en la posición que éste tenía en la controversia.

154 bis. Síntesis de funciones. Con lo dicho puede resumirse que la inscripción conservatoria cumple las siguientes funciones:

a) Es la forma de efectuar la tradición del dominio y de otros derechos reales sobre inmuebles;

b) Deja constancia de la historia jurídica de los inmuebles;

c) Constituye un medio de publicidad para dar a conocer a los terceros la situación jurídica en que se encuentran los Bienes Raíces, de modo que con ella tienen la posibilidad de enterarse de su estado antes de entrar en relaciones jurídicas respecto de ellos;

d) Para un sector de la doctrina, es requisito, prueba y garantía de la posesión de inmuebles. Para otro no tiene ese rol; más aun, ninguno de esos específicos. Y para un tercero, lo cumple sólo en ciertas circunstancias. Pronto, al tratar la adquisición de la posesión de inmuebles se comprenderá el alcance de esta controversia (v. infra, N^{os} 189 y 192 y sgts., especialmente 195 y 195 bis).

PÁRRAFO V

LA POSESIÓN Y LA PRESCRIPCIÓN

Sección Primera

La posesión

155. Apreciaciones generales. Dentro del conjunto de materias integrantes del Derecho civil patrimonial, la posesión es una de las que más controversias doctrinarias ha suscitado, que llegan hasta la esencia misma del concepto, con implicancias y consecuencias, aun más allá de las puramente jurídicas, de naturaleza económica, sociológica, política.

Entre los principales temas de discordia, por cierto todos ellos conectados, pueden mencionarse: a) la concepción de la posesión fundamentalmente objetiva o subjetiva (v. infra, N^o 156); b) su autonomía o dependencia de la propiedad (v. infra, N^o 157); c) su naturaleza jurídica como un hecho o un derecho (v. infra, N^o 157); d) el fundamento de la protección posesoria (v. infra, N^o 271).

En el desarrollo doctrinal, las contribuciones de Savigny y Ihering han llegado a constituir lo clásico; pero los aportes han sido innumerables (por ejemplo, con Pothier antes, y después con Olivart, Saleilles, Perozzi). Y su desarrollo procede de la anudación de elementos de Derecho romano, germánico y aun canónico.

En el ámbito positivo, a lo dicho en nuestro Derecho debe agregarse una reglamentación complicada tanto en la posesión propiamente como en sus necesarias relaciones con la prescripción adquisitiva, y un funcionamiento del sistema registral en el que consta la denominada posesión inscrita de inmuebles, que han posibilitado situaciones de riña entre poseedores. Así, la posesión entre nosotros se ha erigido como uno de los símbolos de complejidad jurídica en la teoría, y una fuente importante de litigios apasionados en el devenir de la práctica.

El Código la reglamenta fundamentalmente en los arts. 700 y sgts. Se inspira de manera especial en Pothier y, en menor medida, en las Partidas y aun en normas justinianas.

156. Definición y elementos (estructura). Como el debate es profundo, llegando hasta el concepto, la exposición debe incorporar desde el comienzo las diversas posiciones.

I. *La concepción subjetiva.* Con base en las fuentes romanas, desde Savigny la posesión ha sido concebida con la concurrencia copulativa de dos elementos: la tenencia de la cosa (*corpus*) y el ánimo de dueño (*animus*).

a) La tenencia (*el corpus*) es el elemento material; la aprehensión o contacto físico con la cosa, en cuya virtud se dispone materialmente de ella. La naturaleza de ciertos bienes, especialmente de los inmuebles, en relación con la capacidad física del hombre, ha conducido siempre a estimar esta aprehensión o contacto en términos no muy materializados. Y se ha llegado a admitir que puede consistir en la sola *posibilidad* de disponer de la cosa (en tenerla a merced, disposición o

gobierno), aunque no se tenga el contacto directo, corpóreo, aunque no se ejercite sobre la cosa un poder manual (como cuando la cosa está en la residencia del sujeto, que está ausente). Esta flexibilidad se relaciona con la aceptación de las llamadas formas simbólicas de tradición, que siempre han sido necesarias, por la misma razón (las restricciones humanas en la aprehensión física de cosas). En la doctrina se han propuesto algunas diferencias de dirección o matices en la configuración del corpus: un poder de dominación material inmediato y directo con exclusión de los demás; un poder exteriorizado como el dominio, que permite al poseedor conducirse como lo haría el dueño (un poder eminentemente jurídico); un poder que revele una apropiación económica (que depende de la naturaleza de la cosa y del medio en que los actos se ejercen).

b) El ánimo de dueño (*el animus*) es un elemento intelectual, psíquico, que consiste en tener la cosa como dueño, como propietario de ella; pero conviene precisar que no se trata de la convicción de titularidad, es decir, de ser efectivamente el dueño (convicción que más bien constituye la buena fe), sino simplemente de comportarse como dueño.

Concebida así, queda establecida una definida distinción entre posesión y simple detentación (mera tenencia).

II. *La concepción objetiva.* Luego de aquel planteamiento, surgió el de Ihering. En esta concepción se considera suficiente para la posesión el corpus; y el corpus siempre lleva consigo cierta intención (de poseer); admite la presencia de un elemento intencional, pero no con la exigencia de la concepción precedente (ánimo de dueño); hay posesión cuando existe la relación de hecho unida a la voluntad de querer conservar esa relación, porque su propósito es servirse de la cosa; así, ese elemento intencional no es distinto e independiente del corporal; está inseparablemente unido a él; el *animus* no es más que el propósito, la voluntad, de servirse de la cosa, y el *corpus* su exte-

riorización. Como consecuencia inmediata puede percibirse que, en esos términos, una distinción entre posesión y detentación queda muy difuminada; más bien, la generalidad de los que en la noción anterior son meros detentadores, aquí son poseedores; en principio, el hecho de detentar significa poseer; la precisa calificación la dará no el ánimo (*animus domini*) sino la expresa declaración del legislador por la cual fija situaciones en que la relación con la cosa es mera detentación.

Aquella importante diferencia, centrada en el elemento intencional, trae diversas consecuencias (por ej., en la capacidad para poseer, en la prueba de la posesión; en este último punto, por ej., conforme a la concepción objetiva, para lograr protección al demandante le basta probar el *corpus*, y el demandado deberá probar, si es del caso, que aquella detentación ha sido privada por ley de la protección de los interdictos; en otro sentido, distinguiendo la posesión de la mera tenencia, en la concepción subjetiva resulta que cuando son agredidos en la tenencia, tenedores como el arrendatario, el comodatario, deben acudir al titular, al dueño o poseedor, en tanto con la concepción objetiva, en la que son considerados poseedores, disfrutan ellos mismos de la respectiva protección).

En los Códigos del siglo XX –como es esperable– no se encuentran pronunciamientos sobre tema doctrinariamente tan controvertido; los textos tan sólo inducen a la primacía de uno de los elementos (que los autores locales pronto discuten) sin que pueda obtenerse una conclusión categórica; en todo caso, no parece haberse impuesto una de las concepciones.

El Código chileno la define en los términos del art. 700: “es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él” (inc. 1º). Con este concepto, y considerando el conjunto de re-



glas posesorias, en la doctrina nacional predomina la conclusión de que entre nosotros se sigue una concepción más bien subjetiva (la planteada por Savigny). En este mismo sentido debe agregarse el art. 714, que distingue claramente a la posesión de la mera tenencia.

Adoptada aquella noción subjetiva, conviene insistir en que el ánimo de dueño consiste en la voluntad de tener la cosa para sí, de comportarse como dueño, de ejercer los atributos del dominio; de que quiera hacer con la cosa lo mismo que hace un propietario; no es la conciencia o convicción de serlo, lo cual –como se dijo– constituye la buena fe; ambos son poseedores, de buena o de mala fe, porque ambos actúan como dueño, sólo que el de buena fe cree ser dueño y el de mala fe sabe que no lo es.

157. La naturaleza de la posesión (hecho o derecho) y su relación con el dominio. Otra de las controversias seculares versa sobre el dilema de si la posesión es un *hecho* o un *derecho*, que viene desde Roma (con diversos textos que los autores posteriores han aducido según sus planteamientos).

Se ha sostenido que es un *hecho*; se basa en circunstancias materiales; por conferírsele protección y derivarse de ella otras consecuencias jurídicas no se convierte en un derecho, protección que, por lo demás, se confiere exista o no el derecho del cual es apariencia. Con el concepto de derecho como interés jurídicamente protegido, se ha sostenido que es un *derecho*, considerando que siempre la ley la ha protegido; más recientemente, suele añadirse que se trata de un derecho a seguir poseyendo, de carácter provisional (en cuanto puede decaer ante el derecho definitivo, de un verdadero titular).

Luego de examinados los fundamentos de las varias posiciones queda la percepción de que en la decisión influyen otros conceptos relacionados, como el concepto de derecho subjetivo.

El específico tema de la *transmisión* de la posesión añade complicación al de-

bate. En principio, es una consecuencia de la concepción que se adopte (si se la tiene por un hecho, no se transmite; si por un derecho, es admisible su transmisión). Pero en algunos Códigos Civiles se contienen textos que imponen una solución expresa al respecto (que se transmite, o que no se transmite) o, al menos, que inducen a una; entonces, ante una indefinición del respectivo Código sobre la naturaleza de la posesión, esos textos son usados como argumentos en el debate que se desata.

Por cierto, los Códigos del siglo XX no adoptan posición, al menos clara y directamente; pero es notable la constatación respecto a la transmisión: muchos disponen expresamente que la posesión se transmite a los herederos.

Entre nosotros predomina ampliamente la conclusión de que, al menos en el Código, está concebida como un hecho. No la define ni califica como derecho; no se observan disposiciones que conduzcan a esa conclusión; el art. 700, más coherente con una concepción fáctica, directamente apunta a la tenencia con ánimo. Si bien los arts. 919 y 2500 inc. 2º inducen a la transmisibilidad (lo que podría llevar, a su vez, a una supuesta calificación de derecho), pueden ser explicados en otra dirección: el primero se refiere precisamente a la protección posesoria, cuya admisión no está discutida y no supone, al menos no necesariamente, una calificación de derecho; el segundo es más inductor a la transmisión, pero su vigor puede ser neutralizado por las también terminantes expresiones del art. 717 y, además, puede ser comprendido en el sentido de que no es que imponga una transmisión de la posesión, sino una continuidad, para evitar un vacío entre el causante y el heredero cuando acepta. En la actualidad el debate parece disminuir, con la conformidad de que es una situación de hecho de la que surgen consecuencias jurídicas y a la que el Derecho protege (v. también infra, Nº 176).

Su estrecha vinculación con el dominio siempre ha conducido a formular ob-

servaciones sobre esta relación. El dominio otorga al propietario un conjunto de facultades sobre la cosa, y para que pueda hacerlas efectivas necesitará tener la cosa a su disposición, bajo su dependencia o señorío. De este modo, el dominio trae como consecuencia necesaria el “derecho a poseer” (*jus possidendi*), que viene a ser el ejercicio mismo del dominio (o, puede decirse, una manifestación de la titularidad del derecho). Pero, por otra parte, es también frecuente que una persona tenga una cosa con el ánimo de señor sin que sea su verdadero dueño; aquí aparece la posesión como una figura autónoma, independiente de la propiedad, configurándose como una situación de hecho, a la que la ley le atribuye un conjunto de ventajas (frutos, habilitación y protección para seguir poseyendo, acceso al dominio mediante la prescripción) (que conforman el llamado *jus possessionis*), como se irá percibiendo más adelante. En la primera situación se está ante un poseedor con derecho a poseer; y en la segunda, ante un poseedor simplemente, o sin derecho a poseer (por cierto, este último se encontrará generalmente en vías de ganar el dominio mediante la prescripción). Esta última situación implica además admitir la existencia de dueños que no tienen la posesión. Y así se llega al frecuente juego de situaciones de un poseedor no dueño y un dueño no poseedor. No obstante, lo normal es que ambos, *jus possidendi* y *jus possessionis*, vayan unidos; es decir, generalmente el propietario tiene la posesión; el que tiene derecho a poseer, posee. Y de ahí lo justificado de la presunción de que el poseedor se reputa dueño (art. 700, inc. 2º) (sobre la regla de que en materia de bienes muebles la posesión equivale a título, v. infra, N° 264, nota).

158. Mera tenencia. Constituye la última de las tres situaciones en que se puede encontrar un sujeto ante la cosa; es dueño, poseedor o mero tenedor. La define el art. 714 (más adelante se ofrecerán más antecedentes sobre ella; v. infra, N° 174).

159. Precedencia. Ha sido discutida la precedencia, en los ámbitos lógico e histórico, entre posesión y propiedad. Considerando que primero tiene lugar un señorío efectivo o actuación de hecho de los hombres sobre las cosas, y que resulta esencial para la existencia humana, se ha sostenido que de la posesión se ha llegado a la propiedad, y si se aboliera la propiedad, subsistiría aquella. En los Códigos Civiles y en la doctrina se observa amplia variedad, incluso dentro de cuerpos de una misma época o similar orientación. Como puede observarse, nuestro Código trata primero del dominio y algunos modos de adquirirlo y luego de la posesión, separada de la prescripción. Frecuentemente los autores nacionales han tratado la posesión después de describir las bases del dominio, al exponer los modos de adquirirlo, como un requisito de la prescripción adquisitiva, aunque últimamente se aprecia la tendencia a examinarla separadamente, pero siempre después de la propiedad.

160. Ventajas. Aparte del provecho material que un poseedor obtiene de la cosa que posee, en Derecho la posesión confiere varias ventajas. Entre ellas:

- a) Habilita para llegar a adquirir el dominio de la cosa por prescripción, luego de cierto tiempo (arts. 683, 2498 y sgts.).
- b) Otorga una presunción legal de dominio (art. 700, inc. 2º).
- c) Está protegida con las acciones posesorias (arts. 916 y sgts.) y, en ciertas situaciones, con la reivindicatoria, llamada aquí “acción publiciana” (art. 894).
- d) En ciertas situaciones puede hacer suyos los frutos de la cosa poseída (art. 907, inc. 3º) (sobre la regla de que en materia de bienes muebles la posesión equivale a título, v. infra, N° 264, nota).

161. Cosas susceptibles de posesión. Tal como acontece con el dominio, por su naturaleza y según queda claro del propio art. 700, la posesión ha de recaer sobre cosas *determinadas*. No es concebible la posesión sobre cosas inciertas, o indi-

cadadas sólo por su género. Pero esa exigencia no impide la posibilidad de que dos o más personas posean en común una cosa singular, teniendo cada comunero entonces la posesión de su cuota.

La exigencia de que la cosa sea determinada no parece impedir que se puedan poseer cosas universales; la universalidad de hecho, conjunto de cosas singulares (v. supra, N° 37), es una cosa determinada; se entiende que los elementos de la posesión deben recaer sobre el conjunto (la particular posesión de la herencia, se verá pronto, infra, N° 166).

162. Cosas no susceptibles de posesión. La posesión de los derechos

a) Hay algunas cosas corporales no susceptibles de posesión; las que no pueden apropiarse (como las cosas comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público, etc.; pero los arts. 948 y 949 conceden a estos bienes una especie de protección posesoria). Tampoco (como se dijo) las cosas inciertas o indicadas sólo por su género.

b) Particular interés reviste el problema de la posesión en relación con el carácter corporal de las cosas, sobre todo cuando el Código chileno –como se ha dicho en otra ocasión– califica de bienes, cosas incorporales, a los derechos.

Como es comprensible, históricamente la posesión tiene su origen y se ha desenvuelto en relación con las cosas corporales, que son las efectivamente aprehensibles; pero los propios romanos llegaron a aplicar una especie de posesión a los derechos (reales, mediante la llamada “cuasiposesión”); desde entonces, con una formulación frecuentemente genérica (referida a las cosas incorporales) pero siempre dirigida especialmente a los derechos reales, se mantuvo en el Derecho medieval y asimismo fue recibida en los Códigos del siglo XIX.

En la actualidad, la posibilidad de posesión de derechos (entre nosotros “cosas incorporales”) se mantiene discutida. Parece predominar la conclusión de admitirla. Aceptada, predomina su aplica-

ción sólo a los derechos reales; y la controversia se extiende incluso a la naturaleza, unitaria o dual, de la posesión, atendida la diferencia de los objetos poseídos (corporales e incorporales).

Ante las vicisitudes históricas y la controversia doctrinaria, los Códigos del siglo XX tienden a evitar una formal declaración sobre la posesión de derechos, pero incluyen textos con los cuales puede derivarse su aplicación a los reales.

Entre nosotros, con el art. 715 queda claro que se admite la posesión sobre bienes incorporales. Pero el texto no precisó en qué ha de consistir esa posesión (precisión que hace falta considerando la naturaleza inmaterial o puramente abstracta de los derechos, que los aleja de la exigencia del corpus). Se ha estimado que consiste en el goce o disfrute del derecho respectivo. También permanece aquí la duda de si está admitida la posesión de ambas categorías de derechos. Los términos amplios del art. 715 inducen a concluir que pueden poseerse tanto los derechos reales como los personales, pues ambos son cosas incorporales en la nomenclatura del Código (arts. 565 y 576); puede añadirse el art. 565 en relación con el art. 700; también así queda confirmado por el art. 2456 (inc. 3º) y por el art. 1576 (inc. 2º, que alude precisamente al “poseedor del crédito”). Pero parece predominar la conclusión de que se aplica sólo a los derechos reales; se estima que el art. 1576 se está refiriendo no propiamente a la posesión sino a un “titular” aparente del crédito; el Mensaje, en la sección respectiva, fortalece la afirmación. La solución importa para diversos efectos; por ej., para resolver si procede respecto de derechos personales la acción reivindicatoria, la prescripción adquisitiva (la doctrina de los títulos de crédito, en los que el derecho se encuentra incorporado en el documento, ofrece particularidades propias, que se tratan en el Derecho mercantil).

En cuanto a los derechos reales, en nuestros textos surge además una duda sobre una exclusión. Luego de la genera-

lidad del art. 715, el art. 882 impide ganar por prescripción las servidumbres discontinuas y las continuas inaparentes, de donde podría concluirse que eso es debido a que no pueden poseerse (pero puede concebirse un objeto poseíble mas no usucapible); en el título de las acciones posesorias, después que el art. 916 las concede en general a los derechos reales sobre inmuebles, el art. 917 excluye de la protección posesoria a los que excluye el art. 882 y, posteriormente, el art. 922 parece limitar esa protección al usufructuario, al usuario y al habitador.

Por último, no debe confundirse la dualidad de situaciones que pueden producirse por la concurrencia del derecho de dominio con un derecho real limitado en determinada cosa: se es poseedor del derecho real, pero mero tenedor de la cosa sobre la que se ejerce (se es poseedor del derecho de usufructo, pero sólo mero tenedor de la cosa fructuaria).

163. Clases de posesión. Siguiendo la nomenclatura más difundida, se distinguen: posesión regular o irregular; posesión viciosa y no viciosa (útil e inútil).

Con los textos positivos, posesión regular es la definida en el art. 702 y posesión irregular la definida en el art. 708. Cuando el poseedor carece del dominio, ambas lo conducen a él mediante la prescripción.

Posesión viciosa es la que adolece de un vicio de violencia o clandestinidad; no viciosa, la exenta de tales defectos. El Código conoce la clasificación, aunque no define cada categoría. Simplemente prescribe que son posesiones viciosas, la violenta y la clandestina (art. 709), y define cada una (arts. 710 y 713). Con frecuencia se ha llamado posesión útil a la no viciosa e inútil a la viciosa, para significar que la primera presta la utilidad de conducir a la prescripción y no la segunda; pronto se verá que esta equivalencia está discutida (v. infra, N° 173).

164. A) Posesión regular. Como se ha dicho, está definida en el art. 702. Cons-

tituye la síntesis del elemento técnico (el título) con el elemento ético (la buena fe). Del texto queda claro que son sus elementos: el justo título, la buena fe, y la tradición cuando el título es traslativo de dominio. A medida que se avance en los conceptos podrá observarse que dos elementos, justo título y buena fe, aparecen íntimamente relacionados y con frecuencia pueden constituir una sola situación.

165. 1) Justo título. El Código no define lo que es título justo; ni siquiera lo que es título.

En materia posesoria puede entenderse por “título” el hecho o acto en el que se funda la posesión. Su antecedente justificante. Es la respuesta que ha de dar el poseedor cuando se le pregunta porqué afirma ser dueño.

Sobre todo atendidos nuestros textos, puede entenderse por “título justo” el que por su *naturaleza* es apto para atribuir el *dominio*, siendo auténtico, real y válido.

Esta definición merece dos comentarios:

a) Está orientada al dominio. Y eso se explica porque la posesión importa una convicción de dominio. El poseedor no se considera poseedor; se considera o, al menos, se comporta como dueño. De ahí que el título en que funda su posesión, el antecedente con que la justifica, con el que responde a la pregunta porqué tiene esa cosa como un dueño (porqué posee), sea un título cuya función es atribuir dominio. Por eso queda explicado también que luego, como se dirá, el Código los divide en dos grupos, que llama “títulos constitutivos de dominio” y “traslativos de dominio”. El rol natural de ellos es conferir dominio; entonces, al operar, provocan en el adquirente la convicción de dueño (lo dejan en posesión). En el caso concreto conferirán, además, efectivamente el dominio, si se reúnen los requisitos correspondientes (por ej., si es ocupación, da dominio si la cosa carecía de dueño; si es compraventa, seguida de tradición, da dominio si el vendedor era dueño; si

no, simplemente dejan al ocupante, al comprador adquirente, en posesión). Así pues, tratándose de los traslaticios, para que sea justo no es necesario que el título emane del verdadero dueño.

b) En la definición se dice que es justo cuando es auténtico, real y válido. Estas características se agregan teniendo presente las que según el art. 704 convierten a los títulos en injustos: la falsificación, la nulidad, etc. Entonces, el justo ha de ostentar las características opuestas.

166. Subclasificación. Según el art. 703, “el justo título es constitutivo o traslativo de dominio”. Doctrinariamente se agrega el título declarativo (el precepto aplica la distinción a los títulos justos, pero es aplicable también a los injustos; una venta nula es título injusto y traslativo de dominio).

a) *Títulos constitutivos de dominio.* El Código llama así a los modos originarios de adquirir el dominio. Los enumera: ocupación, accesión y prescripción (art. 703). En otros términos, a ciertos modos de adquirir el dominio el Código les atribuye el rol de títulos para poseer. Normalmente, cuando operan permiten adquirir el dominio y, por lo mismo, la posesión, pero puede ocurrir que no otorguen el dominio, en cuyo caso sólo actuarán como títulos constitutivos de posesión (por ej., si se ocupa un bien que tiene dueño, la ocupación no funcionará como modo, pero constituirá título para poseer la cosa).

Respecto a la *ocupación* como título posesorio, hay confirmación en el art. 726. Esta decisión legal de tener a la ocupación como título para poseer provoca reflexiones que conducen a enjuiciarla. Ya se ha dicho que el título posesorio constituye la explicación o justificación de por qué se posee. Entonces, admitir a la ocupación como título significa aceptar como explicación: poseo porque ocupé; lo que equivale a responder: poseo porque sí; o, poseo porque poseo. En definitiva, tener a la ocupación como título constituye una formalidad terminológica; en el fondo, se está admitiendo prescindir del título.

Y así está reconocido en los arts. 726 y 729. Y en cuanto a la crítica que puede provocar el admitir o rechazar a la ocupación como título, conduce a evaluar las mismas ventajas y objeciones que presenta la prescripción y optar entre los mismos valores que están en juego en ella.

La doctrina generalmente objeta que se incluya a la *prescripción* dentro de los títulos constitutivos, puesto que ella misma supone posesión (no figuraba en el Proyecto de 1853 ni en el inédito); lo que es efecto no puede constituir causa. Aunque se ha intentado justificar su inclusión en cuanto legitima la situación futura del poseedor irregular que ganó el dominio por prescripción.

En lo que respecta a la *accesión*, la posesión de lo principal se extiende a las accesiones de ella (la regla sufre particularidades en el art. 652 y en la accesión de mueble a mueble).

b) *Títulos traslaticios de dominio.* Son “los que por su naturaleza sirven para transferirlo” (art. 703, inc. 3º) como la venta, permuta, donación entre vivos, aporte en propiedad a una sociedad. El inc. 6º del art. 703 precisa la situación de la transacción, la cual es también de esta clase de títulos, cuando se refiere a un objeto no discutido (es disputado un predio; a cambio de su eventual derecho, uno de los contendores recibe del otro un automóvil).

Puede verse que estos títulos, al mismo tiempo que inician el proceso de transferencia del dominio, son títulos para poseer.

Nótese que el título es traslativo de dominio cuando sirve para transferirlo atendida su naturaleza (examinado en abstracto), aun cuando en el caso concreto de hecho no lo transfiera, debido a que el que aparece transfiriéndolo carece de él. Así, la compraventa es título traslativo porque, por su naturaleza, es el acto idóneo para conducir al traslado del dominio, aun cuando en un caso específico el vendedor no sea el dueño. Entonces, el comprador, al recibir en tradición, quedará como poseedor; y es poseedor

en virtud de un título traslativo de dominio, la compraventa. Incluso, si esa compraventa no presenta ninguno de los defectos aludidos en el art. 704, será título justo, con lo que se tendrá ya uno de los requisitos para la posesión regular (recuérdese que la venta de cosa ajena es válida –según el art. 1815–, de modo que esa venta no queda incluida en el N° 3 del art. 704, como pudiera pretenderse).

c) *Títulos declarativos de dominio.* Aunque el Código no identifica expresamente esta tercera categoría, el art. 703 y otros preceptos demuestran que están contemplados. En todo caso, la doctrina los reconoce y distingue de los anteriores.

Son los que se limitan a reconocer (declarar o aclarar) una situación de dominio preexistente. De modo que cuando al poseedor se le interroga por qué afirma ser dueño, no está respondiendo cuando aduce alguno de estos títulos; ellos no forman nuevo título para justificar posesión. Como sólo declaran o aclaran una situación preexistente, para averiguar cuán legítima es la situación del poseedor, es necesario retroceder hasta donde se encuentre el hecho o acto en virtud del cual entró a poseer.

Por otra parte, como estos títulos nada crean, esta característica puede resultar favorable o adversa para el titular, para quien tiene y aduce un título declarativo. Si el derecho existía entre quienes celebraron el acto declarativo, en cuanto a la antigüedad le favorece, pues el acto celebrado nada interrumpe o inicia, y tendrá la posesión en todo el tiempo intermedio (entre el acto originario y el apareamiento de este título declarativo). Además, la tendrá con la calidad originaria, regular, irregular, viciosa. Y si nada había entre ellos (entre los autores del título) y el derecho pertenecía a un tercero, por ser declarativo, con ese título nada obtiene el titular.

El art. 703 concentra a varios de estos títulos declarativos.

A continuación se formularán algunos comentarios en torno a los que menciona, advirtiendo que los dos que apare-

cen primero presentan un problema de calificación.

1) Las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición.

Con “sentencia de adjudicación en juicios divisorios” se alude a la sentencia que dicta el juez partidor en la partición efectuada por él; y con “actos legales de partición” se hace referencia a la convención en la cual los comuneros parten la comunidad por acuerdo entre ellos (v. supra, N° 69).

Ahora bien, como el inciso anterior al que se comenta está regulando los títulos *traslativos* de dominio, cuando este inc. 4° dispone que “pertenecen a esta clase” está manifestando que estos actos recién mencionados pertenecen a la clase de los *traslativos*. Pero, por otra parte, ya se ha dicho (v. supra, N° 69) que el Código chileno –apartándose de la doctrina romana que consideraba a la adjudicación un título traslativo y constituía, por tanto, un acto de enajenación– estableció para la adjudicación un efecto *declarativo* (arts. 1344 y 718).

Para aislar el problema conviene precisar que respecto del dominio el art. 1344 no tiene contradictor. Respecto del dominio la adjudicación tiene sin duda un efecto declarativo (el adjudicatario es considerado dueño de lo que recibe en adjudicación desde el día en que se originó la comunidad y no desde el día en que se le adjudicó). Pero respecto de la posesión la calificación de estos actos queda como un problema, al menos aparente, al enfrentarse el citado inc. 4° del art. 703 con el art. 718. Según el 703, estos títulos pertenecen a los *traslativos*, y según el 718 son declarativos. En definitiva, respecto de la posesión, la adjudicación (sea proveniente de la sentencia del partidor o del acuerdo de los comuneros) ¿tiene un efecto traslativo o declarativo?

Se ha sostenido que si bien respecto del dominio el efecto declarativo es claro (por el art. 1344), en materia posesoria se le considera título traslativo. Y es así por el tenor del 703, que simplemente la

asimila a los traslaticios. Y en cuanto al 718, por los efectos que señala se estaría refiriendo, igual que el art. 1344, al efecto *declarativo* respecto del dominio.

En contra se ha sostenido que en materia posesoria, igual que en el dominio, la adjudicación tiene efecto declarativo (es título declarativo); es así por el tenor del art. 718. Y cuando el art. 703 la considera título traslativo se estaría refiriendo a las “adjudicaciones” efectuadas en el proceso particional a extraños. Esta última afirmación requiere una aclaración. En la práctica –y a veces en los textos legales– en el proceso particional suele emplearse impropriamente el término “adjudicación” para designar a transferencias de bienes comunes a terceros (por ejemplo, por remate). Auténtica adjudicación existe sólo entre comuneros. Entonces, como el término suele usarse en ese sentido impropio, se estima que ese sería el sentido empleado en el 703 y se aplicaría, por tanto, sólo a esas “adjudicaciones” a extraños.

Por cierto, dirimir la disyuntiva trae consecuencias prácticas. Puede verse en el siguiente ejemplo: en 1980 A, B y C compran un mueble en común y lo reciben en tradición. En 1983 parten la comunidad y A se adjudica el bien. Ocurre que la cosa no era del vendedor y, en 1984, el dueño la reivindica. El reivindicante sostiene que la adjudicación es título traslativo para poseer; de modo que el adjudicatario sólo es poseedor desde 1983, teniendo a la fecha de la demanda sólo un año de posesión. El demandado A sostiene que la adjudicación es título declarativo para poseer y, por tanto, él es poseedor exclusivo desde 1980 y que, por reunir los demás requisitos de la posesión regular, ya ha ganado la cosa por prescripción, de dos años, que cumplió en 1982.

2) Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos.

Se trata de sentencias que resuelven un conflicto entre partes que disputan un derecho.

Estas sentencias son, sin duda, títulos declarativos. Lo expresa el inc. 5º: “no

forman nuevo título para legitimar posesión”.

Que estas sentencias sean declarativas significa que se limitan a establecer que una situación, discutida o dudosa, es o existe en ciertos términos, desde antes, desde que se originó.

Ejemplo: en 1990 A vende a B un predio. El mismo año A lo vende también a C. Más tarde, en 1993, B y C litigan por el predio. Se dicta sentencia favorable a C. En 1999 X, sosteniendo que el predio es suyo y que A vendió cosa ajena, entabla acción reivindicatoria contra C. C alega la prescripción ordinaria; aduce como título la sentencia, estimando que desde ese fallo ha poseído por más de 5 años, de modo que ha ganado por prescripción ordinaria. X le responderá, en primer lugar, que ese fallo no le empece, por el art. 3º del CC.; y, en segundo lugar, que las sentencias sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar posesión (art. 703, inc. 5º), de modo que para conocer el título de C hay que retroceder, y aparece su compra a A. Si esa compra es válida y reúne los tres requisitos de la posesión regular, entonces C habrá ganado por prescripción ordinaria de cinco años, contados desde 1990, y la reivindicatoria sería rechazada. Pero si esa compra adoleciera de algún vicio de nulidad o por alguna otra causa ese título fuere injusto o, en general, le faltare uno cualquiera de los tres requisitos de la posesión regular (como la buena fe al entrar en ese tiempo a poseer), entonces su posesión será irregular y, por tanto, sólo puede pretender la prescripción extraordinaria (10 años), que en 1999 aún no se cumple, y en tal situación la acción reivindicatoria sería acogida.

Es justificado que la sentencia no constituya nuevo título, porque lo normal es que las sentencias no creen derechos o situaciones; sólo declaran derechos preexistentes, aclaran situaciones conflictivas. Además, privándoseles de esa virtud de formar nuevo título, se evita que se fragüen litigios (con una contraparte coludida) por quienes carecen de título, o lo

tienen injusto, para conquistar con el fallo uno irrefragable.

3) La transacción.

Está definida en el art. 2446 (para una comprensión más completa de este acto, debe agregarse que ella ha de contener concesiones recíprocas).

Para calificarla en cuanto título posesorio debe distinguirse, como ya lo hace el art. 703 (inc. final), entre el acuerdo transaccional que decide la suerte de lo disputado, y el que crea efectos sobre cosas no disputadas (y que se incluyen porque contribuyeron a lograr el acuerdo que puso fin a la controversia). Respecto de la cosa disputada, la transacción es título declarativo; respecto de las no disputadas, es título traslativo.

Ejemplo en cuanto título declarativo: A y B disputan un predio. Transigen. Se acuerda que el predio queda para A (y se acordó así porque por su parte A dio a B un camión). Como el título es declarativo, se entiende que el predio es de A no desde ahora, sino desde antes, desde la fecha que él mencionaba cuando lo discutían, y con base en el acto que él mencionaba cuando lo discutían. Por lo mismo, si se quiere examinar su posesión, no nos detendremos en la transacción; seguiremos retrocediendo hasta aquel tiempo que él fija y se examinará el título que él aducía en la discusión. Por lo mismo, si aparece un tercero y demuestra que el predio era de él, quiere decir que nada tenían los contrincantes, y como la transacción no forma nuevo título, A nada logra con aducirla para justificar su posesión ante este tercero que ahora le disputa el predio (mientras se celebraba la transacción entre A y B el derecho en manos del tercero se mantenía incólume).

Ejemplo en cuanto título traslativo: cuando se acordó que el predio quedaba para A, éste dio a B un camión (prestación que condujo a B a acceder que el predio quedare para A). Respecto de este objeto (que no estaba en disputa) la transacción es título traslativo; es nuevo título; justifica posesión. Así, si el camión no era de A, cuando más tarde el dueño

pretenda reivindicarlo, B puede aducir la transacción como título y, a partir de ella, reunidos los requisitos de la posesión regular, puede contar los dos años para ganar esa cosa mueble por prescripción ordinaria. Si falta uno o más de esos requisitos, a partir de ella puede contar los 10 años para ganarla por prescripción extraordinaria. Por otra parte, no desde antes (sin perjuicio de la posibilidad de la agregación de posesiones).

La sucesión por causa de muerte como título

Qué posee el heredero y desde cuándo, son interrogantes sumamente discutidas en la doctrina, con dilatada historia y normas legales frecuentemente controvertibles. Entre nuestros textos (que ciertamente no hacen excepción a aquel carácter) pueden mencionarse los arts. 688, 704, 717, 718, 722, 1264 y sgts., 2500, 2512. Además, en las conclusiones influyen conceptos posesorios y hereditarios, algunos generalmente aceptados y otros discutidos o de significado difuso. Para nosotros, conviene tener presente las siguientes circunstancias: el Código implanta un derecho de herencia como derecho real (distinto del dominio); la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio de cosas; la posesión es concebida (generalizadamente) como un hecho; y, derivada de esa calificación, prevalece también la conclusión de que no se transmite (no obstante lo dispuesto en el citado art. 2500; sobre la transmisión y explicaciones de este precepto, v. lo dicho en supra, N° 157 y notas).

Con estos antecedentes, en nuestro Derecho pueden formularse apreciaciones diferenciadas para la herencia y para los bienes que transmite el causante.

a) *En cuanto a la posesión de la herencia.*

1º. Por la sola circunstancia de serlo, al heredero se le tiene por poseedor legal de la universalidad herencia (arts. 688 y 722); así, la posesión "legal" de la herencia es la que se confiere al heredero por el solo ministerio de la ley (aunque el heredero lo ignore).

2º. Se implantó también la noción de posesión “efectiva” de la herencia, consistente (como ya se dijo) en una declaración –judicial o administrativa– por la que a cierta persona se le tiene por heredero de otra (para certeza de los terceros en el cobro de deudas y, en general, en el ejercicio de sus derechos; para la continuidad del Registro inmobiliario; para facilitar la aplicación de la prescripción como medio de dirimir dudas entre el que por derecho es heredero y el que se cree tal) (art. 688).

3º. Conforme a precedentes judiciales, a esas clases de posesión se agrega la posesión “real” (o “material”) de la herencia, que corresponde al que en la realidad detenta la herencia en calidad de heredero (que puede ser o no el verdadero heredero). Se ha entendido que se posee una herencia (en este sentido de posesión real) poseyendo los bienes del causante (o, al menos, los fundamentales) en calidad de heredero.

Ciertamente, el verdadero heredero puede tener las tres clases de posesión. Si un falso heredero entra a poseer la herencia, en posesión real (poseyendo bienes en calidad de heredero), el verdadero puede intentar la acción de petición de herencia (arts. 1264 y sgts.); si no la interpone, el falso puede terminar ganándola por prescripción de diez años; y aun de cinco, si ha obtenido la posesión efectiva (y está de buena fe). En esa situación, estrictamente carece de título, pero si existe una apariencia de él el Código lo considera “título putativo” y una especie de los títulos injustos (art. 704, Nº 4); y si logra posesión efectiva, ahí tendrá título justo.

b) *En cuanto a la posesión de los bienes.*

Al fallecer, el causante pudo haber tenido bienes en diversas situaciones jurídicas: en dominio, sólo en posesión o, aun, en mera tenencia.

Cualquiera puede entrar a poseer un bien de esos y, siendo poseedor, podrá llegar a ganarlo por prescripción, todo conforme a las reglas generales. Podrá aducir como título cualquiera de los que

señala el art. 703, según sea su situación (por cierto, si es inmueble, se planteará el problema de la inscripción conservatoria, como se verá pronto).

Si el que posee un bien lo posee en calidad de heredero, aquí aparece la sucesión por causa de muerte como título. Y entonces procede examinar si es o no heredero.

– *Si es verdaderamente heredero* y el causante era dueño de la cosa, él tiene el dominio (adquirido por el modo sucesión por causa de muerte) y, por lo mismo, el derecho a poseerla. Aquí puede recordarse el art. 717, conforme al cual el heredero inicia la posesión y no le ha sido transmitida por el causante (texto que constituye un argumento para concluir que en Chile la posesión no se transmite y que, a su vez, eso se debe a que entre nosotros se le concibe como un hecho, no como un derecho). Como tiene el dominio, en el título de la acción de petición de herencia el Código dispone que, además de esa acción, tiene también la reivindicatoria (para perseguir los bienes específicos) (art. 1268).

Si el causante poseía la cosa sin ser dueño, al entrar el heredero en posesión (si la tiene con ánimo de dueño), posee con el título del causante, unido a su condición de heredero que lo deja como continuador de aquél (ese título del causante tendrá importancia para calificar esta posesión).

Por último, si el causante era sólo tenedor, la aplicación de este título sucesión por causa de muerte para justificar la posesión del heredero (teniendo la cosa con ánimo de dueño), ha sido controvertida; actualmente en la doctrina parece predominar que la sola circunstancia de ser heredero no basta; es necesario un elemento (nuevo) que explique este cambio (porque el causante era mero tenedor).

Así, pues, con esta discutible potencia según las situaciones, actúa la sucesión por causa de muerte como título posesorio, como justificación del heredero de por qué posee (por qué se considera

dueño: porque heredó; *pro herede*, como heredero).

– *Si no es heredero*, sea que el causante haya tenido el dominio, o sólo la posesión, o nada más que la mera tenencia, la posesión que pueda lograr en los bienes carecerá de título (al igual que carece de título su posesión sobre la herencia, conforme se dijo antes); al menos no tendrá el título sucesión por causa de muerte. Si acude a él es porque creerá que es heredero y, por tanto, dirá que el título de su posesión (su justificación de por qué posee cierto bien) es la sucesión por causa de muerte (dirá: soy dueño –poseo– porque heredé). Como objetivamente no es heredero, estrictamente carece de título. Pero –tal como se dijo respecto de la posesión de la herencia– si hay una apariencia, un vestigio, podrá tenersele como título putativo sucesión por causa de muerte; así, poseerá el bien con ese título putativo (art. 704 N° 4 primera parte).

167. Títulos injustos. Se ha dicho que el Código no ha definido el título, ni el justo; tampoco el injusto. Se ha limitado a *enumerar* los títulos que no son justos, enumeración que, por su naturaleza, es taxativa (art. 704; se ha resuelto que calificar un título de justo o injusto es una cuestión de Derecho, no de hecho).

Sobre estos títulos pueden formularse las siguientes observaciones (en el orden en que están consignados):

1º. Por los términos de esta primera situación, no se comprende aquí la falta de veracidad, de modo que si el título fue realmente otorgado por quienes aparecen, aunque sus declaraciones no sean verdaderas es siempre justo.

La adulteración puede referirse a las personas que aparecen interviniendo, al funcionario autorizante, a la substancia del acto. Literalmente la norma limita la falsificación a los sujetos, pero parece natural, y también más armónico con el art. 17, entenderla con la señalada amplitud.

En cada caso tendrá que apreciarse la envergadura y su consecuente influen-

cia en el conjunto. Porque puede haber algunos cambios que se efectúen con intención de corregir un defecto ortográfico o terminológico que en extremo rigor constituye falsificación, pero que no afecta la autenticidad del acto en su sentido y en sus caracteres fundamentales.

Cuando un instrumento incluye varios actos jurídicos independientes, la falsificación de uno no justifica, necesariamente, dar por falsificados todos. Recuérdese que aquí se está tratando la falsificación del título posesorio, es decir, del antecedente (substantivo) que explica o justifica la posesión; por tanto, si ese antecedente consta junto a otros actos en el mismo instrumento y la falsificación se refiere a alguno de esos otros, puede concluirse que aquél no está falsificado y, por ende, que el título es justo. Incluso, así como existe la nulidad parcial para actos que pueden descomponerse en secciones independientes, en los que una parte puede adolecer de un vicio y no el resto (como el testamento), así también podría ocurrir respecto de la falsificación. Pero habrá situaciones en las que cierta falsificación dejará a todos los actos con título falsificado (como cuando se refiere a la presencia, exigida por ley, del funcionario público autorizante).

Por otra parte, en ocasiones una falsificación de apariencia intrascendente puede provocar un efecto decisivo, que altere la naturaleza del antecedente posesorio; entonces, el título es falsificado y, por tanto, injusto.

Deberá examinarse, pues, cada caso en particular.

2º. Se ha entendido que se incluye también aquí el título emanado de un representante, pero que actúa extralimitándose en sus facultades. En otro sentido no distingue la ley, de modo que el título es injusto sea que el que pasa por representante sepa que no lo es o crea serlo cuando realmente no lo es, es decir, esté de buena o de mala fe. Si alguien vende una cosa ajena, pero como propia, actuando por sí, el título es justo (no está incluido en el N° 2 del art. 704; ni tampoco en el N° 3, porque

el art. 1815 dispone expresamente que la venta de cosa ajena es válida), en tanto que si la vende como ajena, diciéndose representante del dueño, el título es injusto. La diferencia parece justificarse porque en esta última situación el adquirente debió examinar suficientemente el poder que aduce quien le ha manifestado ser representante. Esta observación demuestra la íntima relación (ya anunciada) entre el antecedente jurídico aducido y la conducta del sujeto; entre el título y la fe.

Por último, si el título emana de un representante que verdaderamente lo es, para enajenar una cosa que no pertenece al poderdante, es un título justo; no se encuentra comprendido en el N° 2; si el acto celebrado es una venta, simplemente se trata de una venta de cosa ajena.

3°. Si el título es nulo, es como si no hubiese título, según las expresiones de Pothier. Es injusto, bien que la nulidad de que adolece sea absoluta o relativa; no se distingue; y si es relativa, puede tener aplicación la confirmación (art. 705).

Un punto interesante aquí es determinar si es necesaria la declaración judicial de nulidad para considerar injusto el título. La respuesta afirmativa se ve apoyada por el principio (entre nosotros consagrado en reglas, como los arts. 1687 y 1689) de que la nulidad sólo produce efectos una vez que ha sido declarada judicialmente; mientras ello no ocurre, el acto produce sus efectos, teniéndose por válido. Sin embargo, esa postura tropieza con la nulidad relativa. Como ella no puede ser alegada sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, podría darse el caso que el interesado en que se tenga por injusto el título no tuviere la acción de nulidad relativa (A compra a un relativamente incapaz un objeto perteneciente a B; B reivindica; A le opone prescripción ordinaria fundado en posesión regular; B observa que el título es nulo relativamente y, por tanto injusto, lo que excluye la posesión regular y por ende la prescripción ordinaria; pero esta nulidad está establecida en favor del con-

tratante incapaz y no en favor de B, por lo que no podría obtener la declaración de nulidad del título). Para sortear la dificultad se ha propuesto que se debe permitir a quien tenga interés en que el título sea injusto, que invoque la nulidad relativa para el solo efecto de tenerse por injusto, manteniéndose el acto respectivo como válido para los demás efectos legales, los cuales se extinguirían sólo cuando se anule a petición de quien tenga la acción de nulidad. Aunque algo artificiosa, la solución parece funcional.

Una relación con el art. 1815, el cual declara que la venta de cosa ajena vale (no es nula) permite la siguiente observación. Es frecuente la aparición de situaciones en las cuales surge un conflicto entre dos intereses contrapuestos, ambos dignos de protección. La venta de cosa ajena es destacadamente una en la cual los intereses en conflicto son el derecho de dominio y la seguridad del tráfico. Se trata de proteger al dueño o a los terceros, que diariamente adquieren cosas, especialmente muebles, sin que se les pueda exigir un examen acucioso de la titularidad del enajenante, so pena de entorpecer la circulación de bienes. Relacionando el art. 1815 con este 704 N° 3, la conclusión es que el codificador optó por el derecho de dominio con atenuación a favor del tráfico. Protegió el dominio porque en el art. 1815 dispone que la validez de la venta es sin perjuicio de los derechos del dueño mientras no prescriban; y protegió al tercero porque al declarar válida la venta lo deja con título justo y, por tanto, ya con el primero de los requisitos para la posesión regular, la cual le permite adquirir el dominio por la prescripción más breve (la ordinaria).

4°. El Código no ha definido lo que es título putativo. La doctrina suele conformarse con entender por título putativo el que se invoca sin existir realmente. Pero debemos añadir alguna mayor concreción. De la circunstancia de tratarse de un "título" y de los ejemplos que el texto ofrece, desprendemos que es un título aparente; es decir, como todo título,

es un antecedente jurídico que por su naturaleza justifica posesión, pero que adolece de algún defecto que lo ha dejado en el solo estado de apariencia. Como no es “realmente” un título, podría pretenderse que en la nada hay también un título putativo (el sujeto dice que posee porque es heredero de X, sin agregar ningún vestigio de antecedente que conduzca a esa conclusión; ni parentesco, ni testamento ni algo semejante a testamento. Cuando se le reprocha esa ausencia de antecedentes, responde: precisamente, como no soy realmente heredero, tengo título putativo). No es así. Debe existir un efectivo antecedente que configure apariencia; y entonces, por otros elementos de juicio, resulta que ese antecedente es nada más que apariencia.

Generalmente, el poseedor tendrá el erróneo convencimiento de que tiene título, así se observa en los ejemplos que el Código señala; y aquí se aprecia nuevamente la íntima relación entre este elemento, el título, y el siguiente, la fe.

En cuanto a los ejemplos, hay relación con lo prescrito en el art. 1269. Además de tales ejemplos, se han mencionado como títulos putativos los actos simulados (pero como entre nosotros la simulación es conducida a la nulidad, quedaría en el N° 3), los resueltos.

Si el justo título es el acto testamentario “legalmente ejecutado”, se ha concluido (pero antes de la reforma por ley 19.903, cuando la expresión era “judicialmente reconocido”) que se aplica sólo al legatario de especie o cuerpo cierto, no al de género, ya que éste sólo tiene un crédito contra la sucesión o contra el heredero gravado. El punto parece encontrar su decisión en la solución de otra duda: si es posible la posesión de derechos personales, a la que ya se ha hecho referencia (v. supra, N° 162).

Tratándose de la posesión efectiva, se ha discutido el inicio del cómputo del plazo para la prescripción (desde que se dicta, desde que se notifica); parece imponerse la decisión de que se cuenta desde que se dicta la resolución. Respecto

del acto testamentario, se cuenta desde que se reconoce judicialmente. Y sin retroactividad; no es del caso aplicar el art. 705.

Con la noción de título putativo que se ha dado y teniendo presente la función (ya consignada) que cumple el título, en definitiva el título injusto es una apariencia de título (para nosotros eso queda demostrado con las situaciones específicas que menciona). Por esto: a) podría ser substituido por un concepto genérico redactado en torno a la noción de antecedente que aparenta ser título; b) la taxatividad, que habitualmente ha sido atribuida al texto, con el N° 4 queda desvirtuada y viene a dejar en cierto grado prescindibles a las situaciones anteriores (de los otros numerales); y c) esa tipificación legal de situaciones todavía puede justificarse por la frecuencia y nitidez con que suelen presentarse y la trascendencia de las instituciones de donde emergen.

168. 2) Buena fe. Es uno de los conceptos fundamentales en el ámbito jurídico y, ciertamente, en el Derecho civil. Puede entenderse por buena fe la convicción de actuar lícitamente (rectamente); tal es la noción corriente y tradicionalmente aceptada por el Derecho, y que ha llegado a calificarse como acepción subjetiva. Paralelamente, se ha desarrollado una noción objetiva, en la que se tiene por buena fe el comportamiento conforme a la conducta media de un sujeto corriente y que es socialmente exigible a los particulares. Considerada como convicción subjetiva, psicológica, se ha de averiguar en cada caso particular, examinándose “en concreto”; en tanto que la segunda implica su apreciación “en abstracto”, comparando lo que normalmente se tiene por actuación de buena fe con las actuaciones del sujeto; esta última noción ha cobrado desarrollo principalmente en materia contractual.

No compartimos la decisión de escindir, dividir la noción de buena fe; ella es sólo una, la denominada buena fe subjetiva; la llamada acepción objetiva alude más bien a un *método* para determinarla,

para evaluar la conducta de un sujeto en una situación determinada. Ante la imposibilidad o extrema dificultad de detectar la fe de un individuo (y no es factible guiarse por su sola palabra), hay que acudir a elementos objetivos que conduzcan a un resultado fiable; ese camino ha conducido al método de definir un comportamiento que se estima el propio de quien actúa de buena fe y luego se procede a comparar ese comportamiento con el adoptado por el sujeto cuya conducta se está juzgando; de esa comparación surgirá la conclusión respecto de su fe (buena o mala).

Por cierto, en cada materia en la que la buena fe incide, adopta caracteres particulares. En apreciación genérica, se ha estimado que en el campo de los derechos reales la buena fe se manifiesta más bien como *convicción* o *creencia* (por ej., el comprador cree adquirir de quien es dueño), en tanto que en el de las obligaciones es más bien un *modo de comportamiento*. La afirmación puede aceptarse sólo como una generalización, porque dependerá de la situación específica de que se trate y, más aún, parecen sólo diferentes fisonomías. Siendo en el ámbito de las obligaciones en donde se regula el intercambio de bienes y servicios, es natural que ahí su forma de comportamiento sea más perceptible (por lo que allí se trata con más detenimiento, en matices y concreciones), especialmente en etapas de actividades que se despliegan en el tiempo (como en las tratativas preliminares al proyectarse un contrato y en la ejecución de prestaciones duraderas).

Con fundamento subjetivo, y en la noción de buena fe creencia, el Código establece lo que en materia posesoria significa la buena fe (art. 706), precepto fácilmente explicable porque el “proceso” de “adquisición” se inicia en el título. Y aquí, en la materia posesoria, nuevamente puede apreciarse la vinculación estrecha entre el título y la fe (por ejemplo, un título, falsificado por quien lo hace valer, automáticamente implica mala fe).

Es comprensible el precepto citado, en cuanto estima compatible con la buena fe un error de hecho que sea justo, es decir, excusable, en el que las apariencias justifiquen el error padecido (aunque la excusabilidad incide más propiamente en la prueba de la buena fe que en su existencia). En cambio, dispone que obsta a la buena fe un error de Derecho (como si el título emana de un menor y se pretende aducir ignorancia de que los menores son incapaces) (los arts. 8º y 1459 se relacionan con esta presunción de mala fe).

Se ha sostenido que establecer la buena o mala fe en un caso concreto es cuestión de hecho.

En cuanto a la época en la que la fe tiene influencia en la posesión, siguiendo los precedentes del Derecho romano, el Código consagró la regla del art. 702, inc. 2º (apartándose de la tradición canónica que exigía buena fe para la posesión regular durante el curso de la posesión).

Pero entre nosotros la pérdida de la buena fe, aunque mantiene al poseedor como regular, trae consecuencias de interés (arts. 906, 907, 913).

Prueba. Siguiendo un criterio de normalidad, se ha establecido una presunción simplemente legal de buena fe (art. 707). No obstante su ubicación en la materia posesoria, se tiene entendido que la presunción es de general aplicación. Por lo demás, la idea del art. 707 es también confirmada en otros preceptos (por ej., arts. 94, Nº 5; 2510, Nº 2). Pothier concedía la presunción sólo cuando se esgrimía título justo. Hay sí presunciones contrarias (por ej., arts. 94 Nº 6; 706 inc. final; 2510 Nº 3). En cambio, se ha puntualizado que la presunción de mala fe para quien aduce error de Derecho es de aplicación exclusiva a la materia posesoria.

Sin perjuicio de las presunciones (en cualquier sentido que se impongan) al tener que probarse la fe (buena o mala) tendrá lugar la comparación que antes se ha aludido y, por tanto, tendrán que probarse los hechos de los que se pueda des-

prender la convicción o comportamiento (la buena o mala fe) del sujeto, que en el caso concreto se está sosteniendo.

169. 3) Tradición. Si se invoca un título constitutivo, no se exige tradición; esos títulos, que constituyen modos, dejan de inmediato al sujeto en posesión de la cosa; la tradición entonces no se justifica ni sería posible. Si se invoca título traslativo de dominio, la exigencia de la tradición se explica; el solo título concede un derecho personal para exigir la entrega de la cosa; sólo cuando es entregada, el que la recibe puede dominar, gobernar, tener la cosa a su merced, comienza a poseer (art. 702, inc. 2º).

Existiendo distintas maneras de efectuar la tradición de los muebles (v. supra, N^{os} 117 y 118), muchas veces de difícil prueba, se ha establecido una presunción de tradición (art. 702, inc. 49). Dicha presunción es inaplicable a las situaciones en las que la tradición se efectúa por inscripción (puede agregarse que es también inaplicable a la tradición del derecho de servidumbre, que por ser igualmente solemne –se requiere escritura pública según el art. 698– no podrá probarse sino por esa solemnidad).

170. Ventajas. Ciertamente, es conveniente para el poseedor la calificación de regular; arribará al dominio mediante la prescripción ordinaria, que implica un plazo más breve (arts. 2507 y 2508); dispone de la acción publiciana (art. 894) (en cambio, la diferencia no influye en la presunción de dominio ni en la disposición de acciones posesorias).

171. B) Posesión irregular. Es la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular (art. 708).

El texto parece excesivamente generoso. No puede extremarse su tenor; podrá faltar uno o más requisitos de la posesión regular, pero han de concurrir los elementos indispensables que signifiquen tenencia y ánimo de señor; de no ser así, simplemente no hay posesión. En cada

caso, pues, habrá que analizar el elemento o elementos que falten, para concluir lo que proceda (por ej., si se exhibe título traslativo de dominio, la tradición será indispensable, pues sin ella no habrá tenencia y sin ella no hay posesión posible; la buena fe sería allí la exigencia que podría faltar).

172. Posesiones viciosas. Son posesiones de esta clase la violenta y la clandestina (art. 709).

a) *Posesión violenta.* Es la que se adquiere por la fuerza (física o moral); el Código contiene algunas reglas que la caracterizan, con influencia de Pothier (arts. 710, 711, 712).

Los caracteres de relatividad y temporalidad de la violencia han sido discutidos en la doctrina nacional. Se ha sostenido que se puede ser poseedor violento respecto de aquel contra quien se ha utilizado la violencia, pero no respecto de otros que posteriormente disputaren la posesión (sería un vicio relativo); y que desde que cesa la violencia deja de ser viciosa (sería un vicio temporal).

En la doctrina extranjera tampoco existe acuerdo. Hay autores que, ante textos semejantes a los nuestros, sostienen que la posesión es violenta cuando se adquiere con violencia en las personas, no en las cosas, salvo que se tipifique un delito.

b) *Posesión clandestina.* Es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (art. 713); nótese, pues, que es clandestina aunque sea pública respecto de la generalidad de las personas, si se oculta al interesado.

Aquí es claro que se trata de un vicio relativo; se puede ser poseedor clandestino respecto de un interesado y no respecto de otro, ante quien se posee ostensiblemente. Y es temporal; se puede dejar de ser poseedor clandestino cesando la clandestinidad, ya que se la define como la que “se ejerce” ocultándola. Por lo mismo, no es decisiva la actitud al momento de la adquisición; se puede haber iniciado la posesión sin ocultamiento y transformarse en clandestina y viceversa.

173. Utilidad de la posesión viciosa.

Se ha difundido la sinonimia entre posesión viciosa e inútil de modo que se tiene entendido que las posesiones regular e irregular (útiles) conducen a la prescripción, en tanto que las viciosas, es decir, la violenta y la clandestina, no (inútiles). Soportan esta conclusión fundamentos de Derecho romano, éticos y de textos legales (como los arts. 2510 regla 3ª y 920).

Sin embargo, estas distinciones han sido discutidas, sosteniéndose que los vicios de la posesión son compatibles con su utilidad, y es posible concebir una posesión irregular, y aun regular, con clandestinidad y, en ciertos casos, con violencia. Un ejemplo: si se vende una cosa ajena, el comprador puede tener la posesión regular (tendrá justo título, pues la venta de cosa ajena vale, puede estar de buena fe, y se supone que se le efectuó la tradición). Si luego de un tiempo llega a saber que la cosa es ajena, empieza a poseerla ocultándola al verdadero dueño; con ello será poseedor clandestino, pues la ejerce con clandestinidad y respecto de ello nada importa que la haya iniciado ostensiblemente; y será poseedor regular porque, si bien ha terminado su buena fe, en este punto lo decisivo es que haya estado de buena fe al iniciar la posesión, y lo estuvo. Así, se trataría –se ha propuesto– de una posesión regular (útil) y clandestina.

174. La mera tenencia. Ya se ha dicho que son fundamentalmente tres las situaciones en que es posible encontrarse frente a una cosa; la última es la de mero tenedor (v. supra, N° 158). La define el art. 714, y de allí puede observarse que el mero tenedor detenta la cosa (tiene el *corpus*), pero reconociendo dominio ajeno, lo que la separa nítidamente de la posesión. No obstante, en casos concretos puede no ser fácil determinar si alguien posee o es mero tenedor. Y es importante averiguarlo (por ej., por lo que disponen los arts. 895 y sgts.).

Además de la situación de mero tenedor se pueden mencionar algunos otros contactos con la cosa que ni siquiera lle-

gan a constituir mera tenencia por su carácter irrelevante (como el del mensajero que lleva un objeto de una persona para entregarlo de inmediato a otra, el del invitado que detenta utensilios como huésped, o el caso extremo del que mantiene pisada una moneda sin saberlo).

Ordinariamente, el mero tenedor detentará la cosa ya porque tiene un derecho real sobre ella, cuyo ejercicio implica detentar la cosa (como un usufructo, una prenda), o porque tiene un derecho personal respecto del dueño (como un arrendamiento o un comodato). Puede notarse que en la primera alternativa se es mero tenedor (de la cosa), pero poseedor del respectivo derecho real.

A propósito de la procedencia de las acciones posesorias se ha sostenido que la mera tenencia es un concepto *absoluto*: se es mero tenedor no sólo respecto del dueño, sino respecto de todos; de manera que si alguien lo priva de tal tenencia, carece de las acciones posesorias. Es también *inmutable* (art. 716, confirmado por el art. 719, inc. 2º, en criticable redacción). A esa inmutabilidad se le apuntan excepciones (las de los arts. 716 parte final en relación con el art. 2510 regla 3ª, y la del art. 730, a los que se hará referencia más adelante; en mayor análisis, parece discutible su carácter de excepciones).

175. Algunas consecuencias jurídicas.

Aparte de las relativas al derecho real o personal en que puede fundarse la mera tenencia, de ella se desprenden algunos efectos a través de normas dispersas en el Código (como las de los arts. 896, 1930, 928, 2315).

176. Transmisión de la posesión.

Cuando se hizo referencia a la sucesión por causa de muerte como uno de los títulos posesorios, se advirtieron las dificultades doctrinarias que esta materia presenta (v. supra, N° 166). En todo caso, en el Derecho nacional parece haber acuerdo en concluir que, según nuestros textos, la posesión no se transmite. Se trata –se afirma– de un hecho, por lo que

no pasa del causante a su heredero. Para tal conclusión se acude a varios preceptos del Código como el art. 688, según el cual el heredero obtiene la posesión no del causante sino por gracia de la ley; el art. 722, que implica la misma idea (en su redacción en el Proyecto de 1853 este precepto se refería a la transmisión de la posesión; posteriormente fue alterado); el art. 717, cuyos términos son bastante categóricos (y amplios, aplicables a la transferencia y a la transmisión).

Pero no puede dejar de mencionarse lo dispuesto en los arts. 2500 inc. 2º y 919, que inducen a la transmisibilidad (y, como se dijo en otra ocasión, muchos Códigos del siglo XX disponen expresamente que se transmite a los herederos; con todo, la denominada transmisión debe ser entendida más bien con referencia al “derecho a poseer”, al *jus possidendi*, y aun a algunas ventajas –jurídicas– de la posesión, del *jus possessionis*; v. supra, N° 157 y nota).

177. Transferencia de la posesión. Asimismo, se sostiene que la posesión no se transfiere por acto entre vivos; los arts. 717 y 2500 inc. 1º conducen a esa conclusión.

En todo caso, debe precisarse que lo dicho no se opone a la transferencia o transmisión del derecho a la posesión (o *jus possidendi*); en los casos en que un tradente es dueño de la cosa entregada, al transferir el dominio transfiere, por lo mismo, el derecho a poseer (v. supra, N° 157).

Desde un punto de vista teórico, la posibilidad de transferencia y transmisión de la posesión depende, en gran medida, de la naturaleza de la posesión concebida como hecho o derecho (que mencionamos como una de las cuestiones doctrinarias básicas sobre la materia; v. supra, N° 155).

Finalmente, la doctrina considera que la negación de la transmisión y transferencia de la posesión contribuye al mejoramiento de los títulos de dominio, en cuanto evita que un sucesor vea enturbiada su posesión, que puede haber adquirido legítimamente, con vicios existentes en la de su antecesor. Y los beneficios que puede obtener sumando a la suya la posesión exen-

ta de vicios de su antecesor se pueden lograr con la facultativa agregación de posesiones (que se verá a continuación).

178. Agregación de la posesión. El art. 717 permite al poseedor agregar a la suya la posesión de su antecesor o antecesores. La posibilidad es conocida con distintas denominaciones (“unión”, “accesión”, “adjunción”, “conjunción” de posesiones). Los arts. 920 y 2500 hacen también referencia a esta situación.

La agregación aparece como un factor que contribuye eficazmente a una mayor aplicación de la prescripción para los poseedores que carecen del dominio y para el ejercicio de las acciones posesorias, que exigen un plazo mínimo de posesión (art. 920 inc. 4º).

Como está establecida tanto para el sucesor a título singular como para el sucesor a título universal, el tema se vincula también con el problema de la transferencia y transmisión *mortis causa* de la posesión, al que ya se ha hecho referencia.

179. Posesiones contiguas. Para que proceda la agregación es necesario que la posesión del poseedor que agrega sea contigua con la anterior, y si son varias, todas ellas deben ser contiguas, sin solución de continuidad; así se desprende de los términos del precepto (si una cosa ha sido poseída sucesivamente por A, B, C y D, éste no podrá pretender agregar a la suya la posesión de C y la de A, excluyendo la de B). Tampoco procederá la agregación si en la cadena de poseedores tuvo lugar una interrupción de la posesión, ya natural, ya civil. Se sabe que la natural puede ocurrir por imposibilidad de ejecutar actos posesorios (art. 2502 N° 1) o por haber pasado la posesión a otras manos (art. 2502 N° 2); en este último caso podrá tener lugar, no obstante, la agregación, si la posesión se recuperó por los medios legales (arts. 2502 inc. final y 731). Tratándose de la interrupción civil, debe observarse que podrá oponerse a la agregación tan sólo el que procedió a interrumpirla (art. 2503).

Por otra parte, como lo dispone el precepto, la agregación se efectúa con las calidades y vicios. De modo que si a una posesión de buena calidad se agrega una defectuosa (por ej., de mala fe), ésta inficiona a aquélla; a la inversa, no por agregar una posesión exenta de defectos, se va a purificar la defectuosa del poseedor que la agrega.

Se ha llegado a admitir que si alguien tiene una posesión defectuosa (por ej., de mala fe) y observa que la de su antecesor era regular y había completado el plazo de prescripción ordinaria, puede “disociar” su posesión de la del antecesor y utilizar sólo la de éste, alegando prescripción ordinaria basada en ella. En definitiva, en esa actitud se está admitiendo al sucesor alegar la prescripción que (ya) podía invocar el antecesor; el fundamento es que si bien (concebida como un hecho) la posesión no se transfiere ni se transmite, sí pueden traspasarse las facultades o prerrogativas que tenía el antecesor (el *ius possessionis*) (v. N^{os} precedentes y supra, N^o 157).

Como la generalidad de los textos positivos que contemplan la agregación se refieren a un sucesor que lo sea a cualquier *título* respecto de un antecesor (como ocurre con nuestros arts. 717 y 2500), se rechaza la posibilidad de que el ladrón o el usurpador pudieren agregar posesiones; no son sucesores por algún título (la han obtenido por un mero hecho); más aun, no son “sucesores”.

180. La disolución del título. Cuando por sentencia judicial un título es declarado nulo o resuelto, se ha discutido la pertenencia de la agregación. Como durante un lapso (que puede ser extenso), la cosa estuvo siendo poseída por el que la recibió debido al contrato nulo o resuelto, e incluso por terceros adquirentes, puede resultar conveniente determinar quién ha de beneficiarse con esa posesión mediante la agregación (A vende a B; luego de un año B vende a C, y luego de otro año A obtiene la nulidad o resolución de su contrato con B; cuando

A intenta que C le restituya la cosa, el plazo de posesión de B puede pretender agregárselo C acudiendo al art. 717; y también lo pretende A, no tanto por ese precepto, sino más bien por los arts. 1687 y 1487, que establecen un efecto restitutorio con retroactividad). Hay varias otras situaciones en que es igualmente discutida la procedencia de la agregación. Por ejemplo, la del reivindicador triunfante respecto del poseedor vencido, la del que obtiene en la acción de petición de herencia, y la del que recoge la herencia por repudiación de otro.

Respecto de la situación producida luego de la división de una comunidad, nuestro Derecho contiene también un precepto particular, que constituye una consecuencia del efecto declarativo y, por lo mismo, retroactivo de la partición (art. 718). Puede observarse que es facultativo para el adjudicatario agregar el tiempo de la indivisión, en circunstancias de que en términos estrictos el efecto declarativo impone forzosamente esa extensión (nótese que durante la indivisión no poseyó un antecesor del adjudicatario, sino él junto a otros comuneros, por lo que no es del todo claro que estemos aquí ante una auténtica agregación de posesiones).

181. La interversión de la posesión.

Es la transformación de la posesión en mera tenencia o de ésta en aquélla.

Por las importantes consecuencias jurídicas que implica, es sorprendente la insuficiencia de los textos del Código sobre esta materia. Para la transformación de la posesión en mera tenencia, arts. 684 N^o 5 y 2494; y para la transformación de la mera tenencia en posesión, arts. 716, 2510 regla 3^a, 730, 719 inc. 2^o.

La interversión encuentra su explicación en los cambios que se producen en la causa o título por el cual el sujeto posee o detenta la cosa; de ahí que en lugar de transformaciones de la posesión o mera tenencia el tema podría tratarse como de cambios en la causa o título, con el correspondiente efecto en la rela-

ción frente a la cosa (pero –como se verá– suele admitirse que un cambio de actitud junto a otros elementos puede ser suficiente para el cambio de esa relación, sin producirse objetivamente un cambio en el título).

182. Mutación de la mera tenencia en posesión. De los preceptos aplicables a esta situación (ya citados), resulta que el puro lapso de tiempo es insuficiente para la transformación de la mera tenencia en posesión. Suelen mencionarse como excepciones a esta regla los arts. 730 y 2510 regla 3ª. No lo son; en ambos casos se observa que es necesaria la ocurrencia de otros antecedentes que se sumen al transcurso del tiempo. En la primera situación, es el que recibe del tenedor usurpador el que adquiere posesión, siendo necesario, pues, el acto de enajenación; y en el segundo, las exigencias de la regla tercera demuestran un cambio evidente de la conducta del propietario y, sobre todo, del que era mero tenedor (sobre esta norma del art. 2510 regla 3ª se volverá al tratar la prescripción extraordinaria en infra, N° 210).

Desde otro punto de vista puede sí observarse cierta contradicción entre los arts. 730, inc. 1º y 2510: en términos absolutos, el primero impide al mero tenedor transformarse en poseedor, mientras el art. 2510 se lo permite, probando las circunstancias que indica su regla 3ª.

Finalmente, si el tenedor adquiere el dominio de la cosa de parte de quien se la había entregado en mera tenencia (*traditio brevi manu*), o de un tercero (dueño), más que de interversión se estaría en presencia de una adquisición de posesión por tradición.

183. Mutación de la posesión en mera tenencia. En nuestro Derecho tal posibilidad se contempla señaladamente en el denominado “constituto posesorio” (art. 684 N° 5; v. supra, N° 188). Se menciona también la situación en que el poseedor efectúa, expresa o tácitamente, un reconocimiento de propietario al que ver-

daderamente lo es; en tal caso se transformaría en mero tenedor; los efectos serían los de una interrupción de la prescripción. Es imposible descartar esta posibilidad (con un tal reconocimiento el poseedor simplemente deja de poseer; se verá nuevamente el punto al tratar la prescripción).

Adquisición, conservación y pérdida de la posesión

184. Observaciones generales. Antes de tratar las particularidades de este tema procede examinar dos capítulos aplicables a la adquisición de la posesión de toda clase de bienes: la capacidad y la posibilidad de adquirirla por intermedio de otro.

185. a) Capacidad para adquirir la posesión. Requiriéndose tan sólo aprehensión de una cosa unida a la voluntad de hacerla suya, las reglas de capacidad en esta materia son algo menos exigentes que las generales.

Del contenido del art. 723 se infiere lo siguiente: la posesión de los muebles puede ser adquirida por toda persona, con la sola excepción de los dementes y los infantes (carecen de voluntad). Pero si bien los incapaces pueden adquirir la posesión de estos bienes, no pueden ejercer los derechos de poseedores (prestar la cosa, darla en arriendo) sino con la correspondiente autorización. La posesión de los inmuebles no está sometida a norma particular, por lo que en su adquisición y ejercicio se regula por las normas generales; los relativamente incapaces podrán adquirirla y ejercerla sólo mediante sus representantes legales o autorizados por ellos.

186. b) Adquisición de la posesión por intermedio de otro. Sin darse por satisfecho con el general precepto del art. 1448, en materia posesoria el Código consagra normas especiales que permiten la adquisición de la posesión a través de otro (arts. 720 y 721), posibilidad que merece algunas observaciones. Para examinarlas,

téngase en cuenta que el intermediario puede ser un representante legal, un mandatario y aun un agente oficioso.

– Si se adquiere por representante legal o mandatario, el art. 721 regula la situación (si ese intermediario actúa fuera de la esfera de sus atribuciones, quedará ubicado en el ámbito del agente oficioso, al que se hará referencia luego). Puede apreciarse además que al regular ciertos capítulos posesorios, el Código hace una particular referencia a la intervención de intermediario, como es el caso de la incapacidad de infantes o dementes (art. 723) y de la violencia en la adquisición de la posesión (art. 712, inc. 2º).

Hay ciertas situaciones en las que la posesión se puede adquirir sólo a través de otro. Así acontece –como ya ha quedado dicho– con los infantes y dementes (art. 723, inc. 2º) y, suele agregarse, con las personas jurídicas, que han de adquirirla a través de quienes las representan.

– En cuanto a la adquisición por agente oficioso, la posibilidad se encuentra permitida expresamente, indicándose las exigencias y efectos (art. 721 inc. 2º).

187. Principio básico. Se trata de determinar *cómo* se adquiere la posesión; para tal efecto es necesario recordar una regla fundamental que ha quedado consignada con lo estudiado hasta ahora: la posesión se adquiere cuando se reúnen sus dos elementos constitutivos: el *corpus* y el *animus*; tiene lugar cuando concurren la aprehensión o tenencia de la cosa, con el ánimo de apropiársela.

En cuanto a la posesión de las cosas incorporales, el punto inicial es su admisión o rechazo. En su oportunidad (supra, Nº 162) se dijo que parece predominar la admisión en los derechos reales. Pero el texto que entre nosotros la admite (el art. 715, y que predominantemente es interpretado como aplicable a los derechos reales), no determina cómo se adquiere.

La posesión del usufructo y del uso sobre muebles se adquiere al recibirse la cosa a ese título, luego de constituirse

esos derechos lo mismo es aplicable respecto del usufructo sobre muebles al cederse (si se estima que el derecho de usufructo propiamente es cesible). En cuanto a la adquisición de la posesión de esos mismos derechos sobre inmuebles, al menos entre nosotros parece claro que, luego del título en que se constituyen, es necesaria la inscripción, por lo dispuesto en el art. 696 (sin ella la posesión no se adquiere aunque se entregue la cosa sobre la que recae el derecho). Si se trata de un usufructo sobre inmueble, que se cede (suponiendo que se admita la cesión propiamente del usufructo), la posibilidad de adquirir la posesión de tal derecho, supuesto el título y con la sola entrega del inmueble, sin inscripción, es discutible, conforme el alcance que se confiera al art. 696. En cuanto a la adquisición de la posesión del derecho real de servidumbre, debe tenerse en cuenta (como se dirá) que ellas no requieren inscripción para constituirse (salvo la de alcantarillado en predios urbanos); la posesión de las continuas y aparentes se pueden adquirir por el solo ejercicio de su contenido típico tolerado (aun sin título, pues se pueden adquirir por prescripción, lo cual implica una actuación unilateral del futuro prescribiente) (por ej., construyendo un acueducto en terreno ajeno para regar el propio); tratándose de las discontinuas o inaparentes, con un título, la posesión se adquiere también mediante el ejercicio del contenido típico tolerado por el dueño del predio sirviente (el art. 696 no es aplicable porque la inscripción no es exigida) (en todo caso, como se dirá, éstas no pueden ganarse por prescripción); las servidumbres no son transferibles autónomamente, de modo que el adquirente de un predio, al entrar a poseerlo, asimismo posee la servidumbre que lo beneficia. En cuanto a la muy particular “posesión de la herencia”, la legal es adquirida (por el verdadero heredero) por el solo ministerio de la ley; la material se adquiere poseyendo los bienes hereditarios (o los principales, como se ha resuelto) en calidad de here-

dero; la efectiva, mediante la resolución administrativa o judicial (v. supra, N° 166).

Se continuará con la adquisición de la posesión de las cosas corporales.

Es fácil comprender que en la determinación de cómo se adquiere, conserva y pierde la posesión, influye decisivamente la naturaleza mueble o inmueble de la cosa de que se trate.

188. Bienes muebles

A) *Adquisición*. La posesión de estas cosas se adquiere concurriendo el *corpus* y el *animus*. El *corpus* se configurará ya por la aprehensión material, ya por un acto que signifique que de hecho el sujeto queda con la cosa a su disposición; es decir, que queda sometida a su potestad; estos últimos actos se han aludido al tratar las formas de tradición de las cosas corporales muebles.

B) *Conservación*. Siendo *corpus* y *animus* los elementos constitutivos de la posesión, ella se conserva mientras se mantengan ambos. Pero de los preceptos aplicables (arts. 725, 726, 727) se desprende que es el *animus* el elemento fundamental para conservarla. Desde luego, con voluntad del poseedor, un tercero puede detentar la cosa por mucho tiempo, como mero tenedor, sin que se pierda la posesión (como en el arrendamiento, en el comodato). Y aun ella, puede temporalmente perderse el *corpus* sin perderse la posesión.

No es necesaria la vigencia permanente del ánimo para la conservación de la posesión (así, por caer el poseedor en demencia o durante su sueño, no se pierde la posesión). Más bien el ánimo se presume mientras no se manifieste una voluntad contraria, como cuando la vende y la mantiene en su poder como arrendatario, o la abandona para desprenderse definitivamente de ella (se volverá pronto sobre estas situaciones).

Por otra parte, si se tiene la posesión por intermedio de otro (que será mero tenedor), siguiendo varios postulados doctrinarios (formulados por Pothier) se entiende que si el mero tenedor cae en demencia o fallece, el poseedor no pierde

su posesión; tampoco la pierde si el mero tenedor tiene la cosa a su vez por otro (como en el subarriendo), y aunque este último ignore quién es el poseedor. Asimismo, no se pierde si el mero tenedor cambia de propósito, como si la usurpa y se da por dueño; a este respecto ya hemos referido nuestra norma (el art. 730 inc. 1°), y observamos su fricción con la del art. 2510 regla 3ª; pero si el mero tenedor usurpador enajena a su propio nombre, está claro que se pierde la posesión anterior (art. 730 inc. 1°).

C) *Pérdida*. Una vez más, siendo dos los elementos constitutivos, la posesión se pierde al perderse cualquiera de ellos o ambos, sin perjuicio de lo dicho precedentemente.

– Se pierden el *corpus* y el *animus* cuando el poseedor abandona la cosa o cuando la enajena.

Se pierde la posesión al perderse el *corpus*. Así acontece cuando otro sujeto se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya (art. 726), situación con la cual se advierte la íntima relación entre la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, que generalmente resultan correlativas. Ocurre también cuando, sin entrar otro a poseer, se hace imposible la ejecución de actos posesorios (como en las hipótesis de los arts. 619 y 608 inc. 2° en que, por ej., la cosa cae a un lago, al mar, etc.); esta situación queda incluida en la fórmula general enunciada al principio, que para los muebles entre nosotros recibe consagración legal no directamente sino *a contrario sensu* (la cosa se entiende perdida al no estar ya en poder del poseedor, art. 727).

– Se pierde la posesión al perderse el *animus*. No será de ordinaria ocurrencia, pero tiene lugar señaladamente en el llamado *constituto posesorio* (mencionado en otra ocasión, art. 684 N° 5).

Con lo dicho conviene cotejar dos preceptos legales para delimitar su ámbito de aplicación: los arts. 726 y 730.

Si con ánimo de hacerlo suyo B se apodera de un mueble de A, B adquiere posesión y A la pierde (art. 726).

Si B entra a detentar un mueble de A por un título de mera tenencia (por ej., A se lo presta), y en un momento determinado B lo usurpa, desconoce el derecho de A y se tiene él por dueño, B no adquiere la posesión ni la pierde A (art. 730 inc. 1º, primera parte).

El distinto tratamiento puede justificarse por el abuso de confianza o ánimo de aprovechamiento, que frecuentemente revelará la segunda situación.

189. Bienes inmuebles. En los inmuebles este tema presenta *diferencias respecto de los muebles*, por obra de a lo menos estas dos circunstancias:

a) Porque, por su naturaleza, el corpus en los inmuebles se torna más ficticio o simbólico que en los muebles. En muchos de éstos la aprehensión o el abrazo posesorio es factible en términos reales, auténticos, lo que no es posible en esos trozos del planeta que son los inmuebles.

b) Porque en la generalidad de los países, como se ha dicho, la titularidad de los inmuebles se incorpora a un Registro y, frecuentemente, esa incorporación se vincula no sólo con el dominio, sino también con la posesión. Así ocurre en Chile. La vinculación con el dominio se establece principalmente cuando se dispone que el modo de adquirir tradición se efectúa por la inscripción (art. 686); y la vinculación con la posesión surge con la “posesión inscrita” y, por tanto, al considerarse (al menos en alguna medida) “poseedor” a quien tiene el predio inscrito a su nombre (con disposiciones como los arts. 702, 724, 728, 730 y 924).

Por otra parte, en Chile esta materia es conflictiva debido, fundamentalmente, a estos dos factores:

a) La oscuridad y, a veces, contradicción de los textos, y

b) Las características del Registro conservatorio, que posibilitan errores en las inscripciones, inscripciones paralelas, superposición de inscripciones, falta de congruencia entre los deslindes descritos y los reales, etc., defectos que influyen tan-

to en la titularidad del dominio como en la posesión de los inmuebles (al estar la inscripción vinculada a ambas materias).

Como siempre ocurre, la influencia entre las normas y la realidad es recíproca. Así, en este campo, los abundantes litigios que en materia de inmuebles se han desatado en el país encuentran dos de sus muchas causas en estos textos confusos y defectos del Registro; y, a su vez, esa abundancia de litigios influye en el florecimiento del debate interpretativo. En este ambiente, los pleitos ostentan multitud de argumentaciones.

Finalmente, corresponde presentar una constatación: con estos ingredientes *el concepto* de posesión se ha difuminado cuando se aplica a los inmuebles. Entonces, los autores se han empeñado en reconstituirlo, y en esa tarea se han llegado a conformar dos concepciones. Unos se aferran al concepto originario. Otros le cambian su naturaleza. En extrema síntesis, las *dos concepciones* son éstas: en Chile la posesión de inmuebles, o es la de siempre (la que define el art. 700), o es la inscripción en el Registro. O es tener aprehendido un inmueble como propio, o es tenerlo inscrito a nombre de uno en el Registro. O consiste en la efectiva tenencia con ánimo de dueño, o consiste en la inscripción conservatoria. Se expondrán más dilatadamente después de examinar cómo se discuten diversas situaciones relativamente específicas, debates que son expresiones de aquellas posturas generales (v. infra, N° 195).

Para entrar a este último tema debe recordarse que el Registro no cubre la totalidad de los predios existentes en el país, lo cual obliga a distinguir entre inmuebles inscritos y no inscritos. Y para que no se desprecie la cantidad de estos últimos debe tenerse en cuenta que si bien son muy pocos los predios que nunca se han incorporado al Registro, a ellos deben agregarse aquellos que alguna vez lo estuvieron, pero que actualmente hay que tenerlos también por no inscritos porque sus inscripciones son extremadamente confusas o inubicables (puede decirse “han salido del Registro”).

I. *Inmuebles no inscritos*

190. A) Adquisición. Para determinar cómo se adquiere la posesión de estos inmuebles no registrados, debe considerarse el antecedente que el poseedor invoca.

1º. Se invoca un título constitutivo de dominio

Recuérdese que son títulos de esta clase la ocupación, la accesión y la prescripción (art. 703).

a) Se invoca ocupación. En la doctrina se ha originado aquí una diferencia terminológica. Hay autores que formulan una distinción entre ocupación y lo que denominan “simple apoderamiento material”. Descartan la aplicación de la ocupación para adquirir posesión de inmuebles por el art. 590 ya que, como todo inmueble tiene dueño, la ocupación queda restringida sólo a los muebles; y luego admiten que se puede adquirir la posesión de inmuebles por simple apoderamiento material, sosteniendo que si el inmueble no está inscrito, no es necesaria inscripción; la inscripción no es necesaria –añaden– por los arts. 726 y 729 (el art. 724 sería sólo aplicable a los inmuebles inscritos).

No parece justificada la distinción. Se está en presencia de la situación en que el sujeto simplemente “se instala” en el inmueble, lo ocupa. Propiamente no invoca título (pero el Código lo llama título ocupación); como el inmueble tiene dueño (por el art. 590), la ocupación no funciona como modo de adquirir el dominio, pero sí como título para poseer; como se dijo, propiamente no invoca título alguno, pero el Código concibe a la ocupación como “título” para poseer. Y compartimos la conclusión de que en tal situación la posesión de este inmueble no inscrito se adquiere sin necesidad de inscripción, conforme a los textos antes citados. Puede verse que en la realidad la situación es una sola; la del sujeto que ingresa al predio manifestando que es de él. No se justifica una distinción de términos (como para separar dos situaciones: apoderamiento material y ocupa-

ción); se trata de ocupación, que actúa como título posesorio; el sujeto posee, con título ocupación (y, tal como se ha resuelto, debe recordarse que respecto de los inmuebles que carecen de otro dueño el art. 590 atribuye al Fisco de pleno Derecho el dominio, pero no la posesión).

Hay opiniones que en esta situación exigen inscripción; el solo apoderamiento material (ocupación) no bastaría; así por los arts. 686, 724, 696, reafirmados en los arts. 728 y 2505. Se ha llegado también a postular que el puro apoderamiento pondría fin a la posesión del que la tenía, pero no la adquiriría el usurpador.

En síntesis (sin olvidar que está discutido), concluimos que tratándose de inmuebles no inscritos es posible adquirir posesión por simple apoderamiento material (que bien puede denominarse ocupación que confiere posesión mas no dominio), no es necesaria inscripción y dicha posesión es irregular, puesto que el poseedor estará de mala fe, ya que él sabe que el inmueble tiene dueño (por el art. 8º, se presume que conoce el 590).

b) Si se invoca accesión como título (constitutivo), igualmente no es necesaria inscripción. Si se reconoce la posesión del bien principal sin inscripción, no podría exigirse aquí la inscripción; al poseerse el bien principal se posee el accesorio sin un acto especial, éste sigue la suerte de aquél. Se entiende sí que para tener posesión sobre lo accesorio, los actos posesorios deben ejercitarse también sobre lo que ha accedido (por ej., sobre lo que llega por avulsión, según el art. 652).

c) Respecto de la prescripción (también calificada de título constitutivo), como antes se ha indicado, no podría invocarse como antecedente de posesión, ya que a ello se llega precisamente en virtud de posesión (sin perjuicio de la explicación que se ha dado para haberse incluido como título; v. supra, Nº 166).

Si se invoca la sucesión por causa de muerte tampoco es necesaria la inscripción, suponiendo que el inmueble cuya posesión pretende el heredero aducien-



do que lo recibió del causante era un inmueble no inscrito (debe tenerse presente lo dicho sobre la sucesión por causa de muerte, como título, en supra, N° 166).

2º. Se invoca un título traslativo de dominio

Por el contenido de varios preceptos legales, entre los autores nacionales se ha discutido la necesidad de practicar inscripción conservatoria para que se pueda adquirir la posesión de inmuebles no inscritos invocando un título traslativo de dominio.

– Se ha sostenido que es indispensable; sin inscripción no hay posesión de inmuebles (arts. 702, 686, 696 y 724). Estos preceptos exigen inscripción para poseer inmuebles –se postula– sin distinción, estén o no inscritos. Si el inmueble no está inscrito, se inscribirá (con las normas de los arts. 693 del Código y 58 del Regl.) Por otra parte, dichos preceptos tampoco distinguen entre posesión regular e irregular, de modo que aduciendo título traslativo, si no se inscribe no se adquiere ni siquiera la posesión irregular. Y cuando se dispone que la posesión irregular es aquella a la que le falta uno o más requisitos de la regular, esa regla podrá aplicarse cuando es otro el título que se aduce, no uno traslativo, situación en la que la inscripción (tradición) es indispensable; o pudiera faltar la buena fe, pero no la inscripción (tradición). El art. 724 exige inscripción cuando hay título traslativo, sin alternativa posible. Se agrega que el espíritu del sistema parece más conforme con tal solución, desde que así se progresa más seguramente en la inclusión de inmuebles en el sistema registral implantado.

– Con otros preceptos, se ha sostenido que aun aduciendo título traslativo de dominio, tratándose de inmuebles no inscritos, para adquirir posesión (irregular) no es necesaria inscripción (el art. 724 se estaría refiriendo sólo a los inscritos, lo que se aprecia al relacionarlo con los arts. 728 inc. 2º y 729); el art. 730 conduce a la misma conclusión, pues se estaría

refiriendo primero a los muebles y a los inmuebles no inscritos (inc. 1º) y luego (inc. 2º) a los inmuebles inscritos.

191. B) Conservación y pérdida. Tal como se dijo a propósito de los muebles, las situaciones de adquisición, conservación y pérdida normalmente son correlativas (así, ya no se conserva la posesión cuando se pierde, y generalmente se perderá al adquirirla otro).

Se ha estimado que la situación de los inmuebles no inscritos es similar a la de los muebles y se aplica lo dicho para ellos. Se pierde su posesión desde que falta alguno de los elementos constitutivos, *corpus*, *animus*, o ambos. Los arts. 726 y 729 son aplicables a la materia. Si el inmueble no inscrito se enajena, ciertamente terminará también la posesión para el enajenante.

Pero no puede dejar de recordarse la posición de quienes sostienen que para adquirir la posesión de inmuebles, incluso no inscritos, es necesaria inscripción.

Entonces, en síntesis, el poseedor no inscrito puede perder su posesión:

a) Cuando la abandona, sin importar que otro entre a poseer;

b) Cuando enajena el inmueble; su contraparte la adquirirá previa inscripción o sin ella, según la posición que se adopte conforme a lo dicho antes;

c) Cuando alguien llega y le usurpa el inmueble no inscrito (art. 729), dispone por un año de las acciones posesorias, de modo que si la recupera legalmente (por medios legales) se entiende que nunca la ha perdido (art. 731). También aquí tendrá interés la alternativa de exigir o no inscripción, que se refirió al tratar de la adquisición de la posesión de inmuebles por apoderamiento, porque si se sostiene que es necesaria inscripción, podría sostenerse que mientras el usurpador no inscriba, no adquiere posesión (aunque al tenor del art. 729 la ha perdido el poseedor; el art. 729 dispone que el poseedor pierde la posesión ante un usurpador violento o clandestino y nada manifiesta para el usurpador pacífico; hay que

concluir que en tal situación con mayor razón la perderá).

d) Cuando el mero tenedor de un inmueble no inscrito (el poseedor entonces estaba poseyendo a través de otro) la usurpa, se da por dueño y la enajena. Si simplemente se da por dueño, el poseedor no la pierde (art. 730 inc. 1º, primera parte, aunque aquí aparece el conflicto con el art. 2510 regla 3ª). Pero si luego de darse por dueño la enajena, el adquirente adquiere la posesión y pone fin a la posesión anterior (art. 730, inc. 1º, segunda parte). Si este adquirente necesita o no inscripción, al menos para la irregular, es discutido en base a estos mismos preceptos.

e) Cuando alguien simplemente obtiene un título traslativo de dominio que emana de un sujeto distinto del que materialmente posee el inmueble no inscrito y luego inscribe dicho título, ¿qué ocurre con la posesión del poseedor material?, ¿cesa la posesión de éste y la adquiere el que inscribió? Los arts. 726 y 730 parecen dar mayor apoyo a la solución negativa. Pero el problema de fondo aparece una vez más en torno al valor que entre los autores se asigna a la inscripción conservatoria. Al punto se hará una referencia al final, a manera de conclusión. Por ahora, debe sí recordarse que se podría estar aquí en presencia de una inscripción de las que han sido llamadas “inscripciones de papel”, que antes se han mencionado (v. supra, Nº 145; para la conservación de la posesión tienen importancia las llamadas acciones posesorias, que se tratarán más adelante).

Al igual que en los muebles, aquí también es oportuno cotejar dos preceptos para tratar de precisar su campo de aplicación: los arts. 729 y 730.

Si B se apodera de un inmueble no inscrito de A, B adquiere posesión y A la pierde (art. 729; el texto confiere ese efecto al apoderamiento violento o clandestino; con mayor razón se producirá si no hay violencia ni clandestinidad; recuérdese que también se ha sostenido –aisladamente– que, por la redacción del pre-

cepto, A perdería la posesión pero no la adquiriría B).

Si B entra a detentar un inmueble no inscrito de A por un título de mera tenencia (por ej., A se lo presta), y en un momento determinado B lo usurpa, desconoce el derecho de A y se tiene él por dueño, no adquiere B la posesión ni la pierde A (art. 730 inc. 1º, primera parte).

Tal como se dijo respecto de los muebles, el distinto tratamiento puede justificarse por el abuso de confianza o ánimo de aprovechamiento que, generalmente, revelará la segunda situación.

Las soluciones anotadas son las que fluyen de manera más natural o de modo más aparente al observar los dos preceptos citados, pero, como se trata de inmuebles, en definitiva pueden discutirse con las tesis que dan predominio ya a la posesión material, ya a la inscrita, que luego se resumirán.

II. Inmuebles inscritos

192. Advertencia. Los autores nacionales han denominado “teoría de la posesión inscrita” a un conjunto de principios y textos diseminados a través del Código, que se refieren a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles. Son preceptos fundamentales en la materia los arts. 686, 696, 702, 724, 728, 730, 924, 925, 2505 y 2510. Ya puede observarse que algunos de dichos textos son aplicables no sólo a los inmuebles inscritos sino también a los no inscritos, o, por lo menos, la aplicación de algunos de ellos a los no inscritos es discutida, según se ha visto (de ahí que no sea del todo propio referir esta llamada teoría de la posesión inscrita sólo respecto de los inmuebles inscritos, como pudiera desprenderse de la circunstancia de ser siempre mencionada, en los estudios de doctrina, en el capítulo relativo a éstos).

193. A) Adquisición. a) Si para adquirir la posesión de inmuebles inscritos se invoca un título no traslativo de domi-

nio, es aplicable lo dicho respecto de los inmuebles no inscritos.

Tratándose de la ocupación, además de lo expresado en aquella ocasión debe tenerse presente que algunos comentaristas estiman que en tal caso es posible adquirir por apoderamiento la posesión, incluso de inmuebles inscritos; el art. 724 no regiría esta situación, porque se estaría refiriendo solamente a los casos en que se aduce un título traslativo (debido a su particular y dilatada redacción, que si se estuviere refiriendo en general a los inmuebles habría expresado, breve y directamente: “si la cosa es inmueble” o algo semejante; en cambio, expresó “si la cosa es de aquellas cuya tradición se efectúa por inscripción”, lo que estaría revelando la intención de referirse sólo a las situaciones en que se aduce título traslativo, que es cuando se exige tradición, por inscripción); por otra parte, los arts. 925, 926 y 2502 permitirían esta posibilidad.

Los sostenedores de esta última posición llegan –como se ve– hasta los textos, pero están más bien estimulados por una concepción realista u objetiva de la posesión, en la cual el elemento fundamental es la tenencia material, el aprovechamiento económico del bien de que se trata, de modo que debe protegerse a quien realmente lo labora, aun en perjuicio de quien pudiera afincar sus pretensiones en el solo Registro, el cual se debilita cuando no es reflejo de una situación real.

b) Si se invoca un título traslativo de dominio, para adquirir la posesión regular del inmueble inscrito la necesidad de inscripción conservatoria parece evidente (arts. 702, 686, 724 destacadamente, etc.).

¿Es posible adquirir al menos posesión irregular sin necesidad de inscripción? Nuevamente aquí surge el antagonismo, y en todo su vigor. Algunos autores, valorando intensamente la inscripción, defendiendo la seguridad del Registro, estiman que no es posible; en estos casos, sin inscripción simplemente no se adquiere posesión; los arts. 724, 728, 729 a *contrario sensu*, 730, 2505, conducen a tal conclu-

sión; el Mensaje en el capítulo pertinente y el sistema registral creado por el Código ratificarían la misma solución; si un inmueble ya se ha incorporado al Registro no resulta propio entender que el sistema hubiera dejado la posibilidad de que luego saliera de él mediante la pura posesión material; con ello se entorpecería el progreso del régimen registral. Pero quienes conceden mayor valor a las situaciones reales, aun en detrimento de lo que conste en las inscripciones, estiman que no obstante las pretensiones del sistema de llegar con el tiempo a identificar dominio, posesión e inscripción, no pudo evitar la fuerza de los hechos y habría dejado abierta en los propios textos la vía para que en determinadas circunstancias triunfara la posesión material; sin inscripción se alcanzaría a adquirir posesión, al menos irregular; los arts. 702, 708, 729 y 730 así lo demostrarían (participantes en estas discusiones serán luego mencionados; v. infra, N° 195).

194. B) Conservación y pérdida. Una vez más debe tenerse presente la correlación existente entre adquisición, conservación y pérdida.

Aquí debe mencionarse destacadamente el art. 728: “Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele”, y se precisan las fuentes de la cancelación.

a) *Por voluntad de las partes.* Puede acontecer cuando dos contratantes entre los cuales se ha transferido el dominio (compraventa con la que el inmueble se ha inscrito a nombre del comprador) acuerdan dejar sin efecto la transferencia (rescilian el contrato). Habrá de exhibirse al Conservador un instrumento auténtico en que conste la voluntad de dejar sin efecto la inscripción existente a nombre de uno de ellos (comprador), con lo que cobrará vigencia la precedente (del vendedor): bastará una subinscripción al margen en que se exprese que se cancela (art. 91 del Regl.) y así el inmueble volverá a quedar sometido a la inscripción anterior (v. supra, N° 139).

Dicha cancelación debe, pues, efectuarse materialmente en el Registro (como se dijo, mediante la subinscripción).

b) *Por decreto judicial.* Una sentencia puede también disponer que se cancele una inscripción, cesando así la posesión inscrita existente a nombre de una de las partes litigantes. El juicio reivindicatorio puede concluir con ese resultado. Exhibiéndosele copia del fallo, el Conservador cancelará la inscripción, y lo hará materialmente, mediante una subinscripción (art. 91 del Regl.) y así cobrará vigencia la precedente, si la había; sin perjuicio de que el mismo fallo ordene practicar una nueva inscripción a nombre del otro litigante (puede ocurrir también en juicios sobre nulidad o resolución de contrato). Como principio general, se ha resuelto que esta cancelación requiere de un juicio, con emplazamiento de quienes serían afectados.

c) *Por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro.* Es la situación de más frecuente aplicación (quien tiene inscrito el inmueble a su nombre lo vende; el comprador exhibe el título al Conservador, con el que éste inscribe el inmueble ahora a nombre del comprador); la sola inscripción cancela de pleno Derecho (automáticamente) la anterior (por lo que se le ha denominado “cancelación virtual”), sin que para que se le tenga por cancelada sea necesaria una subinscripción en la anterior (v. supra, N° 139). En esta última inscripción debe hacerse referencia a la anterior, para reconstituir la historia de las mutaciones del dominio (arts. 692 del CC. y 80 del Regl.; debe insistirse en la conveniencia de que en estos casos se dé amplia aplicación al art. 92 del Regl., que evita nuevas transferencias que a su vez motivan litigios por inscripciones paralelas).

Cancelación en virtud de título injusto. El punto ha sido discutido. Supóngase un título injusto (cualquiera de los que indica el art. 704), en base al cual se inscribió un inmueble a nombre de quien correspondía según dicho título; posteriormente se

establece que el título es injusto; la inscripción que él motivó ¿tuvo el mérito de cancelar a la precedente? Algunos fallos han resuelto que no, pues este título no “transfirió el derecho”, como lo dispone el art. 728. Pero también se ha aceptado, porque los arts. 728 y 2505 no distinguen la justicia o injusticia del título y porque el 730 da por cancelada la inscripción basada en un título particularmente injusto, como es el del usurpador.

Cancelación de una inscripción por una nueva, desconectada de la anterior. Ya se ha dicho que si el mero tenedor de una cosa simplemente se da por dueño, no adquiere posesión ni cesa la anterior; pero si dándose por dueño la enajena, cesa aquella y el adquirente entra en posesión (art. 730 inc. 1°); y se sabe también que dicha regla se aplica a los muebles y a los inmuebles no inscritos (sobre todo por el tenor del inc. 2°).

Si el bien del que se da por dueño y enajena es un inmueble inscrito, el art. 730 inc. 2° pretende resolver el punto; para que cese la posesión del poseedor inscrito y el adquirente entre en posesión, es necesaria “competente inscripción”.

Qué se entiende por *competente inscripción* es otra persistente discrepancia en esta materia.

Se ha entendido que “competente inscripción” es la que emana del poseedor inscrito; se está refiriendo el texto a la misma que ya menciona el art. 728; sólo así queda protegida la continuidad del Registro. La exigencia de que aun en el caso del usurpador se exija que la inscripción emane del poseedor inscrito puede aplicarse en varias hipótesis: cuando el poseedor inscrito ratifica la venta hecha por el usurpador (art. 1818); cuando el usurpador después adquiere (art. 1819). Se acepta incluso como competente inscripción la que emana aparentemente del poseedor inscrito, como acontece en títulos injustos (como el nulo o el otorgado por un mandatario que no lo es); en tales casos al menos se observaría una continuidad registral.

En contra, se ha propuesto que es aquella que se ha practicado observando

formalmente la ritualidad (respetando las normas formales) de las inscripciones conforme al Regl. (y que, por tanto, puede estar desconectada de la anterior); los arts. 2505 y 2513 apoyarían este significado y el art. 683 haría otro tanto; no puede concluirse que sea la que emana del poseedor inscrito porque a esa situación ya se habría referido el art. 728. De seguirse esta solución estaríamos aquí en una situación en que una inscripción desvinculada completamente de la anterior la cancelaría; por otra parte, esta sería una cuarta forma de cancelación, agregada a las tres que consigna el art. 728.

La jurisprudencia se ha inclinado ya por una ya por otra alternativa, y el punto permanece en discusión.

195. El fondo de la controversia.

Como se ha podido apreciar, basta asomarse a cualquiera de las posibilidades de adquirir posesión de inmuebles (o de su conservación o pérdida) y surgen de inmediato contradictores para exigir o no la inscripción conservatoria, distinguiéndose entre inscritos y no inscritos, posesión regular o irregular, título que se invoca, etc. Los argumentos giran en torno a los mismos preceptos, que se armonizan o contraponen con variados razonamientos.

Desde luego, el esfuerzo y la discrepancia constituyen demostración de una insuficiencia de los textos legales pertinentes, que han posibilitado tanto antagonismo. También ha influido aquella pretensión del codificador, expuesta en el Mensaje, de que en materia de inmuebles con el tiempo se llegarían a identificar en la realidad los conceptos de dominio, inscripción y posesión, la cual continúa postergada no sólo por la falta de obligatoriedad de incorporación al Registro sino, entre otras causas, por un sistema con escasa legalidad registral y, por lo mismo, poco seguro.

Pero del examen de las distintas discusiones se observan unas posiciones constantes, que permiten delinear dos tendencias centrales (ya resumidas; v. supra,

Nº 189): o se concede preponderancia fundamental a la inscripción, o se atiende más bien a la posesión material; los autores adoptan uno de estos extremos o lo aceptan con prevenciones.

a) *Doctrina de la inscripción-ficción*. En los inmuebles, la inscripción es una ficción legal que representa la concurrencia de los dos elementos que integran la posesión (tenencia y ánimo de señor); es el símbolo de la tradición y de la posesión. Tal ficción es invulnerable, si la inscripción ha durado un año completo (por el art. 924); y, por lo mismo, en nuestro Derecho, sin inscripción no hay posesión de inmuebles.

b) *Doctrina de la inscripción-garantía*. La calidad de inmueble del objeto no altera la naturaleza de la posesión, que es la tenencia con ánimo de dueño; no se concibe posesión de inmuebles sin la concurrencia de estos dos elementos. La inscripción no es más que garantía de este hecho posesión, que debe existir en la realidad; la inscripción solemniza ese hecho, de modo que si éste no existe, queda transformada en forma vacía; los beneficios de prueba y garantía de posesión que concede la inscripción sólo los alcanza el que tiene la posesión material del inmueble.

La jurisprudencia. Los fallos han oscilado entre las posiciones mencionadas, y en ocasiones parece más bien que sin pretender sentar precedentes interpretativos sobre materia tan fácilmente controvertible, han sentenciado en favor de quien exhibía más razonables antecedentes para sus pretensiones (numerosas sentencias pueden encontrarse en las obras de Claro Vial y Herrera Silva y en el Repert. de L. y J. CC., arts. pertinentes).

No es fácil constatar un estado actual. Puede observarse una inclinación en favor de la inscripción; pero una posesión material muy prolongada ha llegado a prevalecer. Y, en todo caso, sin llegarse al extremo de proteger "inscripciones de papel", en las que injustificadamente no hay indicios de posesión material.

Por cierto, en situaciones de hecho extremas, cada tesis se encuentra en mejor o peor posición. Así, cuando lo poseído es un inmueble no inscrito, en el que se aduce título constitutivo de dominio y se pretende solo posesión irregular (porque se tiene posesión por más de diez años), la tesis que privilegia la posesión material se encuentra en su mejor situación y con ella se tiene la más alta probabilidad de obtener que el juez resuelva que se adquirió posesión aun sin inscripción y, por tanto, que se ha adquirido por prescripción. En el otro extremo, cuando lo poseído es un inmueble inscrito (inscrito a nombre de otro, por cierto), se aduce título traslativo y se pretende posesión regular, la tesis que privilegia a la inscripción se encuentra en su mejor situación y se tiene la más alta probabilidad de obtener que el juez resuelva que al no tenerse inscripción por el que se pretende poseedor, no se tiene posesión y, por tanto, que no puede ganar por prescripción.

195 bis. Desde otro punto de vista, ahora puede comprenderse cuán discutidos han sido aquellos roles que se han atribuido a la inscripción, de ser “requisito, prueba y garantía de posesión de inmuebles” (v. supra, N° 154 bis). Pronto, después de haberse postulado, esa afirmación fue recogida para negarla. En fin, la expresión, entre signos interrogativos, ha terminado por constituir otra forma –abreviada– de exponer la discordia, que permite, al mismo tiempo, percatarse de su profundidad (v. también las notas del número anterior).

196. Prueba. Con lo expuesto, la prueba de la posesión de muebles se reduce a la demostración de los dos elementos: tenencia y ánimo de dueño. Probar el primero implica demostrar que al objeto respectivo se lo tiene aprehendido físicamente o, al menos, que se le gobierna, controla o se lo tiene a disposición. El segundo, por su naturaleza psicológica, es de imposible prueba directa; pero hay hechos que permiten deducirlo; son los que normal-

mente conforman la conducta de un dueño: se lo utiliza, se lo mantiene, se lo mejora, se lo transforma o refacciona, etc., sin esperar anuencia de nadie. El poseedor ha de demostrar que se comporta, respecto de la cosa, como se comporta un dueño.

Por cierto, el que alega posesión debe probarla. Pero el Código establece algunas presunciones (art. 719) y hasta una ficción (art. 731, en relación con el art. 2502).

Como se trata de la prueba de hechos, están admitidos todos los medios de prueba de admisión general (arts. 1698 del CC. y 341 del CPC.; no hay inadmisibilidad probatoria específica).

Respecto de los muebles registrables, recuérdese que la inscripción de un vehículo motorizado terrestre constituye presunción de dominio, pero no de posesión (v. supra, N° 148 y ley del tránsito); de ahí que se haya resuelto que para probar posesión no basta la sola prueba documental.

La prueba de la posesión de inmuebles se tratará al examinar las acciones posesorias (v. infra, N° 278).

Sección Segunda

La prescripción adquisitiva

197. Noción general; sistemática; justificación. Como se sabe, en el tratamiento doctrinario habitualmente se distinguen dos clases de prescripción: la adquisitiva (o usucapión) y la extintiva (o liberatoria), que el Código chileno define conjuntamente (art. 2492).

Se ha discutido ampliamente la conveniencia de un *tratamiento conjunto o separado*. Por una parte, contienen los mismos elementos fundamentales (lapso de tiempo e inactividad del titular del derecho), y se les aplican –en cierta medida por eso– algunas reglas comunes. Por otra, al menos directamente, cumplen distintas funciones (modo de adquirir el dominio y modo de extinguir acciones, res-

pectivamente); además, si bien existe en ambas la inactividad (del acreedor y del dueño), en la adquisitiva hay otro elemento muy influyente: la actividad del poseedor, que explota la cosa manteniéndola incorporada al proceso económico. En la dirección de la distinción se aconseja que la adquisitiva sea reglamentada entre los modos de adquirir el dominio y la extintiva entre los modos de extinguir las obligaciones. Códigos del siglo XX, europeos (como el alemán, el suizo, el italiano) y latinoamericanos (como el boliviano, el peruano, el paraguayo, el brasileño), la tratan separadamente; el CC. de Québec las trata en conjunto. Pero la contigüidad (una junto a la otra, generalmente al final de un Código) o separación (respectivamente en los libros de derechos reales y de obligaciones) no parece ser lo más importante; existiendo elementos comunes y distintos, de lo que se trata es del grado en que las normas los reflejan. Suele ocurrir que en un tratamiento separado los textos repiten reglas o acuden a la remisión (así, por ej., en las materias de suspensión e interrupción); la decisión preferible es la de extender el tratamiento unificado en todo cuanto sea posible, reduciendo las normas diferenciadas al mínimo indispensable (allí donde inevitablemente se justifica); aparte de la repetición o remisión, que ciertamente así son evitadas, de este modo disminuyen las posibilidades de incoherencias y conflictos que, no teniendo que producirse necesariamente, la experiencia ha demostrado que se producen en las legislaciones que las tratan separadamente.

En cuanto a la ubicación del tema al final del Código, los autores nacionales tienen dado como explicación el carácter consolidador de derechos que exhibe la prescripción, como para concluir la obra codificadora (a lo que suele agregarse la circunstancia de haberse seguido el modelo francés).

No obstante que siempre se termina imponiendo, su *justificación* nunca ha sido completamente pacífica. Ha sido repudia-

da por consideraciones morales y, específicamente, en cuanto refrenda (la adquisitiva) las usurpaciones y (la extintiva) la indebida liberación de compromisos contraídos, sobre todo con prestaciones previamente recibidas. Desde luego, debe repararse en que, tocante a reservas morales, están dirigidas a la institución, porque en las situaciones concretas los involucrados están advertidos de su vigencia (con la presunción de conocimiento de la ley) de modo que unos han podido tomar las precauciones y otros aducen lo que el ordenamiento les ofrece, con lo cual en los sujetos específicos el reproche de inmoralidad entra al menos a diluirse. Por otra parte, en su funcionamiento práctico frecuentemente no se presenta como flagrante usurpación o desaprensiva escapada al cumplimiento, sino como dirimidora de dudas ante discrepancias fundadas en elementos contrapuestos (contratos controvertibles, autorizaciones o pagos insuficientemente demostrados, etc.). Positivamente, su universal implantación descansa en *fundamentos* de diversa naturaleza, que han conducido a agrarlos en subjetivos y objetivos.

Los primeros giran en torno a la calificación de la conducta de los sujetos involucrados. Se destaca la inactividad del titular en el ejercicio del derecho, por mera desidia o negligencia, que conducen a presumir un abandono o renuncia tácita, y a una sanción por esa actitud. Pero tener por abandono o renuncia la falta de ejercicio de un derecho es una generalización excesiva; si así se presume (legalmente), entonces una prueba en contrario permitiría excluir la prescripción, lo que no parece estar en el ánimo de quienes postulan este género de fundamentos; y si la presunción es de Derecho, ya implicaría reconocer la debilidad de la explicación y admitir que puede haber fundamentos más convincentes de otra naturaleza (objetivos). También se aprecia la debilidad de estos fundamentos si se recuerdan los plazos breves de prescripción (adquisitiva o extintiva), en los que los supuestos abandono o renuncia resultan explicaciones artificiosas. En diversas

hipótesis la pretendida negligencia también fracasa como explicación satisfactoria. Desde luego, hay una incoherencia cuando se sanciona a un negligente que no reclama por su derecho, y se es complaciente (en la adquisitiva) con un poseedor que (de mala fe) sabe que la cosa es ajena o (en la extintiva) persiste en incumplir. Por otra parte, se dan situaciones en las que hay prescripción sin negligencia (como cuando el dueño o acreedor está impedido de actuar, o en que la demanda fue imperfectamente notificada) y negligencia sin prescripción (si el poseedor reconoce dominio ajeno o abandona la finca o el deudor reconoce la deuda).

Los *segundos* prescinden de las conductas de los sujetos y se radican en la noción de orden público. Hay un interés público, socioeconómico y jurídico, en que se consoliden situaciones inciertas o pendientes; ellas obstaculizan la fluidez y seguridad del tráfico, que influye en el mejor aprovechamiento de los recursos (bienes y servicios) y en la paz social. También en beneficio de la certeza es aducida una presunción (de dominio en la adquisitiva, de pago en la extintiva) fundada en el transcurso del tiempo sin aparecer el ejercicio del derecho respectivo, cuya conveniencia se ve reforzada por la ostensible circunstancia de que, con el tiempo, los diversos medios probatorios se van diluyendo y extinguiendo; más aun, los sujetos también desaparecen y los sucesores estarán en más difícil situación de defenderse adecuadamente por el desconocimiento de los hechos que originaron la situación controvertida; así, la prescripción funciona como un respaldo a una prueba que se ha tornado difícil o imposible por la lejanía de la situación en la que debería incidir. En este mismo sentido surge también la protección a la apariencia, en cuanto (la comunidad) los terceros deben ser protegidos cuando actúan de buena fe fiándose de lo que observan, y la situación ostensible (el poseedor que aparece como dueño, el deudor que aparece liberado) es, precisamente, la que termina siendo consolidada por la pres-

cripción; aquí –como en la generalidad de las situaciones en que actúa este principio protector de la apariencia– se produce el notable resultado de que el Derecho termina adecuándose a los hechos.

La jurisprudencia chilena ha acudido a muchas de estas explicaciones indiscriminadamente, según la situación de que se trate, aunque parecen predominar las llamadas objetivas (y deben ser empleadas con cuidado porque en ocasiones pueden entrar en conflicto).

197 bis. La relación con la propiedad; el conflicto constitucional. Al relacionar la prescripción con el derecho de propiedad, puede llegar a plantearse un conflicto, en cuanto la primera afecta a la segunda; se pierde el dominio de la cosa corporal o del crédito, aunque con la diferencia de que en la adquisitiva el dominio es adquirido por otro (que es precisamente por lo que el anterior lo pierde), lo que no acontece en la liberatoria; por otra parte, en la extintiva estrictamente lo perdido es la acción, el derecho permanece (sin la acción de cobro), pero esta es una constatación sólo teórica (la carencia de la eficacia que significa la acción, en la práctica equivale a la pérdida). Consagrada en el texto, en estado inminente constituye una amenaza de privación y, cuando se cumplen las exigencias, la privación se consuma. El conflicto se agudiza teniendo presente, sobre todo entre nosotros, la protección constitucional de que disfruta la propiedad (debiendo destacarse para estos efectos los ya tratados textos del art. 19, N° 24 de la Constitución, que consigna a la expropiación como único modo de privación del dominio y del N° 26, que impide a las leyes afectar en su esencia los derechos que la Constitución garantiza). Y la dificultad se intensifica cuando al regular la prescripción el legislador adopta una actitud de extrema facilidad de aplicación, especialmente a través de una excesiva abreviación del plazo (decisión que se ha venido denunciando respecto del DL. 2.695 sobre saneamiento de títulos).



El problema fue advertido en la Comisión de Estudios (sesión 148) pero no se definió solución, y enfrentados aquellos textos protectores con la indiscutible necesidad de la prescripción, el tratamiento constitucional aparece inconcluso.

En definitiva, la confrontación es más bien formal, sobre todo si se tiene en cuenta la justificación de la prescripción. La Constitución impide la pura y simple privación (a cuya gestación el titular no ha contribuido y, sobre todo, sin considerar incertidumbres de titularidad), y la prescripción es aplicada en situación distinta; aquí (a veces con la contribución de un titular, que abandona el ejercicio de su derecho) se está en presencia de una situación de *incertidumbre* de pertenencia (en la adquisitiva) o de existencia (del crédito, en la extintiva) que el interés social –al que la Constitución también atiende– requiere dirimir. En cuanto a la aplicación extremadamente expedita y, específicamente, en la abreviación desmedida del plazo, no es más que una falta de prudencia o el ocultamiento de una improcedente privación del derecho con el ropaje de la institución, que corresponderá resolver al tribunal (incluyéndose aquí a los mecanismos de control de la constitucionalidad) con elementos de juicio como los que aquí se han expuesto; por cierto, el elemento nuevo ahí será la calificación de la medida de la norma legal (cuán desproporcionada es la abreviación del plazo como para concluir que se trata de una verdadera privación) (por ej., así como por un lado en la actualidad extender el plazo de prescripción adquisitiva a cientos de años puede equivaler a excluirla de su vigencia práctica, por otro, abreviarlo a meses o días puede equivaler en la realidad a una efectiva privación; lo que se dice de la dictación de leyes que fijan plazos, se relaciona con el tema de los pactos entre particulares sobre plazos de prescripción, que son tratados en la prescripción extintiva).

198. Las llamadas reglas comunes a toda prescripción. Tres reglas son bien conocidas con esa denominación por ser

aplicables tanto a la prescripción adquisitiva como a la extintiva.

199. a) Debe ser alegada (art. 2493). Se trata de un beneficio que, por tanto, es renunciable (actitud que pudiere adoptarse particularmente aquí, donde el beneficio suele ser agobiado con insidias sobre su licitud, aunque esta esperanza envuelva una dosis de ingenuidad); por otra parte, es necesario que se hagan constar los antecedentes o elementos que en el caso concreto la configuran. Queda así justificada la exigencia de su alegación y, por lo mismo, la veda al juez para declararla de oficio.

Dados nuestro texto (art. 2513) y los efectos que produce, se tiene entendido que dicha alegación no podría plantearse sino en un “juicio”, y seguido contra legítimo contradictor, que en la prescripción adquisitiva sería el dueño contra quien se prescribe (y en la extintiva, el acreedor contra el que se prescribe).

Entre nosotros hay situaciones excepcionales (que no se refieren a la adquisición del dominio) en que el juez debe declararla de oficio (como las de la prescripción de la acción penal y de la prescripción de la pena, conforme a los arts. 93 y sgts. del CP; y de la prescripción del carácter ejecutivo de una acción, según el art. 442 del CPC.). Pero se ha discutido el carácter de prescripción o de caducidad que revisten esas situaciones (sobre todo la última).

La alegación de la prescripción adquisitiva ha suscitado varias interrogantes.

Substantivamente, no existen términos sacramentales para alegarla; basta una manifestación de voluntad inequívoca en tal sentido. No basta una vaga referencia; debe alegarse en términos concretos; aunque puede aceptarse una alegación tácita, si se deduce claramente de los argumentos de los planteamientos del prescribiente. En todo caso, deben indicarse al juez los elementos esenciales que la configuran (como ocurre con el inicio de la posesión, que determina el inicio del plazo, definición necesaria para saber si está cumplido).

En el ámbito procesal se ha planteado una controversia de evidente interés práctico, acerca de la forma de alegarla (que aquí se verá respecto de la adquisitiva).

Se ha sostenido que sólo procede alegarla como acción; es necesario obtener una declaración positiva del tribunal en orden a que habiéndose cumplido las exigencias, la cosa es del dominio del prescribiente, de modo que una pura excepción opuesta en base a la prescripción sería insuficiente. Como el art. 310 del CPC. se refiere a la “excepción de prescripción”, y dispone que ella puede oponerse en cualquier estado del juicio, se estima que el precepto es sólo aplicable a la prescripción extintiva (por lo demás la adquisitiva, por su naturaleza, vinculada indisolublemente al dominio y, en la práctica, a una disputa sobre él, exige un juicio de lato conocimiento, lo que no sería posible si se permitiera oponerla como excepción en cualquier estado del juicio). De esta manera, si el prescribiente es demandante, en su demanda accionará de prescripción, en tanto que si es demandado, al contestar deberá alegarla –como acción– mediante una reconvencción.

También se ha sostenido que puede alegarse tanto en forma de acción como de excepción, advirtiendo que la acción y la excepción no son sino simples medios o posiciones procesales que adoptan los derechos o intereses controvertidos; en ambas hay un derecho o interés que se hace valer y será la sentencia la que declarará cuál merece la garantía legal. Y se ha llegado a objetar que sea correcto procesalmente permitir al demandado reconvenir, estimándose aceptable en tal caso sólo la vía de la excepción.

Y se ha postulado que tratándose de la prescripción adquisitiva del dominio, no existe la acción de prescripción, porque ésta es sólo un modo de adquirirlo. Así, lo que el prescribiente puede hacer es, sosteniendo que es dueño, ejercer una acción que derive de su dominio (como la reivindicatoria), mencionando la prescripción como causa de pedir; se dirá dueño porque adquirió el dominio por pres-

cripción (debiendo entonces probar dicha prescripción). Y si se le demanda, sí podría excepcionarse mediante la prescripción, excepción que, se afirma, reconoce el art. 310 del CPC., texto que no distingue entre prescripción adquisitiva y extintiva. Sólo existe, pues, la excepción de prescripción.

Estimamos que la solución emerge de la afirmación de que la prescripción (adquisitiva) es sólo un modo de adquirir el dominio; así, no procede postular ni una acción ni una excepción de prescripción (como no hay acción ni excepción de tradición, de ocupación, etc.; son modos de adquirir); la base sustantiva es el dominio, que ha sido adquirido por este modo. Cualquiera sea su posición procesal, la afirmación del invocante será que es dueño; y la prescripción el modo como adquirió el dominio (debiendo probar los elementos que constituyen la prescripción): a) Puede ser demandante. Por ej., demanda interponiendo acción reivindicatoria; o intenta una acción declarativa de dominio (contra alguien a quien tenga por legítimo contradictor) para perfeccionar su titularidad, que no aparece bien definida y pretende consolidarla (como si tratándose de un inmueble carece de inscripción); b) Puede ser demandado. Por ej., se le demanda de acción reivindicatoria contestará diciendo que el dueño es él (ahí está su excepción), y que el dominio lo adquirió por prescripción (este planteamiento debe tenerse presente más adelante, cuando se trate la sentencia en que se reconoce la prescripción y se formula una observación respecto de su inscripción si se trata de un inmueble, en infra, N° 213, especialmente la nota al final). Lo que sí parece necesario es que la invocación se efectúe al inicio del debate: en la demanda o en la contestación, según el caso, para evitar la sorpresa al adversario, que pudiere quedar en la indefensión y para el acopio y escrutinio de la prueba respectiva (de los elementos que configuran la prescripción), en la etapa procesal correspondiente.



La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme, aunque parece inclinarse por la necesidad de que se accione de prescripción. También se ha resuelto que puede ser alegada como acción o excepción. Se ha admitido asimismo la excepción de prescripción, sin resolver si es o no posible alegarla como acción (se ha resuelto que el actor no puede, en segunda instancia, pedir que se declare a su favor la prescripción adquisitiva; debió solicitarlo en su demanda; y al mismo tiempo se concluyó que el demandado, por su parte, no puede oponer en segunda instancia la excepción de prescripción adquisitiva, porque se trata de una materia de lato conocimiento, a la cual no puede estarse refiriendo el art. 310 del CPC., que cuando permite oponer la excepción de prescripción en cualquier estado del juicio sólo se refiere a la extintiva).

Se ha planteado también la posibilidad de que un acreedor, interesado en enriquecerlo, alegue (oblicuamente) la prescripción que favorece a su deudor (un fallo la ha rechazado).

200. b) No puede renunciarse anticipadamente (art. 2494). Siendo un beneficio, en cada caso particular en que están cumplidas las exigencias para que opere, puede renunciarse (además, es principio el que a nadie se le pueden incorporar derechos sin su voluntad). El precepto mismo indica que la renuncia puede ser expresa o tácita.

Pero como en la aplicación de la institución hay un interés general comprometido, se impide renunciar a ella anticipadamente (art. 12); de permitirse, se añade, al celebrarse actos y contratos frecuentemente se intentaría obtener de la contraparte la renuncia, con lo que su vigencia práctica se iría inhibiendo (es regla de adopción muy generalizada en los Códigos Civiles, antiguos y recientes).

Del examen del precepto fluye, como idea repetida en su inc. 2º, que antes de cumplirse las condiciones exigidas para que opere, no puede renunciarse. Pero en prescripción adquisitiva la fuerza de

los acontecimientos obliga a una precisión. Atendido el texto, antes de iniciarse (que en esta prescripción equivale a antes de comenzar a poseer) no podría renunciarse; pero en la prescripción adquisitiva esta eventual renuncia es poco concebible, porque es contradictorio imaginar a un futuro poseedor de la cosa declarar que renuncia a ganarla por prescripción, para pretender luego poseerla, tenerla con ánimo de dueño; con esa actitud estaría declarando que no la va a poseer. Y por otra parte, ya iniciada, es decir, cuando ya se está poseyendo, es imposible impedir al poseedor que, luego de poseer una parte del lapso, deje de poseer; ciertamente, en cualquier instante podrá reconocer al dueño como tal o simplemente alejarse de la cosa, dejando de poseer (v. supra, N° 188). Así, tenida generalmente la irrenunciabilidad anticipada como una regla común, en la prescripción adquisitiva resulta muy poco consistente. Podría tener aplicación en situaciones inusuales –que podrían calificarse de rebuscadas–, como la siguiente: A entrega a B un mueble en comodato por seis meses; estipulan que B renuncia a la prescripción; transcurren doce años y B no restituye; A demanda restitución; B opone la prescripción adquisitiva fundado en el art. 2510, regla 3ª (sosteniendo que prevalece sobre el art. 730); A aduce el pacto de renuncia; B contesta con la nulidad del pacto, en virtud del art. 2494.

En suma, lo que con la regla queda repudiado es el pacto en que se estipule la renuncia, el cual, como ha quedado dicho, es muy poco factible en la prescripción adquisitiva.

La estipulación de renuncia anticipada es nula absolutamente. Se estaría infringiendo una ley prohibitiva (el art. 2494) y entonces el acto carece de objeto, con lo que sería inexistente o, al menos, nulo absolutamente, conforme a los arts. 1461, inc. final, 1444, 1445 y 1682. Se llega también a la conclusión, esta vez sólo de nulidad absoluta, estimando que tiene objeto pero ilícito, con los arts. 1466 parte final, y 1682.

El texto dispone un concepto de renuncia tácita (inc. 2º).

Cumplidos los requisitos de la prescripción adquisitiva, para que sea posible renunciar a ella se exige poder de disposición del derecho de que se trata (art. 2495); como se estará actuando jurídicamente, parece claro que se ha de exigir, además, plena capacidad de ejercicio. Si se trata de dejar de poseer, según antes se ha dicho, en este punto es evidente que son aplicables las reglas de capacidad para poseer, ya examinadas. El precepto cobra importancia tratándose de la renuncia efectuada por representantes (legales o voluntarios) por cuanto si ciertos bienes (por ej., inmuebles) pueden ser enajenados por el representante sólo previas ciertas formalidades, podría estimarse que ellas serían necesarias también para renunciar la prescripción adquisitiva cumplida a favor del representado, respecto de esa clase de bienes.

201. c) Las reglas son iguales para todas las personas (art. 2497). El precepto se explica en cuanto terminó con reglas de privilegio a favor de ciertas entidades (como la Iglesia y el Fisco), en materia de prescripción.

Por otra parte, no se contempla tampoco la llamada "acción rescisoria del dominio", conforme a la cual el dueño al que le habían ganado la cosa por prescripción, podía pedir que se rescindiera el dominio (conforme a la expresión en uso) ganado por el prescribiente, probando que había estado imposibilitado de impedir esa prescripción. Pero sí existe el beneficio de la "suspensión" de la prescripción a favor de ciertas personas, como ya lo insinúa el propio art. 2497 al final (y que se tratará más adelante).

202. Algunas características. Se destacarán algunas de la prescripción adquisitiva, varias de las cuales son más bien derivadas de la posesión, de la que se origina.

1º. Predomina la calificación de un modo de adquirir originario. Aun cuando

el objeto tenía un propietario anterior, el prescribiente no lo recibe de aquél; lo adquiere independientemente (pero también se ha sostenido que es derivativo).

2º. Permite adquirir toda clase de bienes que puedan poseerse.

Permite adquirir el *dominio y los demás derechos reales*, con excepción de las servidumbres discontinuas y continuas inaparentes. No será frecuente la adquisición de los demás derechos reales (que son más estrechos que el dominio) por prescripción porque lo habitual será que si un sujeto entra a poseer una cosa, la posea como integral dueño de ella y no con un ánimo de adquirirla parcialmente o de adquirir sólo alguno de los atributos del dominio. Pero es factible (como se irá viendo) en hipótesis de derechos reales constituidos por quien no es dueño o constituidos imperfectamente (v. también infra, N° 211).

En cuanto a la posibilidad de adquirir por prescripción *derechos personales*, la interrogante depende en gran medida de otra: si hay posesión sobre esta clase de derechos. Ya se ha dicho que es punto discutido (v. supra, N° 162). Esa controversia es básica porque si se rechaza la posesión de derechos personales, se tendrá que rechazar, en consecuencia, su prescripción adquisitiva (otro tanto ocurre con la reivindicación de derechos personales, como se dirá en su oportunidad). Si se admite la posesión de esos derechos, la conclusión normal será la de que pueden ganarse por prescripción (lo expresamos así porque también podría postularse que aunque se admita su posesión, no pueden ganarse por prescripción, siendo entonces una de las situaciones de cosa poseíble, pero no prescriptible, que luego se tratarán).

En el CC. chileno hay dos preceptos que, en lo concerniente al objeto que se prescribe, aparecen dirigidos sólo a los derechos reales (arts. 2498 y 2512). Entonces, esos textos constituyen argumentos para el rechazo de la prescripción de derechos personales, sea que se repudie o se admita su posesión. En cambio, quien

insista en que es posible ganarlos por prescripción, dirá que esas reglas no excluyen expresamente la prescripción de los derechos personales (que la circunstancia de dirigirse a los reales no implica necesariamente excluir a los personales).

Esta es ocasión de tener en cuenta una importante regla del Código, conforme a la cual “toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho” (art. 2517); ella es aplicable, sin duda, a los derechos y acciones reales, por lo cual se mencionará nuevamente al tratar la acción reivindicatoria (v. infra, N° 268). Pues bien, si se estima que los derechos personales no pueden ganarse por prescripción, entonces esa regla se está entendiendo como reducida sólo a los derechos y acciones reales; en cambio, si se admite la prescripción adquisitiva de ellos, se le está considerando aplicable a toda clase de derechos y acciones, tanto reales como personales.

3°. Suele decirse que es un modo de adquirir a título singular, con la excepción de su aplicación a la herencia. Pero estimamos que aquí, una vez más, la decisión está impuesta por la aplicación de la posesión; y en su oportunidad (supra, N° 161) dijimos que es concebible la posesión de universalidades de hecho. Por tanto, aquí concluimos que la prescripción es un modo de adquirir cosas singulares y universalidades de hecho; y también la herencia (con sus normas especiales, que se verán pronto).

4°. Es un modo de adquirir a título gratuito y por acto entre vivos.

203. Elementos. De la propia definición (art. 2492) puede ya observarse que fundamentalmente consiste en posesión durante cierto tiempo. Entonces, los elementos son: a) posesión y b) plazo. Puede verse que en definitiva el elemento constituyente es la posesión (posesión durante cierto lapso).

A la posesión y plazo se suele agregar, como otra exigencia, el que se trate de una cosa susceptible de prescripción.

Se trata más bien de un supuesto para que la prescripción opere.

Si la cosa no es susceptible de posesión, no podrá adquirirse por prescripción, y la regla general es que todas las cosas que pueden poseerse, pueden ganarse por prescripción. La duda surge si se pretende tener ésta como regla absoluta; ¿es concebible la posesión, con la imposibilidad de ganar por prescripción?

En otros términos, ¿puede haber posesión sin prescripción?, ¿cosa poseíble que no pueda ganarse por prescripción?

Lógicamente, no se ve obstáculo. Y una ley puede disponer que cierto objeto puede poseerse, pero que es imprescriptible. La interrogante surgirá con especial intensidad cuando, guardando silencio sobre la posibilidad de ser poseída, una norma disponga que cierta cosa es imprescriptible. Esta posibilidad ha sido vista en varias situaciones. Por ejemplo, en la posesión viciosa, según generalmente se estima (con la opinión discrepante de Belmar, citada; supra, N° 173), que tendría aplicación específica en el art. 729. También en la posesión irregular de inmuebles inscritos, que podrían –se ha sostenido– poseerse sin inscripción, pero que no podrían adquirirse por prescripción sin inscribirse, debido a lo dispuesto en el art. 2505. Asimismo en las servidumbres discontinuas y continuas inaparentes, las cuales no pueden adquirirse por prescripción conforme al art. 882, pero bien podría concluirse que sí pueden poseerse. En los derechos personales, como se ha visto, es discutible si pueden poseerse (prevaleciendo la negativa) y, supuesto que pueden poseerse, todavía podría sostenerse que no pueden adquirirse por prescripción (supra, N° 202).

204. Prescripción entre comuneros. Se trata de un problema. Consiste en determinar si es posible que un comunero pueda llegar a convertirse en dueño exclusivo mediante la prescripción adquisitiva.

La controversia es antigua y la insuficiencia de nuestros textos la mantiene vigente también entre nosotros.

Se ha negado la prescripción entre comuneros, principalmente con estos fundamentos: la imprescriptibilidad de la acción de partición (art. 1317), la cual puede “siempre” pedirse; la falta de exclusividad de la posesión, ya que cada uno posee toda la cosa; antecedentes históricos, ya que en algunos proyectos se permitía expresamente la posibilidad, que en definitiva no permaneció; el principio que fluye del art. 730 es contrario a la prescripción entre comuneros. En contra, se ha sostenido que es posible: el art. 1317 permite pedir la partición siempre que exista comunidad, lo que no impediría esta solución; sobre todo porque no hay por qué rechazar el evento de que un comunero, cambiando las circunstancias y con un cambio de actitud, comience a poseer exclusivamente, que es el principio que fluye del art. 2510 regla 3ª; y se debe proteger al comunero que efectivamente labora por largo tiempo la cosa común mientras los otros se han desentendido de ella. Suele añadirse que ese “cambio de actitud” puede ser demostrado por hechos inequívocos que lo demuestren (punto que se reduce a un problema de prueba).

Se ha concebido una alternativa intermedia: es rechazada en principio (como regla general); pero es admisible con un cambio en el título; no sería suficiente un cambio de actitud (o de sola voluntad, en orden a decidir que desde cierto instante, desconociendo el derecho de los demás, se erige en exclusivo); sería necesario un antecedente objetivo justificante, que explique esa nueva actitud de considerarse desde ahora único dueño, que justifique su posesión exclusiva (sería el caso de un comunero que vende como único dueño; el adquirente adquirirá sólo la cuota del enajenante, pasando a ser comunero –en el dominio– con los demás, pero comienza su posesión exclusiva respecto de toda la cosa y adquirirá por prescripción las cuotas de los otros; o el del comunero que compra las cuotas de los otros a quien no era efectivo mandatario de ellos).

La jurisprudencia nacional frecuentemente ha negado lugar a la prescripción entre comuneros (pero hay fallos que la han admitido; y de su examen se desprende que habitualmente se trata de situaciones, precisamente, con un título que justifica posesión exclusiva) (de aceptarse, sobre todo si se admite sin un cambio en el título, generalmente se requerirá sí de prescripción extraordinaria, ya que generalmente el comunero estará de mala fe y su posesión será, por tanto, irregular).

205. a) Posesión. Como se ha tratado autónomamente, rige lo que ya se ha dicho. Además, el Código dispone ciertas reglas posesorias al tratar la prescripción, que también ya se han referido. Sólo resta mencionar la que destina a los llamados actos de “mera facultad” y de “mera tolerancia” (art. 2499). En ciertos casos puede resultar dudosa la calificación de un acto como de mera facultad o tolerancia, en lugar de acto posesorio propiamente; es cuestión de hecho que habrá de examinarse en el contexto de la situación, considerando las conductas del dueño y de su contrincante, la magnitud objetiva de tales actos, su frecuencia, su exclusividad, su publicidad, etc.

206. b) Plazo. Para llegar a ganar por prescripción debe poseerse durante un determinado lapso, que depende de la naturaleza de la cosa y de la clase de prescripción de que se trate (pronto se indicará ese tiempo). Por cierto, la regla es que el plazo se cuenta desde que se comenzó a poseer (sin perjuicio de la agregación de posesiones; v. supra, N° 178). También deben tenerse presente aquí las normas sobre cómputo de los plazos (arts. 48 y sgts.).

207. Interrupción de la prescripción. Es la pérdida del tiempo corrido para ganar por prescripción, en virtud de un hecho al que la ley le atribuye ese mérito, acaecido antes que el lapso para prescribir se cumpla.



El Código distingue la interrupción natural y la civil (arts. 2502 y sgts.).

a) *Interrupción natural* (art. 2502). Es de esta clase si el hecho interruptor, por su naturaleza material, impide seguir poseyendo. Están dispuestas las situaciones y sus efectos.

La primera: debe relacionarse con lo prescrito en la accesión (art. 653). Se ha discutido el problema de si tiene aplicación tratándose de los inmuebles inscritos; una vez más aquí la solución es decidida por la posición que se adopte respecto del valor de la inscripción como símbolo de posesión.

La segunda: debe relacionarse con la recuperación de la posesión (art. 731 y título de las acciones posesorias). Y para resolver si en un caso determinado se está ante esta clase de interrupción, tratándose de inmuebles, el tema se relaciona con las controversias sobre adquisición y pérdida de la posesión y los preceptos pertinentes.

b) *Interrupción civil* (art. 2503). Está definida y significa la cesación de la pasividad del sujeto en contra de quien se prescribe.

Los tribunales han ido precisando algunas características. Se trata del ejercicio de una acción, de un juicio, y no produce el efecto de interrumpir una pura gestión no contenciosa o extrajudicial. Ningún efecto produce una demanda intentada después que el plazo de prescripción ya se ha cumplido. Si los demandados son varios, deberá notificarse a todos. Interrumpe la prescripción la demanda intentada ante tribunal incompetente. La idea más persistente en estas decisiones parece ser la de que la interrupción implica una actitud del dueño, manifestada con evidencia, de protestar en contra del prescribiente para el mantenimiento de su derecho.

Por otra parte, podrá notarse una diferencia terminológica entre dos conceptos de interrupción civil. Mientras el art. 2518, regulando la prescripción extintiva, declara que la interrupción civil es una “demanda”, el art. 2503, regulan-

do la adquisitiva, expresa que la interrupción civil es un “recurso”. Pero puede advertirse que el texto continúa sobre el supuesto de que se trata igualmente de una demanda; así se ha resuelto. Pero se ha sostenido que aunque se entienda como demanda, este término debe comprenderse en un sentido más amplio que el técnico procesal, que incluye cualquier petición, solicitud o reclamación (judicial), para lo cual se destaca que el Código emplea el término “todo” recurso judicial, equivalente a “cualquier” recurso.

Aquí surge una discrepancia (común a ambas prescripciones) sobre la época en que debe notificarse. Para que la interrupción produzca efectos es claro que la demanda debe ser notificada; la duda es si para interrumpir basta presentar la demanda ante el tribunal dentro del plazo o, además, es necesario notificarla dentro de él. La primera solución se funda en que las resoluciones judiciales sólo producen efecto una vez notificadas; y, sobre todo, en que conforme al art. 2503 no hay interrupción si no hay notificación; puede añadirse también que lo que queda interrumpida efectivamente es la posesión, la cual con la sola presentación de la demanda no es aún agredida. La segunda se apoya en que la ley exige solamente “recurso judicial” (o “demanda judicial” si se trata de la extintiva, según el art. 2518), idea reafirmada en el art. 2503, al que basta que se haya “intentado” el recurso judicial. A esos argumentos puede agregarse otro de efecto práctico: si se exige que también la notificación se practique dentro del plazo, en la realidad al que quiere interrumpir (dueño o acreedor, según el caso) se le estaría restando plazo; más aún, a algunos se les estaría confiriendo menos plazo que a otros; es así porque, como tiene que preocuparse de notificar, tendría que salir de su inactividad un tiempo antes de vencerse el plazo, y si el demandado es de difícil ubicación, el respectivo actor tendría menos plazo que otro cuyo demandado es de muy fácil notificación (a lo que puede agregarse la posibilidad de que

el demandado despliegue maniobras para evadir o postergar la notificación); esa desigualdad no es aceptable y se evita con esta alternativa. Pero sobre estos argumentos específicos, el conflicto puede dirimirse en base a unas apreciaciones institucionales. Por una parte, es útil tener presente una distinción entre los efectos substantivos y procesales de la demanda. Substantivamente, constituye la protesta ante el tribunal por custodiar el derecho; procesalmente, inicia el juicio respectivo; con la notificación queda trabado el juicio y cobra eficacia al acto interruptivo, pero que ya quedó configurado al presentarse la demanda. Esta distinción fortalece la conclusión de que basta que la demanda sea presentada dentro del plazo, aunque la notificación se practique después. Por otra parte, se trata de calificar como recepticio o no recepticio el acto interruptivo; en prescripción adquisitiva, el efecto interruptivo asignado a la demanda se funda en la actitud, exigible al dueño de la cosa poseída por otro que, saliendo de su inactividad (por desidia, abandono o aceptación que otro explote la cosa), demuestre su interés en mantener su derecho bajo consecuencia de perderlo; pues bien, esa actitud se ha manifestado al acudir al tribunal con su protesta; pedir el conocimiento del poseedor es añadir una exigencia que, desde luego, nuestros textos no piden (en todo caso, no con claridad); así, preferimos estimarla no recepticia.

La jurisprudencia nacional (sin entrar en estas últimas consideraciones) no ha sido uniforme, aunque parece prevalecer la primera alternativa.

Finalmente, nótese que el Código restringió la interrupción a las mencionadas situaciones (natural de dos clases, y civil), pero debe agregarse una que es imposible de excluir, con cualquier nombre que se le asigne, que ha de producir efectos semejantes (de pérdida del tiempo transcurrido): la del reconocimiento de dominio ajeno por parte del poseedor; se trata de la actitud que siempre podrá él adoptar, de dejar de poseer (recono-

ciendo el dominio en otro o, simplemente, abandonando la cosa). Es cierto sí que, a diferencia de las situaciones calificadas de interruptivas, aquí hay voluntad del poseedor; por otra parte, adoptando esa actitud ya no hay propiamente una “interrupción” (que implica la posibilidad de reanudación) sino la extinción de un proceso en curso (v., además, supra, N° 183).

Efectos. Tal como ha quedado dicho en el concepto, por la interrupción se pierde todo el tiempo que se llevaba poseyendo, con la notable excepción del art. 2502, N° 1 (art. 2502). Se recuerda una vez más que en la situación del art. 2502, N° 2 puede tener aplicación el art. 731.

Respecto de la interrupción civil debe tenerse presente que en ciertas situaciones, aun cuando se actuó judicialmente, no queda interrumpida la prescripción (art. 2503).

Debe considerarse también la especial regla del art. 2504 para los comuneros.

En cuanto al campo de aplicación de la interrupción, no hay duda de que tiene vigencia no sólo para la prescripción ordinaria sino también para la extraordinaria; la ubicación de estas reglas, antes de la distinción entre ambas, enunciada en el art. 2506, y la misma norma del art. 2510, llevan a esa conclusión; pero, por sobre todas esas consideraciones normativas, no hay razón para restringirla a la prescripción ordinaria; más aun, con referencia a la interrupción civil sería absurdo impedir que el eventual perjudicado con la prescripción (dueño o acreedor) actúe para mantener su derecho.

Por último, luego de examinar las reglas citadas, puede apreciarse que más propiamente que interrupción de la prescripción, la que queda interrumpida es la posesión.

208. Distinción. Con base en las características de la posesión, se distingue entre prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria. Con posesión regular se llega al dominio por la prescripción ordinaria, que impone al prescribiente un pla-

zo de posesión inferior al necesario para prescribir si se tiene posesión irregular (art. 2506).

209. 1) Prescripción adquisitiva ordinaria. Exige posesión regular durante dos años para los muebles y cinco años para los Bienes Raíces (arts. 2507 y 2508) (la ley 16.952, de 1º de octubre de 1968, derogó las reglas por las cuales si la persona contra la cual se prescribía residía en el extranjero, cada dos días se contaban por uno).

Suspensión de la prescripción. Es un beneficio que la ley establece a favor de personas que se encuentran en determinada situación, consistente en la detención del cómputo del plazo para ganarles una cosa por prescripción.

En substancia, es la detención del curso de la prescripción, en términos tales que, cesando la causa, se inicia, o continúa corriendo, sin perderse el tiempo transcurrido antes del apareamiento de aquella circunstancia. La especial preocupación de la ley por esas personas implica que no le es suficiente la posible diligencia de los representantes legales, que podrían actuar en contra del prescribiente.

Sin definir la suspensión, el Código señala las personas a cuyo favor opera y los efectos que produce (art. 2509).

Conviene formular algunas puntualizaciones:

a) La suspensión se aplica sólo a la prescripción ordinaria (arts. 2509 y 2511).

b) En cuanto a los menores, nada importa que estén emancipados.

c) Respecto a los dementes y sordomudos, no se exige declaración de interdicción.

d) Puede verse que lo más probable es que estos sujetos tengan representante legal; no importa, aun así, para mayor seguridad (por si el representante no es suficientemente diligente en interrumpir la prescripción) el texto opta por suspender el cómputo del plazo.

e) Luego de indicar que se suspende a favor de ciertas personas, menciona la

herencia yacente (arts. 1240 y sgts., con lo que se ha pretendido sostener que la herencia yacente sería persona jurídica; no hay base suficiente para esa calificación. V. el art. 2346, que las distingue).

f) Aunque actualmente la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz, se justifica mantener la suspensión a su favor (Nº 2) porque ella no administra sus llamados “bienes propios” (sus bienes, así como los sociales, son administrados por el marido).

La suspensión entre cónyuges (art. 2509 inc. final). Varias explicaciones han conducido a disponer la suspensión de la prescripción entre cónyuges (es norma generalizada en las codificaciones civiles): mantener la armonía en el matrimonio, el título de mera tenencia que significa para el marido el usufructo legal que tiene sobre los bienes de la mujer, evitar que se celebren donaciones irrevocables encubiertas entre los cónyuges, y, en general, velar por el adecuado funcionamiento de la sociedad conyugal.

Polémica persistente ha llegado a ser entre nosotros la de si esta suspensión tiene lugar sólo en la prescripción ordinaria o también en la extraordinaria. Se ha sostenido lo primero: a) el precepto está ubicado al tratar el Código la prescripción ordinaria; b) el art. 2511 está insistiendo en que la prescripción extraordinaria no se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2509, y se entienden no sólo las “enumeradas” (con números) sino todas las “mencionadas” allí; c) la suspensión es un beneficio excepcional cuyos textos obligan a una interpretación restrictiva, y d) en fin, cuando se dispone que la prescripción se suspende “siempre” entre cónyuges, no se refiere la ley a que la suspensión rige en la ordinaria y en la extraordinaria, sino a que –regulando la ordinaria– se suspende entre cónyuges sin importar el régimen de bienes en que vivan, tema al que se estaba recién refiriendo en el inciso anterior. En cambio, se afirma la vigencia de la suspensión para toda prescripción, ordinaria o extraordinaria, teniendo presente que: a) las razo-

nes para la suspensión se presentan en ambas situaciones; b) cuando el art. 2509 concluye que se suspende “siempre” entre cónyuges, se entiende la expresión precisamente referida a que se suspende sea ordinaria o extraordinaria la prescripción; y c) cuando el art. 2511, regulando la prescripción extraordinaria, dispone que esta prescripción no se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2509 se entiende la expresión “enumeradas” literalmente, comprensiva sólo de las mencionadas en los N^{os} 1 y 2.

Fuera de estas argumentaciones de texto y más bien literales, permanece muy vigorosa la razón de fondo de la suspensión entre los cónyuges: la comunidad de vida que implica la unión matrimonial, fundamento que vale para toda clase de prescripción. Por estas consideraciones, la última alternativa parece ser la mayormente seguida.

Por su carácter excepcional, el precepto que menciona las personas a cuyo favor se suspende la prescripción es taxativo.

210. 2) Prescripción adquisitiva extraordinaria. Basta para ella la posesión irregular y se exige posesión por diez años (arts. 2510 y 2511) (el lapso era primitivamente de treinta años; se abrevió a quince por ley 6.162 y, posteriormente, a diez, por ley 16.952). Corre contra toda persona y no se suspende (art. 2511, recordándose la duda sobre la suspensión entre cónyuges).

Aquí interviene un debate ya expuesto: el de la supuesta utilidad de las posesiones viciosas (v. supra, N^o 173). También debe recordarse (ya se dijo) que conforme al texto, posesión irregular es aquella a la que falta uno o más de los requisitos de la regular (art. 708), pero (también se advirtió) esta regla no puede extremarse, pues faltando cierto requisito (la tradición cuando se invoca título traslativo), menos que posesión irregular puede ocurrir que simplemente no haya posesión (v. supra, N^o 171).

Por último, está presente aquí la comentada regla del art. 2510 N^o 3, referi-

da ya en otra ocasión (v. supra, N^o 182). La doctrina y los textos (art. 716) establecen que la mera tenencia es inmutable en el sentido de que el simple lapso no la muda en posesión; y no obstante que el precepto citado pareciera anunciar una excepción en el art. 2510 regla 3^a puede observarse que no lo es propiamente, pues para llegar a calificar al sujeto de poseedor aquí se exige que concurren otras (dos) circunstancias (ahí precisadas), además del puro lapso. Pero desde otro punto de vista, también resulta que esta misma regla viene a debilitar el rigor del principio de que el mero tenedor nunca podría transformarse en poseedor (art. 730 inc. 1^o, primera parte); conforme a la regla 3^a, con los requisitos que enuncia sí puede convertirse en poseedor.

211. Prescripción adquisitiva de otros derechos reales. Para otros derechos reales (como los de hipoteca, usufructo) que es posible ganar por prescripción (art. 2498 inc. 2^o), se aplican las reglas del dominio, con algunas excepciones (art. 2512). Tal como se dirá al tratar pronto algunos derechos reales, la situación es factible cuando el constituyente no es el dueño. Tratándose del derecho real de herencia, aparte de los textos citados debe tenerse en cuenta que también puede ganarse por prescripción de cinco años (arts. 704 y 1269) (relacionada con este punto se verá pronto, además, la llamada usucapión liberatoria).

Aunque el tema se trata con la debida extensión en Derecho sucesorio, hay un extremo que es útil referir aquí, por su vinculación con el destacable art. 2517. La prescripción que es posible en el derecho de herencia es la adquisitiva. Regulando la acción de petición de herencia, son los términos del art. 1269 –cuando expresa que esta acción “expira” en diez años– los que han conducido a algunos intentos prácticos de prescripción extintiva. Pero la precisión técnica obliga a calificar esa expresión nada más que como una redacción que pudo ser más clarifi-

cadora. Recuérdese que se trata de un derecho real (art. 577), de modo que la acción protectora pertenece a las llamadas acciones propietarias, y, por lo mismo, participa de aquella vocación de eternidad que tiene el dominio. Dicho directamente, no se extingue por su uso o no ejercicio; sólo se extingue cuando alguien posee la herencia hasta ganarla por prescripción adquisitiva, resultando aplicado así el art. 2517. La doctrina nacional es ampliamente predominante en este sentido. Esta conclusión importa diversas consecuencias prácticas; así, al tratarse de prescripción adquisitiva, deben recordarse las normas legales y discusiones doctrinarias de *esta* clase de prescripción para temas como su forma de alegarla, la oportunidad en que se puede hacer valer en juicio, etc.

212. La adquisición del dominio por la prescripción. Como se ha dicho, por la prescripción adquisitiva se adquiere el dominio (y otros derechos reales).

Los textos generalmente no contienen reglas sobre la adquisición del dominio que, como se irá viendo, serían útiles. Pero en la doctrina se observa un predominio en las dos siguientes afirmaciones.

El dominio es adquirido de pleno Derecho al cumplirse el plazo (se ha llegado a emplear el adverbio “automáticamente”, lo que significa, al menos entre nosotros, a la medianoche del último día del plazo); así —como se dirá pronto—, la sentencia que la declara sólo aparece como requisito de eficacia.

No obstante algunas objeciones, predomina la conclusión de que la adquisición opera *retroactivamente*, al día en que se inició (se expresa generalmente) la prescripción o (nos parece mejor dicho) la posesión. Se han ofrecido varios fundamentos a esta retroactividad, como la presunción de que el anterior propietario abdicó de su dominio antes de iniciarse la posesión, que debe protegerse a terceros que ya durante la posesión contrataban con el poseedor teniéndolo por

dueño, etc. Entre nosotros esa retroactividad no está expresamente dispuesta, pero hay un precepto que armoniza ostensiblemente con ella (el art. 1736). Esta retroactividad origina varias consecuencias. Por ej., el poseedor queda dueño de los frutos producidos durante la posesión, aunque haya estado de mala fe (el art. 907 es aplicable sólo al poseedor vencido); quedan firmes los gravámenes o cargas que haya constituido en ese tiempo; y, estrictamente, le han de ser inoponibles los que haya constituido el propietario en la misma época. En la práctica, sí, es difícil que tengan lugar relaciones jurídicas entre el dueño y terceros, por cuanto el tercero exigiría entrar en contacto con la cosa en cumplimiento de dichas relaciones, y quedará patente la existencia de un poseedor de ella. Por otra parte, es natural que la inactividad del dueño cesará, antes que contrate con terceros, mediante un acto de interrupción al poseedor.

En estas relaciones entre poseedor prescribiente y anterior propietario puede observarse que la prescripción adquisitiva lleva en correlatividad el efecto extintivo respecto del derecho del dueño contra el que se ganó por prescripción (de ahí los preceptos de los arts. 2517 y 1815) (el tema de la prescripción de la acción reivindicatoria, relacionado con éste, se tratará más adelante; infra, N° 268).

212 bis. Efecto liberatorio (la usucapión liberatoria). Es conocido el principio “cuanta posesión, tanta prescripción” (*tantum praescriptum, quantum possessum*); la extensión de los efectos de la prescripción está determinada no por los derechos del anterior dueño (del que el prescribiente no es sucesor) sino por lo que él poseyó. Con esta base (ya en Roma, y actualmente con el apoyo de textos en algunos ordenamientos) se ha planteado que la prescripción adquisitiva provoca un efecto extintivo de las cargas o derechos reales constituidos sobre la cosa (por el anterior dueño, antes de entrar a po-

seerla el que ahora la adquirió por prescripción). Se le concibe con diversos métodos. Al poseerse la cosa –se ha sostenido– se poseían asimismo esos derechos reales, de modo que al adquirirla, los adquirió también y, simultáneamente con la adquisición, quedaron extinguidos, porque esos derechos reales sólo se conciben en cosa ajena; aquí se extinguieron por confundirse con el dominio en un solo titular. O bien: al poseerse la cosa, se le poseyó *como libre* (de cargas) por lo que en esos mismos términos se termina adquiriéndosela. A tal efecto suelen llamarlo “usucapión liberatoria”, expresión que estimamos preferible reemplazar por la de “efecto liberatorio de la usucapión”. Siendo frecuentemente aceptada, su vigencia es restringida o tiende a serlo, por diversos factores: el contenido del título (que la torna difícil en la ordinaria), la publicidad que ostenten los gravámenes de los que se pretende quedar libre; la posibilidad (cuan posible es) de poseer la cosa con prescindencia de los gravámenes. La situación es concebible cuando un tercero posee la cosa (es más controvertible cuando pretende aducirla el dueño para el específico propósito de liberarla del derecho real limitado).

Con aquellas prevenciones, que habrán de examinarse en el caso concreto, no se ve obstáculo para aplicarla entre nosotros. Nuestro (controvertido) DL. 2.695, sobre saneamiento de títulos de la pequeña propiedad raíz, contiene una regla (el art. 16) que evoca este efecto liberatorio cuando se sanean los títulos de estos predios mediante la prescripción adquisitiva de un año que dicho texto dispone.

213. La sentencia. Conforme a lo dicho recién (supra, Nº 212) una sentencia no es requisito para adquirir el dominio por prescripción. Y así, extrajudicialmente podría el prescribiente ser tenido por dueño sin necesidad de un fallo. Pero en la práctica le será necesario, porque sin ella su dominio le será fácilmente controvertible. De ahí que los

textos suponen que se dictará una sentencia, la que, si se refiere a inmuebles, debe inscribirse para que produzca efectos contra terceros. Entonces, si el dominio es controvertido, o, si el prescribiente quiere desde luego preparar su reconocimiento, surge la necesidad de la sentencia. Ahora bien, ya se ha dicho que (por diversas justificaciones) es regla universal (también entre nosotros) la de que debe ser alegada (o debe invocarse como modo de adquirir el dominio cuya declaración se persigue); y para obtener la declaración no sólo basta alegarla, sino hay que probar la concurrencia de sus elementos (atribución de carga que es fácil de demostrar conforme a cualquiera de los varios criterios que se han formulado para distribuir el peso de la prueba). Así se llega a la secuencia: ha de alegarse, deberán probarse los supuestos y se obtendrá la sentencia.

Así queda explicada la afirmación, generalizadamente compartida, de que la sentencia que declara la prescripción adquisitiva (o que declara el dominio fundado en ella, según se dirá) constituye requisito de eficacia de la prescripción (con su inscripción si se trata de inmuebles, conforme a lo dispuesto en el art. 2513). Habiendo operado el modo y, por tanto, habiéndose producido ya la adquisición, los efectos se producen desde entonces al punto que si se celebran actos de dueño antes del fallo, esos actos jurídicamente son válidos y eficaces; pero si esa validez y eficacia son controvertidas (más bien será controvertida la calidad de dueño), esos actos y el dominio habrán de ser respetados siempre que, formulada la objeción, un fallo posterior declare el dominio mediante la prescripción; por lo demás, con la retroactividad ya referida se mantendrán incluso los actos celebrados antes de cumplirse el plazo, desde el inicio de la posesión.

Pero aquí conviene observar una expresión. Generalmente se manifiesta que deberá existir “una sentencia que declare la prescripción” (y así lo expresa el

citado 2513). La fórmula es objetable (sobre todo conforme a lo que dijimos en cuanto a la alegación). Las sentencias generalmente declaran “derechos”; y la prescripción no es un derecho, es un modo de adquirir uno (nótese, por ej., lo extraño que resulta expresar que “una sentencia declare la ocupación” o “declare una sucesión por causa de muerte”). Lo que el fallo fundamentalmente declara no es la prescripción, es el dominio, adquirido por prescripción (es cierto que allí el fallo, dando por probados los elementos, declarará que ha operado la prescripción, pero substantivamente lo declarado es el derecho de dominio, adquirido por ese modo); y que fue adquirido allá, al cumplirse el plazo, y con retroactividad al inicio de la posesión. En este sentido es claro el art. 689, que se refiere precisamente a la sentencia que reconozca “el dominio” como adquirido por prescripción.

Si se refiere a inmuebles (o derechos reales constituidos en ellos), la sentencia (como se ha dicho en otra ocasión) debe inscribirse (arts. 689 y 2513 del CC. y 52, N° 1 del Regl.) (el “debe” inscribirse ha de entenderse: para lograr eficacia contra terceros). Como el modo es la prescripción, la inscripción no constituye tradición; está dispuesta (como publicidad) para la oponibilidad a terceros, y sirve, simultáneamente, para obtener los beneficios de la posesión inscrita y mantener la historia de la propiedad inmueble.

214. Prescripción contra título inscrito. El tema está regulado en el art. 2505. En contra de quien tiene inscrito a su nombre un predio se puede prescribir, pero el prescribiente debe también él tener inscripción a nombre suyo. La circunstancia de que sea posible que, estando inscrito el predio a nombre de alguien, otro (el prescribiente) logre también inscribir el mismo predio es —como ya se ha dicho— manifestación de imperfecciones del Registro (v. supra, N° 139 bis, inscripciones paralelas).

El precepto da lugar a dos importantes problemas, ambos ya referidos al tratar la posesión.

El primero es el de si es o no necesario que el título inscrito del prescribiente esté vinculado al del poseedor inscrito anterior. Este punto se analizó al examinar la cancelación de la posesión inscrita y en que se comentó lo que se ha de entender por “competente inscripción” (y, por lo mismo, en este aspecto el precepto está relacionado con los arts. 728 y 730; v. supra, N° 194).

El segundo consiste en determinar si el precepto es aplicable a toda prescripción o solamente a la ordinaria. Esta materia fue examinada al tratar la adquisición y pérdida de la posesión de inmuebles inscritos; y allí ha de encontrarse la solución; porque si se acepta que es posible adquirir posesión de inmuebles inscritos sin inscripción (irregular), se entiende que el art. 2505 no es aplicable a la prescripción extraordinaria y, a la inversa, si para adquirir posesión de inmuebles inscritos se exige siempre inscripción, se entiende que el precepto es aplicable a toda clase de prescripción.

Por lo dicho puede apreciarse que también aquí vale la posición básica que se adopte, ya en favor de la inscripción registral, ya de la posesión material (v. supra N°s 193, 194 y 195).

Una vez más se hace presente que los tribunales se inclinan mayormente por proteger la inscripción, de modo que resulta muy difícil lograr prescripción contra un título inscrito sin ostentar inscripción. Tal es la tendencia, pero como habitualmente se han considerado los elementos del caso, no es posible efectuar afirmaciones perentorias, y no debe olvidarse tampoco que los tribunales frecuentemente han restado mérito a las inscripciones (“de papel”) que no exhiben un antecedente de posesión material (v. supra, N° 195). Y recuérdese que por la legislación de saneamiento de títulos (DL. 2.695) es posible inscribir inmuebles antes inscritos, con consecuencias muy controvertidas (v. supra, N° 143).

PÁRRAFO VI

TÍTULOS DE DOMINIO

215. Noción general. Cuando se pretende adquirir una cosa de manos de otro o que se constituya por él un derecho real, resulta necesario examinar sus derechos (si es o no dueño del objeto), siguiendo el principio de que nadie puede traspasar más derechos que los que tiene.

Nuestro sistema de transferencia de bienes, que exige la concurrencia de dos actos, el título y el modo, unido a la escasa legalidad del régimen registral, en que la inscripción no prueba dominio, son factores que contribuyen a la necesidad de tal examen e inciden en que la tarea frecuentemente no sea simple.

Al tener el tema una intensa aplicación en la transferencia de inmuebles, la práctica profesional ha desarrollado bastante algunos aspectos de este capítulo. En otro sentido, se trata de una consecuencia de lo que hasta aquí se ha expuesto.

Se ha dicho en otra ocasión que la expresión "título" tiene una doble acepción: antecedente jurídico que justifica un derecho, y documento en que ese antecedente consta (v. supra, N° 103). En esta materia se emplea en ambos sentidos; cuando se requieren los "títulos" de un bien, se alude a los documentos respectivos, pero presentados éstos, se examina allí no sólo el aspecto instrumental o formal, sino también la juridicidad del acto del que dan cuenta. Por otra parte, en el lenguaje jurídico habitual de esta materia, en el término "título" se incluye no sólo el acto que recibe técnicamente ese nombre, sino también lo que en Derecho se denomina modo (así, al exigirse los títulos de tal inmueble, se está pidiendo tanto la exhibición de la escritura de compra, como la constancia de la inscripción conservatoria correspondiente).

Con las observaciones formuladas, y para el solo efecto de este párrafo, pueden entenderse por títulos de dominio los antecedentes jurídicos que justifican o fun-

dan el derecho de dominio que tiene una persona sobre determinado objeto.

Para saber en qué consisten y continuar en el análisis formal, es menester distinguir entre bienes muebles e inmuebles. La distinción es necesaria principalmente porque mientras los actos sobre muebles son consensuales, respecto de inmuebles son generalmente solemnes (así, por ej., ocurre con la compraventa, la permuta, la donación); y por las distintas formas de efectuar la tradición (la de los muebles por alguna de las formas indicadas en el art. 684, y la de los inmuebles por inscripción conservatoria).

216. a) Títulos de dominio sobre bienes muebles. Al ser, por regla general, consensuales los actos sobre bienes muebles, documentalmente o no existen o consisten en instrumentos privados (un instrumento privado firmado por los contratantes, a veces con testigos, en que se escritura el contrato, por ej., la compraventa; u otros instrumentos que pueden constituir principio de prueba escrita del contrato, como boletas, facturas). Debe recordarse que en cuanto a la tradición, las varias formas en que puede efectuarse (según el art. 684), no exigen constancia documental. Si se adquiere por sucesión por causa de muerte, puede haber constancia en un testamento o en un inventario.

Respecto de los vehículos motorizados (terrestres) es aplicable lo dicho; ya se ha consignado en otra ocasión que en cuanto a la transferencia de dominio su situación es la de los muebles (v. supra, N° 148). Es claro que si se ha cumplido con las exigencias tributarias y municipales, se dispondrá a lo menos de instrumento privado firmado ante notario y de inscripción en el Registro de vehículos motorizados.

Esta falta de instrumentos origina dificultades, sobre todo teniendo presente las limitaciones de prueba para los actos que no constan por escrito (arts. 1708 y sgts.); en la práctica, entre otras situaciones, esas dificultades se aprecian en los embargos

de bienes muebles que, supuestamente, no pertenecen al deudor (para interponer tercerías: de dominio, de posesión).

217. b) Títulos de dominio sobre inmuebles. Desde un punto de vista documental, generalmente consisten en instrumentos públicos. Como los actos correspondientes constan en matrices que constituyen los protocolos y registros, que permanecen en las oficinas respectivas, para el examen lo que circulan son copias, autorizadas o simples, de aquéllas (por ej., copia de la escritura pública de compraventa y copia de la inscripción en el Registro).

Cuáles son los instrumentos que constituyen los títulos de un inmueble, dependerá también del modo por el cual se le ha adquirido. Si se ha adquirido por tradición, estarán constituidos por copias de la escritura pública del contrato (compraventa, permuta, donación) y copia de la inscripción. Si ha operado la sucesión por causa de muerte, estarán constituidos por una copia del testamento, si la sucesión fue testada; copia de la resolución que concedió la posesión efectiva, y copia de las inscripciones exigidas por el art. 688. Si se adquirió por prescripción, existirá una copia de la sentencia que la acoge y de su inscripción en el Registro. En la cadena de transferencias pueden surgir antecedentes que justifiquen la presencia de otros instrumentos; por ej., si hay sociedades o personas jurídicas no lucrativas, sus instrumentos de constitución y acuerdos pertinentes; si hay titulares casados, los instrumentos relativos al régimen económico matrimonial; si hay actuaciones por representantes, voluntarios o legales, los instrumentos del apoderamiento (mandatos, discernimiento de guardas, etc.).

Es usual también que se requieran certificados de dominio vigente, de hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar, expedidos por el respectivo Conservador (v. supra, N° 127 c.; téngase presente también lo dispuesto en el art. 439 del COT.).

218. El estudio de títulos. Es el análisis de los antecedentes jurídicos que se han mencionado, para determinar si están o no ajustados a Derecho.

Para estimarlos o no conformes, habrá que estarse al modo por el que se adquirió, a la clase de acto o título que causó el modo y al estado de las partes que intervinieron. Y en cuanto averiguación, habitualmente el examen tiende a detectar causales de nulidad, inoponibilidad o resolución (esto último debido a obligaciones pendientes, como saldos de precios), y a comprobar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

El examen aborda los aspectos formales de los respectivos instrumentos y los substantivos del acto de que se trata. Retrospectivamente, se efectúa teniendo en cuenta el más largo plazo de prescripción, que en nuestro régimen patrimonial aparece como el antecedente más seguro.

El resultado del estudio de los títulos puede consignarse en un *Informe*. El contenido del informe depende de las exigencias y del criterio del informante. Usualmente se inicia con una sección expositiva en que se describen los antecedentes, luego se formulan observaciones, si es del caso, y se termina con una conclusión, en que se tienen o no por aprobados, agregándose, si procede, alguna sugerencia (para el saneamiento de títulos, v. supra, N° 143).

Capítulo I

GENERALIDADES

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

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

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

noción ensambla con la llamada “elasticidad”, a la que también se ha hecho referencia).

En los arts. 698 y 1337, regla 6^a el Código contiene normas que suponen más bien el primer criterio (que se confirma también en la sección pertinente del Mensaje); en cambio, el Reglamento del Registro conservatorio supone la idea contraria cuando distingue entre la tradición de un derecho real (ya constituido) y la constitución (efectuada por el propietario) del mismo (art. 52, N^{os} 1 y 2, respectivamente).

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

219 bis. El título y su importancia. Ya se ha dicho que en la adquisición de derechos reales el elemento título es materia que se examina en otro capítulo (obligaciones y contratos). Pero aquí conviene formular una referencia porque en la práctica jurídica, cuando se constituyen derechos reales limitados suele desatenderse o, al menos, no se le presta la cui-



dadosa atención que se le dedica cuando se trata de la adquisición del dominio propiamente (y con esa actitud en ocasiones se incurre en defectos que podrían conducir a la nulidad).

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

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

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

Capítulo II

LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

220. Definición y origen. “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición” (art. 733, inc. 1º).

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

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

221. Constitución del fideicomiso. La constitución del fideicomiso es solemne. La solemnidad específica depende del ori-

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

Cuando se constituye por *testamento*, es claro que la inscripción no significa tradición de la propiedad fiduciaria, porque el modo de adquisición es allí la sucesión por causa de muerte. Pero entonces, para algunos autores la inscripción es en este caso solemnidad de la constitución del fideicomiso; para otros, tiene por finalidad mantener la continuidad de las inscripciones (pues el inmueble, de estar inscrito a nombre del causante, terminará, probablemente, inscrito a nombre del fideicomisario) y para conferir publicidad a las mutaciones del dominio. Cuando se constituye por *acto entre vivos*, la inscripción tiene rol de tradición de la propiedad fiduciaria, del constituyente al propietario fiduciario. Se ha sostenido que es el único rol; en contra, que es, además, segunda solemnidad del acto constitutivo, acto que no estaría perfecto en tanto dicha inscripción no se efectúe. En términos prácticos, esta última posición implica afirmar que no se podría exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto, entre otras la entrega del inmueble de que se trata, mientras no se inscriba; sin la inscripción el fideicomiso no estaría constituido (no habría fideicomiso).



En todo caso, conviene precisar la situación registral: la propiedad fiduciaria (el inmueble fiduciario) *debe* inscribirse (a nombre del propietario fiduciario) en el Registro de propiedad (arts. 686 y 735 del CC., y arts. 32 inc. 1º y 52 Nº 2 del Regl.); la condición (de la cual pende la restitución) *puede* inscribirse en el Registro de hipotecas y gravámenes (arts. 32 inc. 2º y 53 Nº 1 del Regl.).

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

222. Elementos. Son tres:

1º. Una cosa susceptible de darse en fideicomiso;

2º. Concurrencia de tres personas: constituyente, propietario fiduciario y fideicomisario;

3º. Una condición en virtud de la cual ha de pasar la propiedad del propietario fiduciario al fideicomisario.

223. 1º. Una cosa susceptible de darse en fideicomiso. La norma fundamental es el art. 734, que es bastante amplia, ya que permite constituirlo sobre muebles e inmuebles. La naturaleza de la institución, sí, obliga a excluir los bienes consumibles; podrían incluirse cosas consumibles cuando forman parte de la totalidad de una

herencia o de una cuota de ella (v. la ley 4.827 sobre comisiones de confianza de los Bancos, incorporada a la Ley General de Bancos).

224. 2º. Concurrencia de tres personas.

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

II. *Propietario fiduciario.* Es quien recibe el bien dado en fideicomiso, sujeto al gravamen de traspasarlo a otro si se verifica la condición. Si lo recibe por acto entre vivos, puede serlo a título gratuito u oneroso (lo que debe tenerse presente porque puede configurarse una donación, la que debe ser insinuada y por la que debe pagarse el respectivo impuesto; v. supra, Nº 219 bis). Puede el constituyente nombrar varios propietarios fiduciarios (art. 742). Ellos pueden ser de llamado simultáneo o en forma de substitutos. El Código no dispone expresamente que puedan nombrarse substitutos del propietario fiduciario, pero con los arts. 742, 743 y 744 parece no haber inconveniente. Si hay substitutos, debe tenerse presente el art. 745 (v. también el art. 10).

Si el constituyente no designó propietario fiduciario, el silencio está suplido por el art. 748.

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

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

Si no hay substituto(s) nombrado(s) ni tiene lugar el derecho de acrecer (debido a cualquier causa, especialmente porque se designó la cuota de cada uno de

los fiduciarios designados), el constituyente pasa a ser propietario fiduciario si vive; si ha fallecido, quedarán en tal calidad sus herederos (art. 748) (nótese que el art. 748 deja como fiduciario al constituyente o sus herederos, sea que no haya sido designado o que habiendo sido designado, después falte).

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

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

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

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

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

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

a) Si falta antes de cumplirse la condición y se ha designado sustituto, la expectativa pasa a éste; es el sustituto quien pasa a ser el fideicomisario. Si no hay sustituto, el propietario fiduciario se convierte en propietario absoluto; al fallecer, el fideicomisario nada transmite a sus herederos (art. 762; tal como suele decirse, la mera expectativa es intransmisible). Los arts. 743 y 744 dan normas para el caso de que haya substitutos nombrados.

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

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

225. 3º Una condición. Es otro elemento esencial y, se puede decir, el característico de esta institución (arts. 733, 738). Es la incertidumbre, propia de la condición, de si el propietario fiduciario restituirá o no al fideicomisario la cosa que tiene en propiedad fiduciaria,

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

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

El art. 738 dispone que a la condición que siempre supone (de existencia del fideicomisario al tiempo de la restitución), 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 sí responsable en esta administración de su hecho o culpa, que ha de entenderse leve (art. 44). Como propietario que es, está premunido de la acción reivindicatoria (art. 893); y el objeto es inembargable en esa situación (arts. 1618 N° 8 del CC. y 445 N° 14 del CPC.). Se ha resuelto que los frutos sí son embargables.

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 destinan un precepto a la extinción de gravámenes sobre el predio expropiado, con excepción de las servidumbres legales, facultando a los titulares para obtener alguna compensación sobre el valor de la indemnización que se paga al expropiado (así, por ej., DL. 2.186, de 9 de junio de 1978, art. 20.)

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, Nº 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:

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

b) De lo anterior resulta que llegada la época de la restitución el nudo prope-

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

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

b) *Nudo propietario.* Es quien tiene la propiedad de la cosa fructuaria (sin el uso y goce). Puede ser el mismo constituyente, en cuyo caso conserva la 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, N° 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:

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

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

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

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

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

De otra parte, el art. 768 impide la suspensión condicional del usufructo, por la posibilidad de encubrir tal situación usufructos sucesivos, ya que, pendiente la condición, podría usufructuar la cosa un tercero, restituyendo el usufructo al cumplirse, etc. (en su inc 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 N°s 2 y 3 de esa enumeración y se agrega la sentencia, no contemplada allí, con lo que puede concluirse que se constituye por:

- 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 se les denomina generalmente derechos de usufructo, pero difieren bastante de esta institución (estos “derechos legales de goce”, del padre sobre los bienes del hijo y del marido sobre los bienes de su mujer, son examinados en el estudio del Derecho de familia).

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

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 traslativa (tradición) (se admite que el Código supone tradición y el Mensaje lo dice directamente, pero es considerado error; en cambio el Regl. del Registro distingue entre constitución y tradición en el art. 52 N^{os} 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 N° 2 del Regl.) como porque en esta situación el derecho real de usufructo se adquiere por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte. Pero habrá constancia de él en el Registro porque el testamento en que está contenido habrá de inscribirse (art. 688 N° 1); además, al inscribirse el inmueble (la nuda propiedad) a nombre del nudo propietario (heredero o legatario), en esa inscripción quedará constancia de la limitación –usufructo– a la que el inmueble está sometido.

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

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

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

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

4°. *Por sentencia judicial.* Suele citarse como ejemplo la disposición del art. 1337 N° 6, en la partición de bienes, pero debe observarse que el precepto permite al 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. 2°) (puede

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

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 eximirlo de la caución, se ha discutido la posibilidad de que el constituyente o nudo propietario pueda liberar al usufructuario de la obligación de confeccionar inventario. Predomina la opinión de que es posible, en base a la autonomía de la voluntad, con la salvedad de situaciones excepcionales como aquella a la que se refiere el art. 1407; si se configura un usufructo con las características que esa norma señala, el inventario sería un requisito del título mismo y no podría evitarse (v. también art. 379) (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. 2º) y la ley establece esta liberación en ciertos casos (como los contemplados en el art. 775, inc. 3º, en los usufructos legales, en la ley 14.908, en la Ley General de Bancos).

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

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

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

a) Debe respetar los arriendos de la cosa fructuaria (art. 792) y otras cargas personales (art. 796), quedando desde luego sometido a las cargas reales, por la naturaleza de éstas (como por ej., las hipotecas que graven la cosa fructuaria). Debe respetar los arriendos en todo caso, aunque no consten por escritura pública (el art. 792 es especial en relación 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 innominada 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 ejecutado (arts. 797 y 798, teniendo presente, además, lo que dispone el art. 801; se ha discutido si el usufructuario puede obligar al nudo propietario a efectuar esas expensas extraordinarias mayores). 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 recuérdese que cualquiera que sea el plazo o condición no puede continuar después de la muerte del usufructuario (también dicen relación con esta causal los arts. 804 y 805).

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 aplicársele 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. 2º cuando alude a su tradición; debe entenderse la constitución); pero puede ganarse por prescripción (art. 2498).

3) Es inembargable (arts. 2466 y 1618 Nº 9 del CC. y 455 Nº 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).



Capítulo V

LAS SERVIDUMBRES

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

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

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

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 predialidad de la servidumbre. Desde luego, conviene observar que la accesoriedad 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 antiguamente 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 gravá-

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 flote, y se remite en su regulación al C. de A. El mismo texto agrega que hay otras de estas servidumbres, para cuya regulación se remite, asimismo, a los reglamentos u ordenanzas respectivas (pueden citarse, por ej., las contempladas en la ley sobre organización y atribuciones de las Municipalidades).

En cuanto carecen de predio dominante, en rigor conceptual no debieran ser llamadas servidumbres; según la situación de que se trate constituyen restricciones 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. 2º, 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 subinscrita al margen de la inscripción. Así, el acuerdo queda incorporado a los títulos, y con la constancia en el Registro quedarán advertidos los futuros adquirentes. Si ellos adquieren el predio, lo adquieren con esos límites (el solo instrumento privado basta, pero es más fácilmente impugnabile y carece de fecha cierta respecto de terceros).

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 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 colusión entre el vecino y el titular del derecho real). Con esto, si demanda de

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

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, clarificándola.

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.

Provenga 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 forzosamente, puede constituirse como voluntaria si hay acuerdo entre los dueños de los predios (por ej., si el predio tiene acceso a la vía pública, pero es en algún sentido inconveniente).

254. 3) Servidumbres voluntarias. El art. 880 dispone la norma general para esta clase de servidumbres, confiriendo 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).

Tradición del derecho real de servidumbre. Concibiendo la constitución del derecho real como un “desprendimiento” de facultades del dominio, en el art. 698 el Código se refiere a la “tradición” 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 estipulación 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 accesoria de ellos.

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

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

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

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

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.

Capítulo I

DIVERSAS FORMAS DE PROTECCIÓN

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 constitucionalmente 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 reivindicatoria 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 *cerramiento*, 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 tienden en definitiva asimismo a la conservación de la cosa (puede mencionarse también la *tercería 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 *tercería 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 restitutoria (arts. 1687 y 1689); y si *resuelto*, acontece otro tanto (arts. 1487, 1490 y 1491; v. además infra, N° 267, final).

Capítulo II

ACCIÓN REIVINDICATORIA

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 prevenções 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.

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 (restringidas) excepciones y condiciones han sido introducidas por el mismo redactor y por textos posteriores, que en algo atenúan el rigor del principio (y que importan consideración del adversario). En ciertas situaciones no es posible reivindicar (arts. 2303, 1739 inc. 4º); en otras se puede reivindicar sólo reembolsando el valor de la cosa (art. 890 inc. 2º).

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



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 (parece lo 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 (tén-gase 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 petición 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, movibles 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 ésa, 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 acción 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 incorpóreas, 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 incorpóreas –genéricamente– hay también una especie de propiedad). Para estos efectos debe recordarse lo dicho respecto de la posesión sobre cosas incorpóreas (supra, Nº 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 incorpóreas 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 percata 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 proindiviso, 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 reprobable 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 confiriendo 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 mantuviere 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 tendría 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 desde 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 transferírsele 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 recuérdese que puede servirse de la agregación de posesiones (supra, N° 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, N°s 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, N° 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. 2°, 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 tendría también acción posesoria, de amparo o restitución, según se verá más adelante; v. infra, N° 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, N° 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 discutida 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 intentarla 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 teneedores 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 teneedores.

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 consagre. 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 N° 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 consecencial 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 constituir 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 es que si quien privó de la posesión a otro 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 usucapión; 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 usucapión); 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 plegamos 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 usucapión 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, N° 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, N° 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);

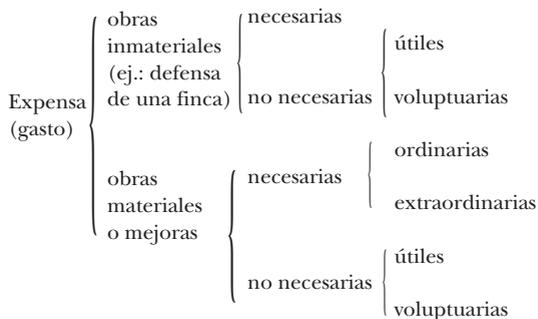
2º. Indemnización por las mejoras introducidas en la cosa.

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 voluptuarias, 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 voluptuarias (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:



Capítulo III

ACCIONES POSESORIAS

271. Concepto; el fundamento de la protección posesoria. Ya se ha advertido que el fundamento de la protección posesoria (por qué se protege la posesión) constituye una de las discusiones doctrinarias básicas sobre esta materia (v. supra, N° 155). La interrogante resulta particularmente justificada al considerársele un hecho. El repudio a la violencia (con acento ya en las relaciones privadas, ya en el orden público) y la apariencia de propiedad que reviste, aparecen entre las razones que generalmente se aducen para justificar la protección.

El Código regula estas acciones en los Tít. XIII y XIV del Libro II (arts. 916 a 950); deben tenerse presentes también las correspondientes normas procesales (arts. 549 y sgts. del CPC.; aquí se tratarán sólo aspectos substantivos; como otra protección posesoria debe mencionarse la tercería de posesión, contemplada en el CPC., arts. 518 y sgts.).

“Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de Bienes Raíces o de derechos reales constituidos en ellos” (art. 916).

272. Algunas características

a) Son acciones inmuebles (arts. 916 y 580) (pronto se referirá la crítica a esta restricción).

b) Son acciones reales. Se ha controvertido este carácter, sobre todo como consecuencia de la discusión relativa a la calificación de la posesión como hecho o derecho. Se ha sostenido que siendo la posesión un hecho, no podrían tener la calificación ni de reales ni de personales. Generalmente se las califica de acciones

reales por tratarse de acciones que se ejercen contra cualquier persona, si turba o arrebatada la posesión, sin que importe la existencia de un vínculo preestablecido con ella (v. art. 927).

c) En el ámbito procesal puede mencionarse la circunstancia de que su ejercicio generalmente deja a salvo el derecho a discutir posteriormente el dominio entre las mismas partes (art. 563 del CPC.; v. también el art. 576 del mismo Código).

En el caso de la querrela de restablecimiento, cuyo carácter de acción posesoria está discutido (como luego se dirá), quedan a salvo incluso las acciones posesorias comunes (arts. 928 del CC. y 564 del CPC.).

273. Requisitos. Deben cumplirse algunas exigencias.

273 bis. 1) Es necesario ser poseedor. La exigencia deriva de la naturaleza y fines de estas acciones. No se exige ser poseedor regular; la protección alcanza tanto a la posesión regular como a la irregular. Debe sí reunir ciertas condiciones (art. 918): ha de ser tranquila, no interrumpida y por un año a lo menos (contado en la forma que indica el art. 920); pero es posible también la agregación de posesiones (conforme a los arts. 717, 920 y 2500). Al exigirse posesión tranquila se niega protección a la posesión violenta. No se pide expresamente que deba ser pública –con lo que se privaría de protección a la clandestina y con ello a toda posesión viciosa–, pero se ha resuelto que sí.

Se ha resuelto también que la disposición del art. 918 no se aplica a las accio-



nes posesorias especiales (que luego serán mencionadas).

Tocante al lapso de un año, se tiene como tiempo suficiente de estabilidad posesoria.

Las acciones posesorias en la coposesión. Si dos o más personas poseen en común es claro que, concurriendo todas, pueden entablar acción posesoria en contra de un tercero. Es discutido si uno solo (o algunos) podría(n) entablar la acción para proteger la cosa coposeída; se ha resuelto la afirmativa. El punto está relacionado con la administración de la comunidad.

Si un comunero (coposedor) puede entablar acción posesoria contra otro, es bastante discutido. Como pudo observarse al tratar la prescripción entre comuneros (v. supra, N° 204), la discordia de fondo consiste en determinar si un comunero puede, mediante ciertas actitudes y circunstancias, llegar a erigirse en poseedor exclusivo; si se admite la posibilidad, se han de aceptar la prescripción entre comuneros y la interposición de acciones posesorias entre ellos (así, los argumentos planteados al tratar el punto de la prescripción entre comuneros son aplicables al presente problema, debidamente adaptados; aquí debe tenerse presente además el art. 917; la jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por negar acción posesoria entre comuneros, como lo ha hecho en materia de prescripción; pero un fallo parece entender que es posible; y otro, negándola en general, deja a salvo la de restablecimiento, aunque ésta no era la discutida en la causa).

Para los herederos del poseedor (y del sujeto pasivo de la acción) hay también un precepto especial (art. 919; se recuerda que esta disposición parece dar la idea de que la posesión se transmite, acompañando al art. 2500 inc. 2°; v. supra, N° 176).

274. 2) El objeto debe ser susceptible de acción posesoria. Lo son los Bienes Raíces y los derechos reales constituidos en ellos (art. 916).

La protección a los inmuebles, observada en tantas otras materias, se refleja también aquí. Como una especial justificación de la restricción de estas acciones a los inmuebles se suele mencionar la facilidad de la prueba del dominio respecto de los muebles, que deja expedita la vía de la reivindicación (explicación que no parece convincente). Por cierto, se ha postulado la conveniencia de extender estas acciones (reformando el Código) a los bienes muebles. Con todo, los Códigos del siglo XX adoptan actitudes diversas a este respecto.

No habiendo duda en cuanto a los inmuebles por naturaleza y por adherencia, se ha resuelto que la protección alcanza también a los inmuebles por destinación.

En la protección a los derechos reales constituidos en inmuebles (art. 916) deben tenerse en cuenta la regla del art. 922 y la exclusión de las servidumbres discontinuas y continuas inaparentes (arts. 917 y 882).

Se ha dicho recién que no corresponde acción posesoria a las cosas que no pueden ganarse por prescripción (art. 917). En otra ocasión se ha puntualizado que la circunstancia de que un precepto impida ganar una cosa por prescripción no implica automáticamente que no pueda poseerse (v. supra, N° 203, final). Ahora, la síntesis es: un objeto puede ser poseíble (porque ningún precepto lo excluye de la posesión), pero un texto expreso puede impedir su adquisición por prescripción; y por esta última circunstancia, con el art 917 no tendría protección posesoria.

Respecto de los bienes nacionales de uso público, como no pueden ganarse por prescripción y ni siquiera pueden poseerse, se ha concluido que no procede acción posesoria. Pero si un particular adquiere un derecho de uso y goce sobre ellos de parte de la autoridad, puede proteger ese derecho (real) con la correspondiente acción posesoria (el punto está relacionado con la teoría de los derechos reales administrativos).

Al no tener el derecho real de herencia el carácter de inmueble (no es mue-

ble ni inmueble), se tiene entendido que no proceden a su respecto las acciones posesorias, pero que esto no obsta a que el heredero entable acción posesoria en contra de quien efectúa atentados en un inmueble hereditario determinado, y que estaba poseyendo como heredero (el punto se relaciona con las doctrinas sobre la comunicación entre la cuota y los bienes en la comunidad sobre universalidad).

275. 3) Debe interponerse en tiempo oportuno. Tras exigirse un año de posesión para tener acción posesoria, se concede el mismo plazo para ejercitarla. Así, en el caso de privación de la posesión, el primer poseedor tiene un año para interponer acción y el nuevo aún no tiene protección porque no ha cumplido por su parte ese plazo; al cumplirse el año, pierde la protección el primitivo poseedor y la adquiere el nuevo.

El plazo se cuenta en la forma dispuesta en el art. 920; por ser plazo especial de prescripción extintiva, no se suspende (art. 2524). En caso de hechos reiterados de turbación, si cada uno configura una molestia de naturaleza distinta, el plazo se contará individualmente para cada situación. Si se trata de hechos reiterados de una misma turbación, se ha discutido si ha de contarse desde el último o desde el primero de tales actos.

276. Normas procesales. En sede procesal, estos juicios, “querellas” o “interdictos” posesorios, tienen diseñada en los textos una tramitación rápida, para no frustrar su objetivo.

A este propósito, merece al menos una mención el conflicto acerca de si en nuestro Derecho se contempla o no la “acción posesoria ordinaria” (consagrada en la antigua legislación española), por la cual se discutía el “derecho a la posesión”, en un juicio de lato conocimiento. De admitirse, tal acción sería útil sobre todo para quien ha visto prescrita la acción posesoria correspondiente (sumaria). Doctrina y jurisprudencia en Chile parecen no reconocerla. Una sentencia ha en-

tendido que entre nosotros la acción ordinaria de posesión es la denominada publiciana, del art. 894. Todavía más, se ha dudado sobre la posibilidad de que las acciones posesorias reguladas en el Código pudieran tramitarse en el procedimiento ordinario (el punto corresponde al Derecho procesal).

277. Prueba. Quien entabla una acción posesoria fundamentalmente debe probar: 1) que es poseedor tranquilo y no interrumpido, por un año a lo menos; 2) que se le ha arrebatado o turbado la posesión.

278. 1) Prueba de la posesión. Este punto bien puede tratarse en el capítulo de la posesión; varios preceptos, principalmente relativos a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, inciden directamente en el tema de la prueba y, por lo mismo, deben tenerse presente en esta ocasión (v. supra, N^{os} 184 y sgts.). Ha sido la ubicación de dos textos básicos, implantados en el título de las acciones posesorias, la que induce frecuentemente a tratar aquí la prueba de la posesión de inmuebles: los arts. 924 y 925 (respecto de los muebles v. supra, N^o 196).

El contenido contrapuesto, a lo menos aparentemente, de esos dos preceptos, traduce la materia en el planteamiento de un problema: *cómo se prueba la posesión de inmuebles*. Mientras el art. 924 dispone que la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, el art. 925 prescribe que la posesión del suelo se prueba por hechos posesorios positivos. Tales normas, unidas a los conflictivos preceptos de la denominada posesión inscrita, han provocado otra de las controversias notables en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Se ha sostenido que el art. 924 es aplicable a la prueba de la posesión de todos los derechos reales, a excepción del dominio; este último, más fácil de ejercitarse mediante actos materiales –de ahí que generalizadamente, incluso en los textos, se identifica el derecho con la cosa–, debe

probarse en la forma dispuesta en el art. 925 (arts. como el 700, 715, 916 mostrarían esa diferencia entre el dominio y los demás derechos reales). Con esta posición muestran también su actitud de no asignar a la inscripción conservatoria un valor tan absoluto.

En contra, en primer lugar se rechaza aquella confusión entre el derecho y la cosa con preceptos como los arts. 686 y 687, en los que quedaría claro que siempre lo que se inscribe son derechos, sea el dominio u otro derecho real, nunca los bienes mismos. Y se postula que el art. 924 se refiere a la prueba de los derechos inscritos y el art. 925 a la prueba de los no inscritos (es decir, a la de los que no están incorporados en el régimen registral). Los arts. 686, 724, 728, 729 apoyarían esta solución; pero tras los textos se trata de quienes asignan un valor categórico a la inscripción como símbolo de posesión. Más bien por la fuerza de las circunstancias esta posición admite también la prueba de hechos posesorios existiendo inscripción, en determinados conflictos: en casos de inscripciones paralelas, cuando los deslindes del inmueble no están claros en la inscripción, cuando la posesión tiene menos de un año de duración, etc.

Se ha propuesto todavía otra solución: que el art. 924 se aplica a la prueba de la posesión de los derechos reales inscritos distintos del dominio, el 925 a la prueba de la posesión de inmuebles no inscritos y ambos preceptos se aplican para la prueba de la posesión de inmuebles inscritos (por inscripción más actos posesorios positivos). Pero, como puede apreciarse, con este entendido quedarían sin decisión aquellos casos en que un litigante exhibe inscripción y el otro actos posesorios.

La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por la segunda alternativa (la doctrina y la nutrida jurisprudencia pueden consultarse en las obras citadas al tratar la posesión y en el Repert. de L. y J., CC., arts. correspondientes; además, recuérdese el rechazo de las inscripciones “de papel”; v. supra, N° 195, final).

También ha motivado discusión el punto concreto de la prueba de la posesión de inmuebles inscritos que se han adquirido por un título no traslativo de dominio (como la accesión, y la sucesión por causa de muerte que en cuanto título posesorio es, según se ha dicho, de calificación discutible) (supra, N° 166). Se ha afirmado que en estos casos, como es posible sostener que se puede adquirir posesión sin necesidad de inscripción, la prueba se regiría por el art. 925.

Por otra parte, se ha resuelto que la aplicación del art. 924 –en cuanto ordena que es la inscripción el medio para probar la posesión de derechos inscritos– se limita a las situaciones en que la inscripción es exigida como modo de efectuar la tradición, ya que en tales ocasiones la posesión se adquiere a través de la inscripción (arts. 724, 728); y no se aplica a las situaciones en que la inscripción se practica voluntariamente (como ocurre con las servidumbres, en que la tradición se efectúa por escritura pública, pero puede inscribirse el título respectivo). La conclusión es acertada, ya que de otro modo se estaría valorando una prueba preconstituida por el mismo sujeto a quien posteriormente beneficiaría.

Conviene aquí recordar lo dicho en otra ocasión (supra, N° 49, final) respecto a los inmuebles que el Fisco adquiere en virtud del art. 590: se ha resuelto que si bien al atribuirse los inmuebles que carecen de otro dueño está amparado en la prueba del dominio (es quien le dispute ese dominio quien debe probar que el inmueble sí tiene dueño), no hay disposición que le confiera de pleno Derecho la posesión de tales bienes, por lo que, al entablar acción posesoria sobre ellos debe, como cualquier particular, probarla.

Para este tema deben tenerse presentes también los arts. 719 y 731, en relación con el 2502.

La prueba sobre todo el predio. Por último, conviene formular una observación respecto de la prueba de la posesión sobre la totalidad del inmueble. Podrá apreciarse que la discusión sobre el valor jurí-

dico de la posesión material entre nosotros está discutido debido a textos legales (posesorios unos y ordenatorios del Registro, otros) de insuficiente claridad, pero conceptualmente la posesión es, en la base, tenencia efectiva (material) con ánimo de señor; por lo mismo, en la práctica en el debate posesorio casi siempre se presenta con interés (con influencia en el resultado) la definición de quién es el que efectivamente posee. Pues bien, en los predios de gran (y aun mediana) extensión, surge la dificultad de la prueba de la posesión material sobre la totalidad del predio y frecuentemente esa prueba será susceptible de la objeción de que sobre cierto sector del predio no hay prueba posesoria. Estimamos que el tribunal ha de concluir razonablemente. No se puede pretender que el litigante pruebe actos posesorios palmo a palmo sobre toda la superficie del predio; probados los hechos de señorío en distintos sectores específicos, que en conjunto cubran el perímetro, ha de presumirse (en presunción judicial) la posesión material sobre el predio integralmente (y entonces quien pretenda que cierta zona precisa está en posesión suya deberá así probarlo).

279. 2) Prueba de la turbación o privación de la posesión. Evidentemente, si se interpone acción posesoria deberá probarse también la molestia o privación de la posesión, según el caso. Más precisamente, deberán probarse los hechos en que consisten (art. 551 del CPC.) y su fecha, para dejar claro así que se interpone en tiempo oportuno. Los medios de prueba son los comunes (algunas precisiones sobre la turbación se verán luego, en la querrela de amparo, y sobre la privación de la posesión, en la de restitución).

280. Diversas acciones posesorias. Como ha podido observarse, el CC. distingue varias de estas acciones; el CPC. asigna denominación al procedimiento de cada una, bajo la expresión de “querellas” o “interdictos” (art. 549); son las querellas de amparo, de restitución, de res-

tablecimiento, denuncia de obra nueva, denuncia de obra ruinosa e interdictos especiales.

El CC. trata las tres primeras en el Tít. XIII como “acciones posesorias” y las siguientes en el Tít. XIV, bajo la denominación genérica de “acciones posesorias especiales”.

281. La querrela de amparo. Es la que tiene por objeto conservar la posesión de los Bienes Raíces y derechos reales constituidos en ellos (arts. 916 y 921 del CC. y 549 del CPC.). De tal concepto se desprende que el querellante aún no ha perdido la posesión y, precisamente, se querrela de amparo para impedir o poner término a la turbación o embarazo que, en ciertos casos, de continuar pudieren concluir en una privación o despojo de la posesión; puede pedir conjuntamente que se le indemnice el daño causado y se le den seguridades contra el que fundadamente teme (art. 921; la aplicación de este precepto ha dado lugar a dudas procesales).

Turbación, embarazo o molestia causada a la posesión es todo acto o hecho voluntario, ejecutado de buena o mala fe que, sin despojar a otro de su posesión, supone disputar o controvertir el derecho de ejercerla que pretende tener el poseedor (tal como se desprende de sentencias en que ha sido aplicada, los hechos son de variada naturaleza: ingresos al predio, corta de árboles, extracción o ingreso de materiales, remoción de cercos, etc.). Queda dicho, entonces, que no toda agresión de hecho funda una acción posesoria; debe importar *discutir la posesión* del agredido; una agresión que carezca de esa dirección (como el lanzamiento de una piedra a una ventana) no la justifica aunque de hecho perturbe al poseedor (como al dueño, al mero tenedor, incluso al huésped); pero podrá ser reprimida con otros instrumentos (civiles y penales).

La acción puede intentarse tanto cuando se ha tratado de turbar la posesión como cuando en el hecho ya se ha turbado (art. 551 N° 2 del CPC.).

Se ha resuelto también que la turbación puede ser de hecho o de Derecho.

Ha dado lugar a numerosos litigios la situación del poseedor inscrito que se opone a que otro inscriba un título sobre el mismo inmueble; se ha concluido reiteradamente que esa oposición configura una acción posesoria de amparo; el que pretende inscribir perturba la posesión. Si logra inscribir, también se ha aceptado querrela de amparo. Se ha estimado irrelevante el lugar desde donde procede la turbación; asimismo lo es la existencia de daño efectivo. Conforme a algunos fallos, tratándose de turbaciones debidas a actos emanados de la autoridad pública es necesario examinar la naturaleza del acto de autoridad, el ámbito en que se desarrolla y las atribuciones que se están aduciendo; no está, pues, excluida categóricamente la posibilidad de entablar acción posesoria (luego se hará referencia al carácter de turbación o despojo que tiene el acto por el que se priva de posesión material al poseedor inscrito).

282. La querrela de restitución. Es la que tiene por objeto recuperar la posesión de Bienes Raíces o derechos reales constituidos en ellos (arts. 916 y 926 del CC. y 549 del CPC.). El querellante ha sido ahora despojado de su posesión y por la querrela pide que le sea restituida; puede pedir además indemnización por los daños causados (art. 926, también con problemas procesales, como se dijo respecto de la querrela de amparo; supra, N° 281). Previéndose la posibilidad de traspasos, se permite dirigir la acción contra todo el que derive su posesión del que efectuó el despojo (art. 927). La privación puede ser total o parcial, y no importa si el autor no tiene ánimo de entrar él en posesión. Se ha entendido que si privado de la posesión, luego el poseedor puede entrar en ella libremente, se está en presencia más bien de una turbación.

La situación del poseedor inscrito que es despojado materialmente de su finca, examinada respecto de la procedencia de la acción reivindicatoria (v. supra, N° 266),

debe también ser recordada aquí. Como quedó dicho en aquella ocasión, la dificultad consiste en determinar si se ha perdido o no la posesión. La respuesta dependerá, en última instancia, de la concepción que se tenga de la inscripción conservatoria (por lo que la doctrina y jurisprudencia mencionadas al tratar ese punto han de tenerse presente aquí). Si se concibe la inscripción como símbolo de posesión, en términos absolutos y excluyentes, se puede concluir que no hay privación, y ni siquiera turbación (entonces, el afectado habría de recurrir a la querrela de restablecimiento, si el despojo fue violento y actúa dentro de seis meses, como se verá pronto; a una acción de precario, por el art. 2195; a alguna innominada ordinaria en que se discutirían dominio y posesión; a la criminal de usurpación; al recurso de protección); en este extremo, sólo habría turbación si alguien pretende inscribir el mismo inmueble a su nombre, y privación de posesión si efectivamente inscribe (con efecto cancelatorio). Si se le tiene sólo como garantía de posesión, la cual siempre es tenencia con ánimo de dueño, en el caso propuesto habría sin duda turbación de la posesión, lo que daría fundamento a acción posesoria de amparo. Por último, bien puede entenderse que aun en los inmuebles inscritos la posesión material es un elemento fundamental, y al privarse de ella, se estaría privando del aspecto o fase material de la posesión, y por lo menos habría un despojo parcial.

Como unos mismos hechos pueden constituir turbación de posesión en un sector del inmueble y despojo en otro, pueden plantearse simultáneamente amparo y restitución (art. 17 del CPC.). Y si no está claro si los hechos constituyen turbación o privación de posesión, bien pueden plantearse una en subsidio de la otra (art. 17 del CPC.). Tal sería la actitud que puede adoptarse cuando al poseedor inscrito se le priva de la posesión material, en que podría intentarse acción posesoria de restitución y, en subsidio, de amparo.

Por otra parte, se ha resuelto que, persiguiendo análogo fin jurídico, son compatibles las acciones reivindicatoria y posesoria de restitución, teniendo presente que mientras para reivindicar no es necesario haber entrado en posesión, para tener la posesoria de restitución es preciso haber tenido la posesión que se intenta recuperar (sin perjuicio de la necesidad de probar dominio en la primera).

283. La querrela de restablecimiento.

Es la que se concede al que ha sido despojado violentamente de la posesión o mera tenencia de un inmueble, a fin de que le sea restituido en el estado existente antes del acto de violencia (arts. 928 del CC. y 549 del CPC.).

También denominada “querrela de despojo violento”, por cierto tiende a evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos.

La doctrina (nacional y extranjera) discute la naturaleza de esta acción, como posesoria propiamente, o como acción personal de carácter delictual (la circunstancia de concederse también al mero tenedor, y los textos de los arts. 928 del CC. y 564 del CPC., inducen a esta segunda calificación).

No es necesario, como quedó dicho, probar posesión; basta acreditar el despojo. Tampoco es necesario que el actor carezca de acción posesoria de amparo o restitución; puede recurrir a aquella no obstante disponer también de éstas (art. 564 del CPC.; la redacción del art. 928 pudiera sugerir esa exigencia, pero no se aprecia fundamento para esa limitación).

Prescribe esta acción en seis meses, contados desde el acto de despojo, plazo que no se suspende (conforme al art. 2524).

Cumplida su función, es decir, restablecida la situación al estado anterior al acto de violencia, pueden ejercitarse las acciones posesorias que correspondan.

Con el solo art. 928 del CC. se discutió la procedencia de la querrela de restablecimiento respecto de bienes muebles, duda que disipó el CPC. en el art. 549, con cuyo tenor queda claro que no es posible. Pero se ha aceptado respecto de muebles que son inmuebles por destinación.

En cuanto a los caracteres, inminencia y origen del acto de violencia, los tribunales han debido resolver variadas situaciones (sobre todo en el punto de la fuerza emanada de la autoridad administrativa).

Se ha resuelto que, por su fundamento de evitar la justicia por mano propia, procede cuando la violencia se ejerce en contra de las personas o de las cosas, e incluso contra el dueño del inmueble. Pero como los hechos de violencia son personales, no puede intentarse contra el sucesor del autor del acto de despojo violento. Entre comuneros es igualmente aceptada.

284. Otras. Las restantes acciones posesorias se encuentran reguladas en los arts. 930 a 950 del CC. y 565 a 583 del CPC.

Esquemáticamente, estos textos regulan las que se denominan “denuncia de obra nueva”, “denuncia de obra ruinosas” y otras acciones posesorias especiales. Tratan de su consistencia, sus requisitos, el tiempo en el cual prescriben y la concesión de acción popular en ciertas situaciones. Son destacables aquí los arts. 937 y 948, particularmente para la protección ambiental.

BIBLIOGRAFÍA ELEMENTAL

I. Los tratados y cursos generales de Derecho Civil destinan uno o más volúmenes al capítulo de derechos reales. Por ejemplo:

ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho civil*, 8ª edic., Edit. Bosch, Barcelona, 1994, t. III (2 vols.), *Derecho de bienes*.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. et CHAUVEAU, M.: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, trad. Éd. Libr. de la S. París, 1905, t. VI, *Des biens*.

BORDA, GUILLERMO: *Tratado de Derecho civil*, 2ª edic., Edit. Perrot, Buenos Aires, 1978, *Derechos reales* (2 vols.).

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil español, común y foral*. 12ª edic. Edit. Reus, Madrid, 1982, t. II (2 vols.), *Derecho de cosas*.

CLARO SOLAR, LUIS: *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, edic. facsimilar, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1979, t. III y IV (t. 6, 7, 8 y 9 en edic. original), *De los bienes*.

CORNU, GÉRARD: *Derecho civil*, trad. de J. Solís Herrera, Edit. Juricentro, Costa Rica, 1996, t. III, *Los bienes*.

DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de Derecho civil*, 3ª edic., Edit. Tecnos, Madrid, 1987, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*.

ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN: *Tratado de Derecho civil*, trad. de Pérez y Alguer, 3ª edic., Edit. Bosch, Barcelona, 1971, t. III (2 vols.), *Derecho de cosas* (por Martín Wolff).

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de derecho civil*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000-2001, t. III, *Derechos reales* (2 vols.).

MAZÉAUD, HENRI, LÉON y JEAN: *Lecciones de Derecho civil*. trad. de Luis Alcalá-Zamo-

ra, Edics. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969, Parte II, vol. IV, y Parte III, vols. I y II.

MESSINEO, FRANCESCO: *Manual de Derecho Civil y comercial*, trad. de Sentís Melendo, Edics. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, t. III (secc. 5ª), *Los derechos reales*.

RIPERT, GEORGES Y BOULANGER, JEAN: *Tratado de Derecho Civil* (según el Tratado de Planiol), trad. de Delia García, Edit. La Ley. Buenos Aires, 1987, t. VI y VII, *Los derechos reales*.¹

II. Entre las monografías dedicadas sólo al tema, pero en tratamiento integral, pueden mencionarse:

ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL y VODANOVIC, ANTONIO: *Tratado de los derechos reales*, 6ª edic. Edit. Temis S. A. y Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

ALLENDE, GUILLERMO: *Panorama de los derechos reales*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1967.

ALLARA, MARIO: *Dei Beni*, Ed. A. Giuffrè, Milano, 1984.

BARRAGÁN, ALFONSO: *Derechos reales*, 2ª edic., Edit. Temis, Bogotá, 1979.

DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Edit. Civitas, 4ª ed., Madrid, 1995 (vol. III).

HEDEMANN, JUSTUS: *Derechos reales*, trad. de Díez y González, Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1955.

¹ Algunas de estas obras incluyen, en los volúmenes mencionados, las garantías reales –prenda, hipoteca– que en los programas de Derecho Civil chileno son tratadas, separadas del curso de derechos reales, en el capítulo de los contratos.



MEDINA DE LEMUS, MANUEL: *Derecho Civil de bienes*, Derechos Reales e Inmobiliario Registral (2 t.), Edit. Dykinson, S.L., Madrid, 2003.

MUSTO, NÉSTOR JORGE: *Derechos reales*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2000.

ROGEL VIDE, CARLOS: *Derecho de cosas*, Edit. Bosch, Barcelona, 1999.

ROZAS, FERNANDO: *Derecho civil. Los bienes*, Edit. Distrib. Forense, Santiago, 1984.

Para una síntesis del precedente histórico:

COING, HELMUT: *Derecho privado europeo*, trad. de Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, t. I (de 1500 a 1800) y t. II (siglo XIX).

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: *Derecho privado romano*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. I.

TOPASIO, ALDO: *Los bienes en el Derecho Romano*. Edit. Edeval. Valparaíso, 1981.

Para un panorama (en textos recientes) del complejo tratamiento de la propiedad en el Derecho anglosajón:

LAWSON, F. H. and RUDDEN, BERNARD: *The law of property*, Oxford University Press, 3ª ed., Oxford, 2002.

MOYNIHAN, CORNELIUS and KURTZ, SHELDON: *Introduction to the Law of real property*, West Group, 3ª ed., St. Paul (Mn.), 2002.