

INDICE

CAPÍTULO I

LAS COSAS, LOS BIENES. CLASIFICACION

	Pág.
1. Concepto de cosa	3
2. Características de la noción jurídica de cosa	4
a) Extrañeza al sujeto	4
b) Relevancia jurídica	4
c) Independencia de la noción de apropiabilidad	4
d) La cosa puede ser presente o futura	4
e) Debe proporcionar o poder proporcionar una utilidad al hombre	4
3. Cosas y bienes	4
4. Cosas y objetos de los derechos	6
5. Cosas corporales e incorporeales	9
6. Los derechos	9
7. Otros bienes inmateriales	11
a) Energías	11
b) Espacio aéreo	13
c) Trabajo y hecho del hombre	14
d) Obras del ingenio	14
e) Situaciones jurídicas de hecho	15

	Pág.	
8. Importancia de la clasificación de las cosas en corporales e incorporales	15	33. C
9. Las cosas incorporales	16	in
10. Los derechos reales y los derechos personales	16	34. M
11. Elementos del derecho real	17	35. C
12. Elementos del derecho personal o crédito	18	b
13. Características del derecho real	18	36. C
14. Características del derecho personal	19	c
15. Enumeración de los derechos reales	20	37. B
16. Las acciones	22	38. A
17. La excepción	24	i
18. Cosas muebles e inmuebles	25	39. M
19. Clasificación de las cosas muebles e inmuebles	26	t
20. Bienes corporales muebles e inmuebles	26	c
21. Clasificación de los bienes corporales inmuebles	27	t
22. Inmuebles por naturaleza	27	c
23. Inmuebles por adherencia	28	41. I
24. Algunos inmuebles por adherencia	29	t
a) Edificios	29	42. C
b) Árboles y plantas	30	43. I
c) Productos y frutos de los inmuebles	31	44. C
25. Inmuebles por destinación	31	45. C
26. Condiciones que la ley exige para que muebles por naturaleza pasen a ser inmuebles por destinación	31	46. C
27. Características de la enumeración que hace el art. 570. Crítica	33	47. C
28. Situación de las máquinas y artefactos de un establecimiento industrial	33	48. C
29. Cosas de comodidad u ornato	33	49. C
30. Situación de los inmuebles por destinación y los contratos	34	50. C
31. Clasificación de las cosas corporales muebles	34	51. C
32. Naturaleza jurídica de la electricidad	35	52. C

	Pág.
33. Concepto de cosas semovientes y de cosas inanimadas	35
34. Muebles por anticipación	35
35. Contenido de la expresión "bienes muebles"	36
36. Contenido de la expresión "muebles de una casa"	37
37. Bienes muebles registrados	38
38. Aplicación de los conceptos de muebles e inmuebles a las cosas incorporales	38
39. Naturaleza jurídica de la obligación de entregar una cosa y del derecho a exigirla	39
40. Aplicación o no aplicación de las normas que hemos analizado en los números anteriores respecto de ciertas acciones especiales	40
41. Importancia de la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles	42
42. Cosas simples y cosas compuestas	43
43. Importancia de la distinción en cosas simples y compuestas	44
44. Las universalidades	45
45. Clases de universalidades	47
46. Las universalidades de hecho	47
47. Las universalidades de derecho	48
48. La herencia	49
49. La empresa y el establecimiento de comercio	49
50. El patrimonio	50
51. Cosas fungibles y no fungibles. Su clasificación	51
52. Cosas genéricas y específicas	53
53. Cosas consumibles y no consumibles	55
54. Cosas deteriorables	57
55. Crítica al art. 575	57
56. Cosas divisibles e indivisibles	57
57. Cosas presentes y cosas futuras	60
58. Cosas principales y accesorias	61

	Pág.
59. Cosas apropiables e inapropiables	62
60. Cosas comerciables e in comerciables	63
61. Cosas alienables e inalienables	63
62. Relación de las clasificaciones de las cosas, que hemos analizado, entre sí	63
63. Las cosas consagradas al culto divino	64
64. Clasificación de las cosas según quien pue- da ser su dueño	64
65. Bienes del Estado o fiscales	64
66. Las minas	65
67. Bienes nacionales de uso público	66
68. Características de los bienes nacionales de uso público	66
69. Tuición y administración de los bienes na- cionales	67
70. Desafectación de los bienes nacionales	67
71. Dominio público marítimo	67
a) Alta mar	67
b) Mar territorial	68
c) Mar adyacente	68
d) Zócalo o plataforma continental e insu- lar	68
e) Playa del mar	69
72. Dominio público terrestre	69
73. Dominio público fluvial y lacustre	71
74. Dominio público aéreo	71
75. Utilización de los bienes nacionales por particulares	72
a) Uso común	72
b) Uso privativo	72
76. El permiso	72
77. La concesión	72
a) Naturaleza jurídica de la concesión	73
b) Naturaleza jurídica del derecho del con- cesionario	73
c) Autoridad competente para otorgar la concesión	73
d) Extinción y caducidad de las concesio- nes y permisos	74

CAPÍTULO II

EL DOMINIO O PROPIEDAD

78. Concepto	75
79. Características del derecho de dominio	76
a) Es un derecho absoluto	76
b) Es un derecho exclusivo	76
c) Es un derecho perpetuo	76
80. Atributos del dominio	77
81. La facultad de disposición	78
82. La enajenación	79
83. Suspensión de la facultad de enajenar	79
84. Casos en que la facultad de enajenar está suspendida por disposición de la ley	79
85. Casos en que se suspende la facultad de enajenar por voluntad del hombre	80
86. Facultad y capacidad de disposición	80
a) La facultad de disposición	80
b) La capacidad de disposición	80
87. Requisitos para que la disposición de una cosa produzca pleno efecto	80
88. Renunciabilidad de la facultad de dispo- sición	80
89. Contenido pasivo del derecho de dominio	82
90. Limitaciones del derecho de propiedad	84
91. La vecindad	85
92. El abuso del derecho	85
93. Posición de la Iglesia Católica frente al derecho de propiedad. Su función social	86
94. Protección del derecho de dominio	91
95. Clasificación de la propiedad	92
1º Según su extensión	93
a) Propiedad plena	93
b) Nuda o mera propiedad	93
c) Propiedad absoluta	93
d) Propiedad fiduciaria	93

	Pág.
2° Según su titular	93
a) Propiedad individual	93
b) Copropiedad o condominio	93
3° Según su objeto	93
a) Civil	93
b) Intelectual e industrial	93
96. Extensión objetiva o espacial de la propie- dad	94
a) En el plano horizontal	94
b) Sobre el espacio aéreo	94
c) Respecto del subsuelo	94

CAPÍTULO III

LA COMUNIDAD Y LA COPROPIEDAD

97. Nombres con los que se les designa	97
98. Concepto de copropiedad	98
99. Origen histórico y contenido de la comuni- dad	99
100. Consecuencias del concepto de copropie- dad que tiene nuestro código	100
101. Características de la copropiedad. Diferen- cias con la sociedad	101
a) Análogos derechos de los partícipes	101
b) La copropiedad no es persona jurídica	101
102. Origen de la comunidad	102
103. El cuasicontrato de comunidad	103
104. Inconvenientes de la comunidad	104
105. Prescripción entre comuneros	105
106. Derechos de los comuneros en la cosa co- mún	106
107. Clasificación de la comunidad	107
108. Comunidad sobre una cosa universal	108
109. Derecho de los comuneros en la comunidad a título universal	108
110. Comunidad sobre una cosa singular	109

	Pág.
111. Derecho de cada comunero sobre su cuota	109
112. Situación de los comuneros frente a las deudas de la comunidad	110
113. Situación de los comuneros frente a las deudas de una comunidad sobre una uni- versalidad	110
114. Situación de los comuneros respecto de las deudas comunes en una comunidad sobre una cosa singular	112
115. Administración de la comunidad	112
a) No hay designado un administrador	112
b) Hay administrador designado por los comuneros	113
116. Término de la comunidad	113

CAPÍTULO IV

LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

117. Concepto	115
118. Enumeración y definición de los distintos modos de adquirir el dominio	115
a) La ocupación	115
b) La accesión	115
c) La tradición	115
d) La sucesión por causa de muerte	116
e) La prescripción adquisitiva	116
f) La ley	116
119. El título mediato, el título inmediato y el modo de adquirir	116
120. Clasificación de los modos de adquirir el dominio	118
121. Modos de adquirir originarios y derivati- vos	118
a) Modos de adquirir originarios	118
b) Modos de adquirir derivativos	118
c) Importancia de esta clasificación	119

	Pág.
122. Modos de adquirir a título universal y a título singular	119
a) Modo de adquirir a título universal	119
b) Modo de adquirir a título singular	119
c) Aplicación de esta clasificación a los diferentes modos de adquirir el dominio	119
123. Modos de adquirir onerosos y gratuitos	119
a) Modo de adquirir oneroso	119
b) Modo de adquirir gratuito	120
c) Aplicación de esta clasificación a los diferentes modos de adquirir el dominio	120
124. Modos de adquirir por acto entre vivos y por causa de muerte	120
a) Modo de adquirir por acto entre vivos	120
b) Modos de adquirir por causa de muerte	120
125. Derechos que pueden adquirirse mediante los diferentes modos de adquirir el dominio	120
126. Imposibilidad de adquirir el dominio por varios modos	121
127. Los modos de adquirir el dominio y la clasificación de los hechos	121

CAPÍTULO V

LA OCUPACIÓN

128. Concepto	123
129. Requisitos de la ocupación	123
130. Que la cosa no pertenezca a nadie	123
131. Que la adquisición no esté prohibida por las leyes chilenas o por el Derecho Internacional	124
132. Que haya aprehensión material de la cosa	124

	Pág.
133. Que haya intención de adquirir el dominio	124
134. Cosas que pueden adquirirse por ocupación en nuestro derecho	125
135. Características de la ocupación como modo de adquirir el dominio	125
136. Clases de ocupación	125
a) De cosas animadas	125
b) De cosas inanimadas	125
c) De especies al parecer perdidas	125
d) De especies náufragas	125
e) La captura bélica	125
137. La caza y la pesca	125
138. Clasificación de los animales para los efectos de la ocupación	126
139. El caso de las palomas	127
140. El caso de las abejas	127
141. Algunas reglas relativas a la caza	128
1° Lugares en que se puede cazar	128
2° Uso de la playa de mar y de las riberas de ríos y lagos para los menesteres de la caza	128
3° Quiénes pueden cazar en Chile	128
4° Momento en que se entiende que el ca- zador se apodera del animal y lo hace suyo	129
142. Algunas reglas relativas a la pesca	129
1° Lugares en que se puede pescar	129
2° Uso de la playa de mar y de las riberas de ríos y lagos para los menesteres de la pesca	129
3° Quiénes pueden pescar en Chile	130
4° Momento en que se entiende que el pescador se apodera del pez y lo hace suyo	131
143. La invención o hallazgo	131
a) Concepto	131
b) Requisitos de la invención o hallazgo	132

	Pág.
144. El tesoro	132
a) Concepto	132
b) Requisitos para que una cosa sea tesoro	132
c) ¿Cuándo se adquiere el dominio del tesoro?	133
d) ¿A quién pertenece el tesoro?	133
e) Atribución del dominio en virtud del tesoro	133
f) Permiso para cavar en suelo ajeno en búsqueda de un tesoro	133
145. Monumentos nacionales	134
146. De las especies muebles al parecer perdidas	135
a) Diferencias con las "res derelictae"	135
b) Campo de aplicación de las normas sobre especies muebles al parecer perdidas	135
c) Procedimiento para encontrar al dueño de la especie al parecer perdida	136
d) Omisión de las diligencias señaladas en la letra anterior	137
147. De las especies náufragas	137
a) Normas aplicables	137
b) ¿Cuáles se consideran especies náufragas?	138
c) Deber de denunciar las especies náufragas	138
d) Entrega de las especies náufragas a su dueño	138
e) ¿Qué se hace si no se presenta el dueño de las especies náufragas?	139
148. La captura bélica	139
a) Concepto	139
b) Quién se puede hacer dueño por captura bélica	140
c) Presas hechas por bandidos, piratas o insurgentes	140

CAPÍTULO VI

LA ACCESIÓN

149. Concepto	141
150. Clase de accesión	141
a) Accesión de frutos o discreta	141
b) Accesión propiamente tal o continua	141
c) Natural y artificial	142
151. Naturaleza jurídica de la accesión	142
152. Características de la accesión como modo de adquirir el dominio	142
153. Accesión de frutos o discreta	143
a) Conceptos de productos y de frutos	143
b) Importancia de la calificación de los productos y frutos	144
c) Clasificación de los frutos	144
d) Estado en que pueden hallarse los frutos naturales	144
e) Importancia de los estados en que pue- den hallarse los frutos naturales	145
f) Estado en que pueden hallarse los frutos civiles	145
g) ¿A quién pertenecen los frutos?	145
h) Naturaleza jurídica de la accesión de frutos	146
154. Accesión propiamente tal o continua	146
a) Concepto	146
b) Clases de accesión propiamente tal	146
155. El aluvión	147
a) Concepto	147
b) Requisitos para que haya aluvión	147
c) ¿A quién pertenece el terreno de alu- vión?	148
156. La avulsión	148
a) Concepto	148
b) ¿A quién pertenece el terreno transpor- tado?	148

	Pág.	
157. Mutación del cauce o álveo de un río o división de éste en dos brazos que no vuelven a juntarse	148	164
a) Derecho para restituir las aguas a su acostumbrado cauce	148	165
b) ¿A quién pertenece la parte del cauce que quedare permanentemente en seco?	149	166
c) Heredad inundada	149	
158. Formación de nueva isla	150	
a) Requisitos para que la nueva isla acceda a las heredades ribe-ranas	150	167
b) Caso de la isla que se forma porque un río se abre en dos brazos que vuelven después de juntarse	150	168
c) Caso de la nueva isla que se forma en el cauce de un río	150	169
d) Caso de la nueva isla que se forma en un lago	151	
159. La adjunción	151	
a) Concepto	151	
b) Requisitos para que haya adjunción	152	
160. Efectos de la adjunción	152	170
a) Si la unión se produce sin conocimiento por una de las partes y sin mala fe por la otra	152	171
b) Si el dueño de la cosa principal tuvo conocimiento del uso que se hacía de ella	152	172
c) Si el dueño de la principal o de lo accesorio usaron de las cosas de otro sin su conocimiento y sin justa causa de error	152	173
161. Para los efectos de la adjunción ¿qué se entiende por cosa principal?	153	174
162. La especificación	153	175
a) Concepto	153	176
b) Características de la especificación	153	
163. Efectos de la especificación	154	177

	Pág.
164. La mezcla	155
a) Concepto	155
165. Efectos de la mezcla	155
166. Adesión de cosa mueble a inmueble, o industrial	156
a) Casos en que se produce	156
b) Requisitos para que se produzca esta adesión	156
c) Efectos de la edificación, siembra o plantación	156
167. Indemnizaciones debidas al dueño de los materiales, semillas o plantas	156
168. Se edifica, planta o siembra con materiales ajenos en suelo propio	156
169. Se edifica, planta o siembra con materiales propios en suelo ajeno	157

CAPÍTULO VII

LA TRADICIÓN

170. Concepto	159
171. Entrega y tradición	159
172. Característica de la tradición	161
a) Es un modo de adquirir el dominio entre vivos	161
b) Puede ser onerosa o gratuita	161
c) Es un modo de adquirir derivativo	162
d) Es un modo de adquirir generalmente a título singular	162
173. Cosas que se pueden adquirir por tradición	162
174. Requisitos de la tradición	162
175. Concurrencia de dos partes	163
176. Requisitos del tradente para que pueda trans- ferir el dominio	163
177. Requisitos del adquirente para que pueda adquirir por tradición	163

	Pág.
178. Efectos de la tradición cuando el tradente no es dueño de la cosa que se pretende transferir	164
179. Consentimiento del tradente y del adquirente	165
180. Tradición hecha por mandatarios o por representantes legales	166
181. El error en la tradición	167
a) Error en cuanto a la identidad de la cosa que debe entregarse	167
b) Error en la persona	167
c) Error en cuanto al título de la tradición	168
d) Error sufrido por los mandatarios o representantes legales	169
182. Título translaticio de dominio	169
a) Concepto de título translaticio de dominio	169
b) Requisitos del título	169
183. La entrega de la cosa	170
184. Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal mueble	170
a) Entrega real	170
b) Entrega ficta	170
c) Entrega simbólica	171
d) Entrega de larga mano o "longa manu"	171
e) Entrega por breve mano o "brevi manu"	172
f) Constituto posesorio	172
g) Entrega de frutos y productos de un predio	172
185. Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal inmueble	173
186. Tradición de un derecho de servidumbre	173
187. Tradición del derecho de herencia	173
188. Tradición de los derechos personales	174
189. Efectos de la tradición	175
190. ¿Cuándo puede exigirse la tradición?	175
191. Tradición bajo condición resolutoria	176
192. Contradicción entre los artículos 680 inciso segundo y 1874	177

193. No
de
194. Lo
195. Li
R
196. E
a
b
c
c
e
197.
198.
199.
200.
201.
202.
203.
204.
205.
206.

CAPÍTULO VIII

EL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES
Y LAS INSCRIPCIONES

193. Normas por las que se rigen el Conservador de Bienes Raíces y las inscripciones	179
194. Los Conservadores	179
195. Libros que lleva el Conservador de Bienes Raíces	180
196. El Repertorio	180
a) Concepto	180
b) Obligación del Conservador de anotar los títulos en el Repertorio	180
c) Caducidad de las anotaciones en el Repertorio y su conversión en inscripción	180
d) Forma como se lleva el Repertorio	181
e) Inscripción de títulos incompatibles con el anotado en el Repertorio	181
f) ¿Qué sucede si entre la anotación pre-suntiva y el transcurso de los dos meses se inscribe una prohibición judicial de enajenar?	181
197. El Registro de Propiedad	182
198. El Registro de Hipotecas y Gravámenes	182
199. El Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar	182
200. El índice general	183
201. Títulos que deben inscribirse	183
202. Títulos que pueden inscribirse	185
203. Las inscripciones	186
204. Finalidades de la inscripción	186
205. Conservador en que deben hacerse las inscripciones	187
206. Forma en que deben pedirse y hacerse las inscripciones	190

	Pág.	
207. Negativa del Conservador a hacer una inscripción	193	
a) Casos en que debe negarse	193	220. 1
b) ¿Qué debe hacerse si el Conservador se niega a hacer una inscripción?	193	221. 1
208. ¿Qué debe contener una inscripción?	194	222. 1
a) Toda inscripción	194	
b) El testamento	194	
c) Una sentencia o decreto judicial	194	
d) Un acto legal de partición	194	
e) Los títulos de propiedad y de derechos reales	195	223. 1
f) La hipoteca	195	224. 1
g) Cualquier otro gravamen	196	225. 1
209. Faltas u omisiones en los títulos	196	
210. Sanción a la omisión de los requisitos que la ley exige en las inscripciones	197	226. 1
211. Inscripción sin previa anotación en el Repertorio	197	227. 1
212. Inscripción de una finca que no estaba antes inscrita	198	228. 1
213. Subinscripciones y cancelaciones	199	229. 1
a) Rectificación de errores, omisiones y cualquiera otra modificación	199	230. 1
b) Las cancelaciones	200	
c) Forma y solemnidades de las subinscripciones	200	231. 1
214. Publicidad de los Registros Conservatorios	200	232. 1
215. Certificado de gravámenes, prohibiciones y litigios	201	
216. Responsabilidad del Conservador	201	
217. Inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte	201	233. 1
218. Inscripciones que deben practicar los herederos	202	234. 1
219. Posesión legal, posesión efectiva y posesión real	205	235. 1
a) Posesión legal	205	236. 1
		237. 1

	Pág.
b) Posesión efectiva	205
c) Posesión real	205
220. Sanción a la infracción del art. 688	206
221. Inscripción y entrega de legados	207
222. Inscripción de la prescripción	207

CAPÍTULO IX

LA POSESIÓN

223. Concepto	209
224. La posesión y el derecho de dominio	209
225. Elementos de la posesión	210
a) El corpus	210
b) El animus	210
226. Semejanzas entre el dominio y la posesión	210
227. Diferencia entre el dominio y la posesión	211
228. Utilidades que presta la posesión	211
229. Cosas susceptibles de posesión	211
230. Clases de posesión	212
a) Viciosa y no viciosa	212
b) Regular e irregular	213
c) Tranquila y no tranquila	213
231. Posesión regular	213
a) Concepto	213
b) Requisitos de la posesión regular	214
232. El título	214
a) Concepto de título para la posesión	214
b) Clasificación de los títulos. Crítica al art. 703	214
233. Títulos justos e injustos	217
234. Justo título	217
235. Títulos injustos	217
236. Título falsificado	218
237. Título conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo	218

	Pág.
238. Título que adolece de algún vicio de nulidad	219
239. Título putativo	219
240. La buena fe	219
241. El error y la buena fe	220
242. Presunción de la buena fe	220
243. La tradición	221
244. La posesión irregular	221
a) Concepto	221
b) Beneficios que reporta la posesión irregular. Comparación con la posesión regular	221
245. Posesiones viciosas	222
246. Posesión violenta	222
a) Concepto y generalidades	222
b) Características del vicio de violencia	223
247. Posesión clandestina	223
a) Concepto y generalidades	223
b) Característica del vicio de clandestinidad	223
248. Posesión viciosa y posesión inútil	223
249. La mera tenencia	224
a) Concepto	224
b) Característica de la mera tenencia	225
250. La posesión no se transmite ni se transfiere	225
251. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión	227
a) Por quiénes puede tomarse la posesión	227
b) Momento en que se entiende adquirida la posesión por el mandante, representado legalmente o interesado	227
c) Capacidad para adquirir la posesión	227
252. Adquisición de la posesión de las cosas muebles	228
253. Conservación de la posesión de las cosas muebles	228

254. Pérdida	ble
a)	a)
b)	b)
c)	c)
255. Adquisición	Ad
pos	po
256. Adquisición	Ad
no	no
257. Adquisición	Ad
no	no
de	de
258. Adquisición	Ad
no	no
tr	tr
a)	a)
b)	b)
c)	c)
d)	d)
259. Adquisición	Ad
b)	b)
tr	tr
a)	a)
b)	b)
260. Adquisición	Ad
i)	i)
261. Conservación	C
b)	b)
262. Conservación	C
263.	263.
264.	264.
265.	265.

	Pág.
254. Pérdida de la posesión de las cosas muebles	228
a) Por pérdida del corpus y del animus	228
b) Por pérdida del corpus	229
c) Por pérdida del animus	229
255. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles	229
256. Adquisición de la posesión de los inmuebles no inscritos	229
257. Adquisición de la posesión de los inmuebles no inscritos cuando se invoca el simple apoderamiento con ánimo de señor o dueño	230
258. Adquisición de la posesión de los inmuebles no inscritos cuando se invoca un título no translaticio de dominio	231
a) La sucesión por causa de muerte	231
b) La ocupación	231
c) La accesión	232
d) La prescripción	232
259. Adquisición de la posesión de los inmuebles no inscritos cuando se invoca un título translaticio de dominio	232
a) Posesión regular	232
b) Posesión irregular	232
260. Adquisición de la posesión de los inmuebles inscritos	233
261. Conservación de la posesión de los inmuebles no inscritos	234
262. Pérdida de la posesión de los inmuebles no inscritos	234
a) Por pérdida del corpus y del animus	234
b) Por pérdida del corpus	235
263. Conservación y pérdida de la posesión inscrita	235
264. Cancelación de una inscripción	235
265. Cancelación de la inscripción por voluntad de las partes	235

	Pág.
266. Cancelación de la inscripción por decreto judicial	236
267. Cancelación de la inscripción por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro	236
a) Un título injusto cancela la inscripción anterior.	237
b) Significado de la expresión "competente" inscripción a que se refiere el art. 730, inc. 2º	237
c) Inscripción de papel	238
d) ¿Es necesaria la inscripción para que el adquirente del usurpador de un inmueble no inscrito adquiera la posesión?	238
268. Recuperación de la posesión	239
269. Las presunciones en la prueba de la posesión	239
270. Naturaleza jurídica de la posesión	240
271. La posesión y la comunidad	240
272. La accesión de posesiones	241
273. La posesión de los bienes hereditarios y de las especies legadas	241

CAPÍTULO X

LA PRESCRIPCIÓN

274. Concepto	245
275. ¿Se justifica la prescripción?	245
276. Normas de carácter general aplicables a la prescripción adquisitiva y a la extintiva	246
277. Necesidad de alegar la prescripción	246
278. Renuncia de la prescripción	248
a) Clases de renuncia de la prescripción	248
b) Naturaleza jurídica de la renuncia de la prescripción	249

	Pág.
c) Capacidad para renunciar a la prescripción	250
d) Inoponibilidad de la renuncia de la prescripción	250
279. Personas que pueden prescribir y contra las cuales se puede prescribir	250
280. Concepto de prescripción adquisitiva	251
281. Características de la prescripción adquisitiva	251
282. Requisitos de la prescripción adquisitiva	252
283. Cosas que pueden ganarse por prescripción	252
284. Cosas que no pueden ganarse por prescripción	252
285. Prescripción de la cuota de un comunero por otro comunero	252
286. Posesión	253
a) Actos de mera facultad	253
b) Actos de mera tolerancia	253
287. Transcurso del plazo. Adhesión de posesiones	254
288. La coposesión y la adhesión de posesiones	254
289. Reglas aplicables a la adhesión de posesiones	255
290. La interrupción de la prescripción	255
a) Concepto de interrupción de la prescripción	256
b) Clases de interrupción de la prescripción	256
291. Interrupción natural de la prescripción	257
292. Interrupción civil de la prescripción	257
a) Concepto	257
b) Requisitos	258
c) ¿Interrumpe la prescripción la demanda intentada ante tribunal incompetente?	258
d) ¿Las medidas prejudiciales interrumpen la prescripción?	258
e) Efectos de la interrupción civil	258

	Pág.
f) Casos en que la demanda judicial no interrumpe la prescripción	259
293. Personas que pueden invocar la interrupción de la prescripción	259
294. Clases de prescripción adquisitiva	260
295. Prescripción adquisitiva ordinaria	260
a) Requisitos	260
296. Transcurso del plazo	260
297. Suspensión de la prescripción ordinaria	260
a) Concepto	260
b) ¿En favor de quiénes se suspende la prescripción?	261
c) Efectos de la suspensión	261
d) Campo de aplicación de la suspensión de la prescripción	261
298. Prescripción adquisitiva extraordinaria	263
a) Requisitos	263
b) Período de tiempo	263
c) El título, la buena fe, la tradición y la mera tenencia en la prescripción extraordinaria	263
299. Prescripción de derechos reales que no son el dominio	264
300. Prescripción del derecho de censo	264
301. Prescripción del derecho de herencia	265
302. Prescripción de las servidumbres	265
303. Efectos de la prescripción adquisitiva	266
304. ¿Cómo puede hacerse valer la prescripción?	266
305. Inscripción de la sentencia que declara una prescripción adquisitiva	267

CAPÍTULO XI

LAS LIMITACIONES DEL DOMINIO

306. Derechos reales limitados	269
307. Clasificación de los derechos reales limitados	269
a) Derechos reales limitados de goce o uso	269

	Pág.
b) Derechos reales limitados de garantía	270
308. Derechos reales limitativos del dominio	270
309. Limitaciones del dominio	270

CAPÍTULO XII

LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

310. Concepto	273
311. Personas que intervienen en la propiedad fiduciaria	273
a) El constituyente	273
b) El propietario fiduciario	273
c) El fideicomisario	274
312. El derecho de dominio en la propiedad fiduciaria	274
313. Requisitos del fideicomiso	274
314. Cosas sobre las que se puede constituir fideicomiso	274
315. El fiduciario	275
316. Substitutos del propietario fiduciario	275
317. El fideicomisario	275
318. Fideicomisos sucesivos	277
319. Constitución a la vez de un usufructo y de un fideicomiso	277
320. Existencia de una condición de la que depende la restitución	277
321. Formalidades del fideicomiso	279
322. Rol de la inscripción conservatoria en el fideicomiso	279
323. La restitución	284
a) ¿Cuándo debe hacerse la restitución?	284
b) Necesidad de inscripción en la restitución de fideicomisos que recaen sobre inmuebles	284
324. Derechos y obligaciones del fiduciario	286
325. Derechos del fiduciario	286
a) Puede reivindicar el fideicomiso	286

	Pág.	
b) La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte	286	
c) El propietario fiduciario puede gravar la cosa	287	
d) Inembargabilidad del fideicomiso	287	
e) El fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso	288	334.
f) El fiduciario tiene derecho a gozar de los frutos	288	335.
326. Obligaciones del propietario fiduciario	288	336.
a) Debe cuidar la cosa	288	337.
b) Debe hacer inventario solemne	288	
c) Debe restituir la cosa al fideicomisario	288	
d) Debe indemnizar	288	
327. Pago de las expensas	288	
a) Expensas necesarias ordinarias de conservación y cultivo	289	338.
b) Expensas necesarias extraordinarias	289	339.
c) Expensas útiles y voluptuarias	290	340.
328. Derechos de retención del fiduciario	291	
329. Derechos y obligaciones del fideicomisario	291	341.
.....	291	342.
330. Derechos del fideicomisario	291	
a) Puede vender su expectativa	291	343.
b) Puede impetrar las providencias conservativas que le convengan	291	344.
c) Tiene derecho a ser oído cuando el fiduciario quiera gravar la cosa	292	345.
d) Tiene derecho a reclamar la cosa	292	
e) Tiene derecho a cobrar perjuicios	292	346.
331. Obligaciones del fideicomisario	292	347.
332. Muerte del fideicomisario antes de cumplirse la condición	292	
333. Extinción del fideicomiso	293	
a) Por la restitución	293	
b) Por la resolución del derecho de su autor	293	

	Pág.
c) Por la destrucción de la cosa en que está constituido	293
d) Por la renuncia del fideicomisario	293
e) Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo	294
f) Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiducia- rio	294
334. Tenedor fiduciario	294
335. Fiduciario con derecho de gozar de la pro- piedad a su arbitrio	295
336. Fideicomiso de residuo	295
337. Las substituciones fideicomisarias	296

CAPÍTULO XIII

EL USUFRUCTO

338. Generalidades	297
339. Concepto	297
340. Personas y derechos que se distinguen en el usufructo	298
341. Características del derecho de usufructo	298
342. Cosas sobre las que se puede constituir usu- fructo	299
343. Usufructo de cosas fungibles. Cuasiusu- fructo	299
344. Diferencias entre el usufructo y el cuasiu- sufructo	300
345. Diferencias entre el cuasiusufructo y el mutuo	300
346. ¿Cómo puede constituirse el usufructo?	301
347. Usufructo legal	301
a) Usufructo del padre o madre de familia sobre ciertos bienes del hijo	302
b) Usufructo del marido sobre los bienes de la mujer cuando están casados en sociedad conyugal	303

	Pág.
c) Situación de los poseedores provisorios en la muerte presunta	303
348. Usufructo voluntario	304
349. Usufructo voluntario constituido por acto entre vivos	304
a) Requisitos del usufructo constituido por acto entre vivos	304
b) Papel de la inscripción en el Registro Conservatorio	304
350. Usufructo voluntario otorgado por testa- mento	305
351. Usufructo constituido por prescripción	305
352. Constitución del usufructo por sentencia	306
353. Limitaciones que impone la ley en la cons- titución del usufructo	306
a) Usufructos sucesivos y alternativos	306
b) Usufructo bajo una condición o a un plazo cualquiera que suspenda su ejer- cicio	307
354. Duración del usufructo	307
355. Usufructuarios simultáneos	308
356. Derechos del usufructuario	309
a) Derecho de uso y goce	309
b) Derecho a la administración de la cosa fructuaria	311
c) Derecho a arrendar o ceder a título de mera tenencia el usufructo	311
d) Derecho a enajenar el usufructo	312
e) Derecho a hipotecar el derecho de usu- fructo	313
f) Derecho a enajenar la cosa sobre la que se ejerce el usufructo	313
g) Derecho legal de retención	313
h) Acción reivindicatoria y acciones po- sesorias	313
357. Obligaciones del usufructuario	313
358. Obligaciones del usufructuario anteriores al goce de la cosa	314

	Pág.
a) Inventario solemne	314
b) Caución de conservación y restitución	315
c) Obligación de respetar los arriendos	317
d) Obligación de recibir la cosa en el esta- do en que se halle	317
359. Obligaciones del usufructuario durante el goce de la cosa fructuaria	317
a) Gozar de la cosa sin alterar su forma y substancia	317
b) Cuidar de la cosa como un buen padre de familia	318
c) Pagar las cargas fructuarias	318
d) Pagar intereses corrientes por los capi- tales invertidos por el nudo propietario en las obras o refacciones mayores de la cosa fructuaria	319
e) Contribución a las deudas hereditarias y testamentarias	319
360. Obligaciones del usufructuario una vez ex- tinguido el usufructo	320
361. Derechos del nudo propietario	321
a) Derecho a enajenar la nuda propiedad	321
b) Derecho a hipotecar la nuda propiedad	321
c) La nuda propiedad puede transmitirse por causa de muerte	321
d) Tiene derecho a los frutos pendientes al momento de la restitución	321
e) Derecho a indemnizaciones	321
f) Derecho a los intereses corrientes por las obras y refacciones mayores para la conservación de la cosa fructuaria	321
g) Derecho al tesoro	322
h) Derecho a pedir la terminación del usu- fructo	322
362. Obligaciones del nudo propietario	322
a) Pago de las expensas extraordinarias mayores	322

	Pág.	
363. Situación de las mejoras útiles y volup- tuarias hechas por el usufructuario	323	
364. Extinción del usufructo	323	
a) Por la llegada del día o el evento de la condición	323	374. 6 375. 1
b) Por la muerte del usufructuario	324	376. 1
c) Por la resolución del derecho del cons- tituyente	324	377. 1
d) Por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad	324	
e) Por la renuncia del usufructuario	324	
f) Por la prescripción	324	
g) Por la destrucción completa de la cosa fructuaria	325	378. 1
h) Por sentencia judicial	325	
365. Caso de la finca inundada	325	

CAPÍTULO XIV

EL DERECHO DE USO Y EL DE HABITACIÓN

366. Conceptos	327	
367. Características	327	
368. Constitución de los derechos de uso y de habitación	328	383. 1 384. 1
369. Cosas sobre las que pueden recaer los dere- chos de uso y de habitación	328	385. 1
370. Contenido y extensión de los derechos de uso y de habitación	328	
371. Obligaciones del usuario y del habitador	329	386. 1
372. Concepto de familia para los efectos de los derechos de uso y de habitación	330	
373. Extinción de los derechos de uso y de ha- bitación	330	

CAPÍTULO XV

LAS SERVIDUMBRES

374. Conceptos	331
375. Predialidad de las servidumbres	331
376. Naturaleza del gravamen que imponen las servidumbres	332
377. Características del derecho de servidumbre	333
a) Es un derecho real	333
b) Es un derecho inmueble	333
c) Es un derecho accesorio	333
d) Es un derecho perpetuo	334
e) Es un derecho indivisible	334
378. Clasificación de las servidumbres	334
a) Positivas y negativas	334
b) Aparentes e inaparentes	335
c) Continuas y discontinuas	335
d) Naturales, legales y voluntarias	335
379. Ejercicio de las servidumbres	336
380. Servidumbres naturales	337
381. Concepto	337
382. Servidumbre de libre descenso o escurri- miento de las aguas	337
a) Contenido	337
b) Obligaciones del predio dominante	337
c) Obligaciones del predio sirviente	337
d) Obras que pueden hacerse	338
383. Servidumbres legales	338
384. Concepto	338
385. Clasificación	338
a) Relativas al uso público o de interés público	338
b) Relativas a la utilidad de los particula- res o de interés privado	338
386. Servidumbres relativas al uso público o de interés público	338
a) El uso de las riberas para los menesteres de la pesca y de la navegación o flote a la sirga	338

	Pág.	
b) Las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivos	338	
c) Naturaleza jurídica de estas instituciones	339	
387. Servidumbres legales relativas a la utilidad de los particulares o de interés privado	339	
388. La demarcación	339	
a) Concepto de demarcación	339	
b) Naturaleza jurídica de la demarcación	340	
c) La acción de demarcación y la acción reivindicatoria	340	
d) Requisitos para que proceda la demarcación	340	
e) Predios respecto de los cuales procede la demarcación	340	
f) ¿Quién puede intentar la acción de demarcación?	341	391. 392.
g) Contra quienes se dirige la acción de demarcación	341	
h) La acción de demarcación no prescribe	341	
i) Demarcación hecha de común acuerdo por los propietarios colindantes	342	
j) Gastos de la demarcación	342	
k) Irrevocabilidad de la demarcación. Remoción de los hitos	342	
389. El cerramiento	343	
a) Concepto	343	
b) Dominio de las cercas	343	
c) ¿Cómo se hace el cerramiento común?	343	
d) Naturaleza jurídica del cerramiento	344	
e) Imprescriptibilidad de las obligaciones que impone el cerramiento	344	393.
390. La medianería	344	
a) Concepto	344	
b) Naturaleza jurídica de la medianería	344	
c) Casos en que existe medianería	345	
d) ¿Cómo puede adquirirse la medianería?	345	
1º Construcción del cerramiento a expensas comunes	345	

	Pág.
2º La prescripción	346
3º La tradición	346
4º La sucesión por causa de muerte	347
e) Presunciones en relación con la medianería	347
f) Derechos de los codueños de la pared medianera	347
1º Derecho a edificar sobre la pared medianera	347
2º Derecho a recortar los maderos del vecino	348
3º Derecho a elevar la pared medianera	348
g) Abandono del derecho de medianería	349
h) Arboles medianeros	349
391. Medidas para proteger las construcciones	349
392. Servidumbre de tránsito	350
a) Concepto	350
b) Características de la servidumbre de tránsito	350
c) ¿Cómo puede adquirirse la servidumbre de tránsito?	351
d) Requisitos para que proceda la servidumbre de tránsito	351
e) Cuantía de la indemnización	351
f) Derecho del dueño del predio sirviente para pedir que se le exonere de la servidumbre de tránsito	352
g) Parte de un predio que se divide de otro y queda sin comunicación con el camino público	352
393. Servidumbres de luz y vista	352
a) Concepto y naturaleza jurídica	352
b) ¿Dónde y cómo pueden abrirse ventanas o troneras?	352
c) Balcones, miradores y azoteas	354
d) Características de las servidumbres de luz y de vista en el caso de considerarse servidumbres	354

	Pág.	
394. Servidumbre de acueducto	354	404.
a) Concepto	354	
b) Servidumbres de drenaje y desagüe	355	405.
c) Reglas por las que se rigen las servidumbres de acueducto, de drenaje y de desagüe	355	
d) Aguas lluvias	355	
395. Servidumbres voluntarias	356	406.
a) Concepto	356	
b) Formas en que se constituyen las servidumbres voluntarias	356	407. 408.
396. Adquisición de la servidumbre voluntaria por sentencia del juez	356	
397. Adquisición de la servidumbre voluntaria por un título	357	
a) ¿Qué servidumbres pueden constituirse por un título?	357	
b) Capacidad para constituir servidumbre por título	357	409.
c) Requisitos de forma del título en que se constituye una servidumbre	358	410. 411.
398. La destinación del padre de familia	358	
a) Concepto	358	
b) Requisitos para que se constituya una servidumbre voluntaria por destinación del padre de familia	359	412.
399. La prescripción	360	
400. ¿Cómo se determinan la extensión y forma de los derechos y obligaciones de los dueños de los predios dominante y sirviente en las servidumbres voluntarias?	360	
401. Adquisición y pérdida por la prescripción de un modo particular de ejercer la servidumbre	360	
402. Extinción de las servidumbres	361	
a) Causales de extinción de las servidumbres	361	413.
403. La resolución del derecho del constituyente	362	

	Pág.
404. La llegada del día o el cumplimiento de la condición	362
405. La confusión	362
a) Concepto	362
b) Requisitos de la confusión	362
c) ¿Cuándo revive la servidumbre en el caso de la confusión?	363
406. La renuncia del dueño del predio dominante	363
407. El no uso	363
408. Imposibilidad de ejercer la servidumbre por el estado en que se encuentran las cosas	364

CAPÍTULO XVI

ACCIÓN REIVINDICATORIA O DE DOMINIO

409. Concepto	365
410. Requisitos para que se pueda reivindicar	365
411. Primer requisito de la acción reivindicatoria. Que el que intenta la acción sea dueño de la cosa que reivindica	365
412. La acción publiciana	366
a) Concepto	366
b) Personas contra las que no procede la acción publiciana	366
c) Fundamentos de la acción publiciana	366
d) Requisitos de la acción publiciana	367
e) ¿Cuándo se hallaba el poseedor en el caso de poder ganar la cosa por prescripción?	367
f) ¿Puede el dueño que ha perdido la posesión intentar la acción publiciana en lugar de la acción reivindicatoria?	368
413. Segundo requisito de la acción reivindicatoria. Que el que intenta la acción haya perdido la posesión de la cosa	368

	Pág.	
414. Tercer requisito de la acción reivindicatoria.		426. Excepción
Que se trate de una cosa singular	368	dad
415. Cosas que pueden reivindicarse	369	427. Excepción
416. Reivindicación de cuotas	369	en
417. Reivindicación de cosas muebles compradas en ferias, tiendas, almacenes u otros establecimientos industriales en que se venden cosas muebles de la misma clase	370	por
418. Casos en que no procede la acción reivindicatoria	371	por
419. Contra quién se puede reivindicar	372	428. Prejuicio
a) Contra el actual poseedor	372	429. Prejuicio
b) Contra el o los herederos del poseedor	372	430. Prejuicio
c) Contra el poseedor de buena fe que enajenó la cosa	373	vo
d) Contra el poseedor de buena fe que durante el juicio se ha puesto por su culpa en la imposibilidad de restituir la cosa	373	a)
e) Contra el poseedor de mala fe que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer	373	b)
f) Contra el que enajenó la cosa sin ser poseedor y sabiendo que era ajena	373	c)
420. Confirmación de la enajenación	374	d)
421. Naturaleza de la acción cuando el reivindicador no pide la restitución de la cosa sino su precio	374	431. Prejuicio
422. Improcedencia de la acción reivindicatoria contra el que se apodera de un inmueble inscrito	375	v
423. Acción reivindicatoria contra el mero tenedor o detentador de la cosa	375	a
424. Procedimiento en que se tramita la acción reivindicatoria. Competencia de los tribunales. Medidas precautorias	376	b
a) Procedimiento	376	432. Prejuicio
b) Competencia	376	433. Prejuicio
c) Medidas precautorias	376	434. Prejuicio
425. Supuestos que debe probar el reivindicador.		435. Prejuicio
Prueba del dominio	377	436. Prejuicio
		437. Prejuicio
		438. Prejuicio
		439. Prejuicio

	Pág.
426. Excepciones que puede oponer el demandado	379
427. Extensión de la acción reivindicatoria al embargo, en manos de terceros, de lo que por éste se deba como precio o permuta al poseedor que enajenó la cosa	379
428. Prescripción de la acción reivindicatoria	380
429. Prestaciones mutuas	380
430. Prestaciones del poseedor vencido en favor del reivindicador	380
a) Restitución de la cosa	380
b) Pago de los deterioros que ha sufrido la cosa	381
c) Restitución de los frutos	381
d) Gastos y conservación y custodia. Costas	382
431. Prestaciones del reivindicador al poseedor vencido	383
a) Gastos ordinarios de producción de los frutos	383
b) Pago de las mejoras o expensas	383
432. Pago de las mejoras o expensas necesarias	383
433. Pago de las mejoras o expensas útiles	384
434. Pago de las mejoras o expensas voluptuarias	385
435. El reivindicador no está obligado a pagar intereses al poseedor vencido cuando debe pagarle las mejoras	385
436. Derecho legal de retención del poseedor vencido	385

CAPÍTULO XVII

LAS ACCIONES POSESORIAS

437. Concepto.	387
438. Enumeración de las querellas posesorias	387
439. Fundamento de las acciones posesorias	388

	Pág.	
440. Naturaleza de las acciones posesorias	388	460. Pr
441. Los juicios posesorios y la excepción de cosa juzgada	389	de
442. La acción posesoria ordinaria	390	461. La
443. La citación de evicción en los juicios po- sesorios	391	na
444. El dominio en los juicios posesorios	391	462. La
445. La acción reivindicatoria y las acciones posesorias	391	a)
446. Cosas que se protegen con las acciones posesorias	392	b)
447. Quiénes pueden intentar acciones poseso- rias	393	c)
a) El poseedor	393	463. Pa
b) El mero tenedor	393	ju
c) El usufructuario, el usuario y el que tiene el derecho de habitación	393	ti
d) El comunero	394	464. R
e) El heredero	394	465. L
448. Requisitos necesarios para intentar una ac- ción posesoria	394	a
449. Posesión tranquila y no interrumpida	395	b
450. ¿Cómo se cuenta el año de posesión tran- quila y no interrumpida?	395	c
451. Despojo de la posesión, molestia o embara- zo de la misma	395	d
a) Despojo	395	e
b) Molestia o embarazo. Turbaciones de hecho. Turbaciones de derecho	395	f
452. Plazo en que deben intentarse las acciones posesorias	396	g
453. ¿Contra quiénes se puede intentar acciones posesorias?	398	h
454. Acción criminal contra el usurpador	398	i
455. Acciones posesorias entre comuneros	398	j
456. Acciones posesorias contra la autoridad	398	k
457. Objeto de las acciones posesorias	399	l
458. La prueba en las acciones posesorias	400	m
459. La prueba de la posesión	400	n

	Pág.
460. Prueba de la molestia, embarazo o despojo de la posesión	403
461. Las acciones posesorias comunes u ordinarias	403
462. Las querellas de amparo y de restitución	403
a) Querella de amparo	403
b) Querella de restitución	403
c) Peticiones que se pueden hacer en las querellas de amparo y de restitución	404
463. Personas obligadas a indemnizar los perjuicios en las querellas de amparo y de restitución	404
464. Reserva de acciones ordinarias	405
465. La querella de restablecimiento	405
a) Concepto	405
b) Naturaleza jurídica	405
c) Requisitos para que proceda la querella de restablecimiento	406
d) El despojo violento	406
e) ¿Contra quién puede intentarse la querella de restablecimiento?	406
f) Cosas que pueden protegerse con la querella de restablecimiento	407
g) Plazo en que debe intentarse la querella de restablecimiento	408
h) Reserva de acciones	408
466. Los inmuebles no inscritos y las acciones posesorias	409
467. Las acciones posesorias y los inmuebles inscritos	410
468. Acciones posesorias especiales	411
469. Naturaleza jurídica de las acciones posesorias especiales	411
470. Características de las acciones posesorias especiales	412
471. Para entablar una querella especial no es necesario haber estado en posesión tranquila e ininterrumpida de la cosa por un año completo	412

	Pág.
472. La denuncia de obra nueva.....	413
a) Concepto.....	413
b) Concepto de obra nueva.....	413
c) Predios en que puede estar la obra nueva.....	414
d) Naturaleza jurídica de la denuncia de obra nueva.....	414
e) Tramitación y partes en la denuncia de obra nueva.....	415
f) Requisitos de la denuncia de obra nueva.....	415
g) Reserva de acciones.....	416
h) Prescripción.....	416
473. La denuncia de obra ruinosa.....	417
a) Concepto y objeto.....	417
b) Naturaleza jurídica.....	418
c) Requisitos y partes en la denuncia de obra ruinosa.....	418
d) ¿Cómo se cumple el fallo del tribunal?.....	419
e) Indemnización de perjuicios.....	419
f) Reserva de acciones y cosa juzgada.....	420
g) Prescripción.....	420
474. Otras acciones posesorias especiales.....	420
a) Enumeración.....	421
b) Naturaleza jurídica de los interdictos especiales.....	422
c) Reserva de acciones.....	422
d) Prescripción de las acciones posesorias especiales y cosa juzgada.....	423
475. Acción popular y acción municipal.....	423
a) Concepto de acción popular.....	423
b) ¿En favor de quiénes o de qué se puede intentar la acción popular del art. 948?.....	424
c) ¿A qué acciones se refiere el art. 948?.....	424
d) Recompensa en favor del actor en la acción popular.....	424
e) Acción municipal.....	425

En
sistemá
ninguna
especial
y de B
naciona

Cre
el Cód
hayam

Ca
califica

Por
hemos
Derech
a quic

CAPÍTULO I

DE LOS BIENES LAS COSAS, LOS BIENES. CLASIFICACIÓN

1. CONCEPTO DE "COSA"

La expresión "cosa" puede tomarse como objeto de una ciencia. Desde este punto de vista, cosa es, jurídicamente, todo lo que es o puede ser objeto de la disciplina jurídica. Tal como las semillas son cosas para los botánicos, las realidades que están o pueden estar jurídicamente reglamentadas son cosas para la ciencia del Derecho. Así, y aunque no usemos, generalmente, el término en ese sentido, el homicidio, el arrendamiento, el matrimonio, la nación, son cosas; y la verdad es que, así consideradas, las expresiones cosas e *instituciones jurídicas* se confunden. En tal sentido el Código Canónico calificaba de *res* a los sacramentos, que se reglamentaban en el Libro III, titulado "de rebus".

Considerada la cosa como institución jurídica, su contenido es muy variable ya que lo que interesa al Derecho es muy amplio según el momento histórico o pueblo de que se trate. Por ejemplo, en otro tiempo lo laboral no era objeto de la ciencia del Derecho, y sí lo era lo relativo a la fe religiosa.

Anticipadamente no puede establecerse lo que será o no será objeto de regulación jurídica.

Sin embargo, las cosas, no son en el sentido anterior que nos interesan sino en el de objeto de relaciones jurídicas. Desde el punto de vista jurídico positivo, cosa es todo lo que es relevante o tomado en cuenta por la ley y que pueda ser objeto de relaciones jurídicas.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA NOCIÓN JURÍDICA DE COSA

- a) *Extrañeza al sujeto*. "Cosa se contrapone a persona, como objeto se contrapone a sujeto". (1)

Como el derecho está constituido por relaciones jurídicas que tienen por titular a las personas y por objeto a las cosas, la cosa tiene que ser extraña al sujeto.

- b) *Relevancia jurídica*. Esto significa posibilidad de ser objeto de relaciones jurídicas. Es decir, debe entenderse como interés considerado por el ordenamiento jurídico.
- c) La noción de cosa es *independiente de la noción de apropiabilidad por un sujeto*. Así, las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres (art. 585), los metales de una mina inexplorada, las "res nullius", el tesoro no descubierto, son cosas, aunque no tengan jurídicamente dueño, porque pueden ser objeto de relaciones jurídicas.
- d) La cosa puede ser presente o futura y tanto la una como la otra son cosas.
- e) *Debe proporcionar o poder proporcionar una utilidad al hombre*. Esta utilidad puede ser, como se ha dicho, presente o futura; material o moral. Pero no es necesario que tenga valor económico. El concepto de cosa no se limita a lo patrimonial. Así, el derecho al honor, a la libertad, a la vida, a la privacidad, pertenecen al campo jurídico y pueden no ser de contenido económico. Hay disposiciones legales, como el art. 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política del Estado, que se refieren al "daño moral".

3. COSAS Y BIENES

Tradicionalmente las leyes y los códigos, y la doctrina y la práctica, han hablado de cosas y de bienes.

(1) Biondi, Biondo, *Los Bienes*, Casa Editorial Bosch, Barcelona 1968, pág. 27.

Para los romanos los bienes eran una clase de cosas. Eran aquellas cosas que podían proporcionar una ventaja o bienestar al hombre.

Muchos autores consideran que los bienes son las cosas que produciendo una utilidad al hombre, son susceptibles de propiedad y, al parecer, ese fue el sentido en el que los tomó Bello.

La expresión cosa tiene un significado objetivo en sí misma, sin considerar al sujeto, siempre que sea jurídicamente relevante.

Bien, por el contrario, da a entender la idea de interés, de utilidad, y, por consiguiente, se refiere al sujeto.

La expresión "cosa" tiene un contenido objetivo; la expresión "bien" tiene una referencia subjetiva.

Se trata sólo de dos puntos de vista ya que la noción de cosa coincide con la de bien desde una apreciación jurídica (esto es, sin considerar la apropiabilidad de los bienes). Recordemos que entre las características de la noción jurídica de cosa está la de que proporcione o pueda proporcionar una utilidad cualquiera al hombre.

Por esa razón, porque la noción de cosa se refiere a un aspecto objetivo en sí, y la de bien se refiere a la utilidad del sujeto, en las leyes algunas clasificaciones se refieren más a las cosas y otras a los bienes. Se dice comúnmente cosas fungibles, divisibles, consumibles, y no tendría mayor sentido atribuir esas cualidades a los bienes. Por el contrario, es apropiado hablar de bienes patrimoniales y extrapatrimoniales, pues esa clasificación se relaciona con el interés. Ello no significa que no se hable de bienes muebles e inmuebles, como lo hace nuestro código, pero entonces la expresión "bien" está tomada como cosa, es decir, desde un punto de vista objetivo y no del interés.

La distinción que se ha hecho entre cosa y bien, en la que se considera a las cosas como objeto en el que se pueden ejercer derechos subjetivos y a los bienes como interés que constituye el contenido del derecho subjetivo, tiene utilidad pues permite explicar la coexistencia de varios derechos subjetivos en una misma cosa. Es perfectamente posible que sobre un mismo predio se constituyan varias servidumbres y que, además, se dé en hipoteca. Todos los derechos

mencionados coexisten además con el derecho de propiedad y todos ellos tienen por objeto la misma cosa, pero se refieren a bienes (derechos) diversos, es decir, a diversas utilidades que la misma cosa puede dar.

Los códigos muchas veces emplean indiferentemente las expresiones "cosas" y "bienes".

Sin embargo, se acostumbra a llamar cosas a las entidades que no son susceptibles de propiedad, como las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres (art. 585).

A las cosas que son susceptibles de propiedad se les llama, indistintamente, cosas o bienes. Por eso el art. 565 dice que los bienes son cosas corporales o incorpóreas, y el art. 576 dice que las cosas incorpóreas son derechos reales o personales, que sin duda son bienes.

En todo caso, pensamos que las características esenciales de los bienes son su utilidad, su apropiabilidad y su delimitación de las otras cosas.

4. COSA Y OBJETO DE LOS DERECHOS

Todo derecho, así como tiene por titular a un sujeto, tiene un objeto.

Es posible que un derecho esté temporalmente sin sujeto, es decir, que el sujeto esté actualmente indeterminado, pero debe, por lo menos, considerarse que tendrá existencia en el futuro. Por ejemplo, si se ofrece una recompensa al que encuentre una especie al parecer perdida o se ofrece un premio al que preste un servicio importante (arts. 632 y 962).

También es posible que el derecho tenga como objeto una cosa actualmente inexistente pero que se piensa que pueda existir (arts. 1461 y 1813).

Por consiguiente, así como no se puede concebir un derecho sin la idea del sujeto, tampoco se le puede concebir sin un objeto.

La dificultad de una doctrina general del objeto deriva de su enorme heterogeneidad: ¿cómo se podrían poner en el mismo plano objetivo la soberanía del Estado y el objeto de la propiedad o de la obligación?

"Mientras la unidad del sujeto se resume en la noción de persona, no es igualmente fácil resumir en una frase la noción de objeto, ya que éste se presenta en modo diverso según las diversas relaciones, hasta el punto de que, quizá sin exageración, se puede decir que todo derecho, tiene un propio objeto".

"En los derechos reales, como la propiedad, que implican un poder sobre una cosa, es fácil la identificación del objeto; éste es la cosa sobre la que se ejercita el poder; portanto objeto es la cosa en propiedad, en usufructo, el predio gravado con servidumbre. En el derecho real de hipoteca no se tiene poder directo sobre una cosa, pero el derecho tiene siempre como referencia una cosa, y por consiguiente, objeto del derecho es la cosa respecto de la cual se puede hacer valer el contenido del derecho". (2)

Lo dicho no significa que objeto del derecho sea lo mismo que su contenido.

Contenido del derecho real son la facultad de perseguir la cosa aun frente a terceros, y las facultades que cada uno de ellos otorga en relación con la cosa objeto del derecho. Objeto del derecho real es, por el contrario, la cosa sobre la que se puede hacer valer.

En las relaciones de obligación, que como todas las demás, deben tener un objeto, no siempre éste es una cosa. Esta se puede hallar en las obligaciones de dar, si bien la cosa es objeto mediato del derecho, puesto que éste tiene como objeto inmediato la prestación. Pero es absurdo buscar una cosa en las obligaciones de hacer y de no hacer.

En general, objeto de la obligación y del derecho personal es la prestación o abstención porque el derecho de crédito mira a obtenerlas. Objeto por tanto de la relación (derecho personal-deudor) no es

(2) Id., pág. 37.

la cosa sino la prestación o abstención misma, o sea el comportamiento, activo o pasivo, del sujeto.

Objetos del derecho pueden ser: a) las cosas corporales e incorporales, patrimoniales y no patrimoniales, presentes y futuras; b) los comportamientos humanos, positivos o negativos, en todos los casos en que una persona tiene derecho a obtenerlos de otra.

Pero las cosas y el comportamiento humano no son lo único que puede constituir objeto de los derechos.

Por razones de tradición jurídica generalmente se han considerado sólo los derechos reales y los derechos personales o de obligación.

Pero hay, como dice B. Biondi, una larga serie de derechos, cuyo objeto no es una cosa o un comportamiento humano. Entre ellos podemos mencionar los derechos de la persona en su entidad corpórea, sin que esto signifique transformar a la persona en cosa. Se trata de relaciones carentes de contenido patrimonial, en que la persona es precisamente aquella entidad respecto a la cual se ejercita el poder jurídico. La soberanía del Estado, que es indudablemente un derecho, tiene por objeto las personas; por ello a los ciudadanos se les llama, también, súbditos. Lo mismo sucede en las relaciones de familia que tienen carácter potestativo. La autoridad paterna, la potestad marital, la tutela, son poderes que se ejercitan frente a la persona. Objeto de la autoridad paterna es la persona del hijo; de la potestad marital, la persona de la mujer; de la tutela, el pupilo. (3)

Todo esto no quiere decir que la persona sea considerada cosa. Si se dijera que sólo las cosas pueden ser objeto de los derechos, estaríamos incluyendo entre éstas a las personas. Pero una es la cosa y otro es el objeto del derecho. Esta última noción es mucho más amplia.

En este sentido podemos señalar como un mal uso de las palabras el caso frecuente de los futbolistas en que se acostumbra a decir que han sido comprados o contratados, ya que el objeto del contrato no es la

(3) Id., págs. 38 y 39.

persona del futbolista sino determinadas prestaciones personales suyas.

Ni siquiera el trabajo como tal puede considerarse como cosa.

5. COSAS CORPORALES E INCORPORALES

Según el art. 565 los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

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

Cosas incorporales son las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas. No tienen existencia exterior, no caen bajo el imperio de los sentidos y sólo pueden ser percibidos por la inteligencia.

Para considerar corporal una cosa basta que sea percibida por cualquiera de los sentidos. En ese aspecto, una descarga eléctrica es una cosa corporal, pero no lo es la energía eléctrica. Ya nos referiremos a las energías.

6. LOS DERECHOS

Tradicionalmente se ha considerado que los derechos son cosas incorporales, porque sólo pueden percibirse intelectualmente. No podemos percibir con nuestros sentidos un derecho de crédito o un derecho de usufructo.

El art. 576 dice que las cosas incorporales son derechos reales o personales.

Pero la distinción entre cosas corporales y derechos presenta una dificultad. Se trata de una clasificación que se basa en dos criterios diversos. Cuando decimos que el fundo es cosa corporal y el usufructo incorporal, nos referimos en el primer caso a la cosa sobre la que recae el derecho, no al derecho mismo. Por el contrario, cuando

decimos que el usufructo es incorporal nos referimos más al derecho que a la cosa. En realidad si consideramos la cosa sobre la que recae el derecho, es cosa corporal el fundo sobre el que recae la propiedad y el usufructo; si, por el contrario, consideramos al derecho, todos los derechos son incorporales, es decir, tanto el derecho de propiedad como el de usufructo. (4)

Esta incoherencia deriva del hecho que los romanos indicaban la cosa para designar el derecho de propiedad; decían "res mea est" para significar la sujeción total de la cosa al propietario en vez de decir: tengo un derecho de propiedad sobre la cosa. (5)

Muchos autores estiman que entre "los derechos considerados como cosas no se puede considerar el derecho de propiedad, ya que ésta tradicionalmente, se identifica con la cosa en que se ejerce. Decir tengo un derecho de propiedad sobre una cosa es como decir que tal cosa es mía, porque está sujeta plenamente a la voluntad del propietario".

"Por tanto, cuando se constituyen ciertos derechos, éstos tienen como objeto la cosa más bien que el derecho de propiedad. Las servidumbres y el usufructo limitan el derecho de propiedad, pero están constituidos sobre la cosa, son iura in re, más que derechos sobre la propiedad". (6)

Hacemos presente, sin embargo, que el art. 577 menciona entre los derechos reales, que son cosas incorporales según el art. 576, el de dominio o propiedad.

De lo dicho anteriormente no puede concluirse que todos los derechos pueden tener como objeto solamente cosas corporales, de manera que un derecho no pueda tener como objeto otro derecho.

"Sólo limitando el derecho subjetivo al ámbito de los derechos reales y concibiéndolos, por tanto, como poder sobre una cosa, se puede encontrar absurdo un derecho sobre un derecho, porque parece absurdo un poder sobre un poder". (7)

(4) Id., pág. 52.

(5) Id., pág. 52.

(6) Id., pág. 54.

(7) Id., pág. 55.

Nuestro código, sin embargo, en su art. 583 dice que sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Pero si el derecho subjetivo se entiende en la forma amplia que siempre se le ha dado, de modo que coincida con la de interés o facultad jurídica, no presenta dificultad admitir un derecho que se refiera a un interés que sea un derecho. Tradicionalmente se ha entendido así, y en el lenguaje legislativo se habla de usufructo y de prenda de crédito (art. 2389); el usufructuario puede dar en arriendo el usufructo (art. 793), etc.

7. OTROS BIENES INMATERIALES

En la categoría de los bienes o cosas incorpóreas, contrariamente a como lo hacían los romanos, es preciso mencionar no solamente los derechos sino, una numerosa serie de entidades que sólo se pueden concebir intelectualmente.

Hay una serie de entidades incorpóreas que no pueden percibirse con los sentidos y que, aun siendo jurídicamente cosas, no son derechos, aunque puedan constituir objeto de derechos.

Como esta categoría de cosas es por demás heterogénea su régimen jurídico es muy diverso. El art. 584 dice que las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores y que esta "especie" de propiedad se regirá por leyes especiales. Tales leyes son la N° 17.336 sobre propiedad intelectual, el D.L. N° 958, de 1931, sobre propiedad industrial, la Convención Interamericana sobre Derecho de Autor y la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

A continuación analizaremos algunas de estas entidades incorpóreas que no son derechos:

a) Energías.

"Cualquiera energía, natural o producida por el hombre, que puede ser sometida al poder del hombre o presente utilidad socialmente"

apreciable, es bien y, consiguientemente, puede constituir objeto de derechos”.

“La fuerza de gravedad, la energía vital, el movimiento del mar, la electricidad atmosférica, la energía solar o térmica de la Tierra y tantas otras energías que espontáneamente ofrece la naturaleza, no son bienes; son cosas comunes a todos los hombres porque por su ilimitación están a disposición de todos, lo mismo que el aire que se respira. Bien es el resultado o sea el producto de tales energías: bienes son por tanto, la yerba, los árboles, los animales producidos por la energía genética, pero no la energía que produce tales cosas. En tales y en infinitos otros casos la energía natural es la causa o el origen natural del bien, pero no es el bien de por sí. La fuerza de cohesión está a disposición de todos y por tanto no es un bien, pero el hombre se vale de ella para construir edificios que son bienes”.

“Por tanto, son bienes las energías que son producidas por el hombre a semejanza de la naturaleza o bien explotando leyes de la naturaleza. Una cascada de agua y una cantidad de carbón no son en sí mismas más que cosas materiales; es el hombre el que mediante adecuados procedimientos hace prácticamente útil la energía natural contenida en esas cosas”. (8)

Los medios materiales necesarios para la utilización de la energía y, en consecuencia, para que ésta constituya un bien, son jurídicamente diversos de la energía, tanto que mientras tales medios son corporales, la energía es siempre bien inmaterial.

Entre las energías que hoy son susceptibles de amplísimo empleo podemos mencionar la eléctrica, la genética, la fonética, la óptica.

Sin embargo, no todas ellas pueden, en la actualidad, considerarse separadas de los medios materiales que las producen.

La energía eléctrica, desde luego, se puede considerar como desprendida y distinta de los medios de transmisión. (9)

(8) Id., págs. 66 y 67.

(9) C. S., R., T. 19, sec. 1ª, pág. 5: La electricidad considerada no como estado latente de la naturaleza, sino como producto industrial, es una cosa mueble susceptible de ser apropiada y transferida.

(10) E

En la energía genética, "desde el punto de vista de las relaciones privadas, el contrato que a ella se refiere (arrendamiento, comodato, contrato innominado, etc.) tiene por objeto el animal para aquel determinado y único uso, y por tanto se trata de un goce limitado de la cosa". (10)

La energía fonética que da lugar a la radiodifusión y a los discos no es bien en sentido jurídico. Lo que es apreciable en este caso no es la energía, sino el derecho de autor, cuya obra se transmite por medio de ellos. Igual cosa sucede con la energía óptica generada por los proyectores.

Bienes son también los medios materiales en que la energía se concreta; el disco es un bien material, de la misma manera que es un bien un libro que reproduce la obra de su autor. Por tanto bien es la obra del ingenio lo mismo que el medio destinado a reproducirla, pero no la energía de por sí.

b) Espacio Aéreo.

Se ha discutido si el espacio aéreo es jurídicamente cosa. La verdad es que mientras es espacio es un vacío que puede ser llenado, pero entonces deja de ser espacio. Mientras es espacio no se puede considerar bien ya que como tal no da utilidad alguna. Lo que da utilidad no es el espacio de por sí, sino la posibilidad jurídica de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo, que se manifiesta en plantaciones o construcciones. Se trata de facultades inherentes a la propiedad del suelo que el propietario ejercita directamente o por medio de otros a los que ha concedido un derecho real o de crédito o que tienen una facultad puramente precaria sobre el suelo.

A medida que el ejercicio del derecho de propiedad se concreta en alguna cosa material (construcción, plantación), el espacio deja de ser tal. El espacio da utilidad en cuanto desaparece. Esto demuestra que el espacio aéreo no es bien ya que desaparece sin destrucción alguna ni de hecho ni jurídico.

(10) Biondi, Biondo, ob. cit., pág. 73.

La denominada propiedad del espacio no es otra cosa que la facultad inherente al derecho de propiedad del suelo para ser ejercitada, sea por el propio dueño o por terceros.

c) *Trabajo y hecho del hombre.*

El trabajo, entendido como actividad, no es un bien porque no es entidad que se pueda destacar del hombre que lo produce. Será bien indudablemente el producto del trabajo o el derecho a que alguien trabaje para otro, como cualquier otro derecho de crédito. (11)

Tampoco son bienes, por la misma razón, el hecho humano y los servicios. Bien es, en cambio, el derecho a obtener de otros un determinado comportamiento positivo o negativo; pintar un cuadro o construir una casa no son bienes, pero lo son no sólo el derecho a obtener de alguien que pinte el cuadro o fabrique la casa sino, también, el resultado de tales actividades, el cuadro y la casa. (12)

d) *Obras del ingenio.*

"Toda creación intelectual en cualquier campo (literario, artístico, científico, técnico) es considerada como bien. Tales creaciones son bienes inmateriales aun manifestándose prácticamente en cosas materiales, ya que la creación, como idea, puede tener existencia independiente del medio material que la transmite y la hace perceptible a los demás; una cosa es el poema, el romance, como obra del ingenio y otra cosa es el libro que lo reproduce; una cosa es la música y otra la partitura".

"No obstante, hay obras del ingenio que se materializan en ciertas cosas corporales y no tienen existencia independiente de ellas. Una obra de arte pictórica o escultórica se concreta en la tabla, tela o mármol y la reproducción no tiene el mismo significado y valor que puede tener la reproducción de un poema o de una música. Las reproducciones de la obra literaria, científica, musical son infinitas,

(11) Id., pág. 76.

(12) Id., pág. 77.

8. In
IN
E
n
re

(13) Id.

todas iguales entre sí, sin que existan copias, como no existe un original. Por el contrario, en la pintura y en la escultura bien es tanto la creación como idea, como el medio material en el que se transfigura, que ya no es materia sino que resulta obra de arte". (13)

Recordamos que el art. 584 dice que las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores y que esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.

e) Situaciones jurídicas de hecho.

Hay ciertas situaciones que no son bienes debido a que no pueden individualizarse, esto es, aislarse, tanto de la persona como del mundo externo, o porque no son susceptible de constituir objeto de relaciones jurídicas.

La posesión como situación de hecho no es un bien, lo es la cosa poseída. Las relaciones relativas a la posesión se refieren siempre a la cosa.

Tampoco son bienes algunas situaciones jurídicas que se relacionan con las personas (crédito de un empresario, habilidad y capacidad técnicas, capacidad de trabajo, etc.), porque son inseparables del sujeto.

Del mismo modo, no son bienes algunas entidades objetivas, como la clientela, que aun teniendo carácter económico, presenta tal incertidumbre que hace problemática la precisa individualización que es requerida para que una entidad sea jurídicamente bien.

8. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS EN CORPORALES E INCORPORALES

Esta clasificación tiene importancia porque la ley atiende a la naturaleza corporal o incorporeal de los bienes para dictar las normas relativas a los modos de adquirir las diversas clases de bienes y la

(13) Id., págs. 77 y 78.

manera cómo se puede disponer de ellos. Hay modos de adquirir el dominio, como la ocupación y la accesión, que sólo se aplican a los bienes corporales. Hay modos de adquirir el dominio que están sometidos a distintas normas según se trate de cosas corporales o incorporales, como la tradición y la prescripción.

9. LAS COSAS INCORPORALES

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 565, cosas incorporales son las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

El art. 576 por su parte dice que las cosas incorporales son derechos reales o personales.

Ya hemos visto que las cosas incorporales son las que no pueden ser percibidas por los sentidos; las que sólo pueden ser percibidas por la inteligencia.

También hemos visto que además de los derechos reales y personales, hay otras cosas incorporales como, por ejemplo, las energías.

10. LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES

Esta clasificación de los derechos en reales y personales se fundamenta en la situación o relación del titular del derecho con la cosa que es objeto de éste.

Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona (art. 577, inc. 1º).

Es lo que los romanos llamaban "jus in re", aunque ellos lo aplicaban más bien a los derechos reales con exclusión del de dominio.

Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene

el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos (art. 578).

En los derechos personales hay una relación especial entre dos individuos, mediante la cual uno de ellos puede exigir del otro alguna prestación que según el derecho común no le debería.

Hacemos presente que la expresión obligación que el art. 578 contrapone al derecho personal, o crédito, está tomada en el sentido de deuda, pues la palabra obligación, técnicamente, significa el vínculo que hay entre el acreedor y el deudor; es decir, comprende tanto al crédito como a la deuda.

11. ELEMENTOS DEL DERECHO REAL

En el derecho real se distinguen sólo dos elementos:

- a) El sujeto activo, que es la persona, natural o jurídica, titular del derecho, y
- b) El objeto del derecho, es decir la cosa en la cual se ejerce, que puede ser corporal o incorporeal.

Hacemos presente que no todos los autores están de acuerdo en que en el derecho real sólo hay dos elementos.

Planiol sostiene que una relación de orden jurídico no puede existir entre una persona y una cosa. Según él, por definición, todo derecho es una relación entre personas, y el derecho real, como todos los otros, tiene un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. Para Planiol el sujeto pasivo del derecho real sería "todo el mundo" excepto el titular, y su obligación (deuda) consistiría en abstenerse de todo lo que podría perturbar el ejercicio de ese derecho. (14)

(14) Planiol, Ripert y Picard, T. I, N° 727 de la 2ª edición y T. 3, números 36 y siguientes, citados por Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno Comparado*, Vol. III, "De los Bienes", Editorial Jurídica de Chile 1979, pág. 22.

Baudry Lacantinerie califica lo afirmado por Planiol de un simple juego de palabras. Estima que es inaceptable que se pueda considerar a un individuo cualquiera como sujeto pasivo de semejante derecho. En realidad, cuando se dice que en el derecho real hay también una relación jurídica "de orden obligatorio" y que en él figuran como obligados, como sujetos pasivos, todas las personas menos el titular, sujeto activo del derecho, se desnaturaliza el concepto de obligación. Estima que pasivamente considerada la obligación, es una carga que afecta en definitiva el patrimonio del deudor. (15)

Aunque pensamos que no toda obligación afecta el patrimonio del deudor, estimamos que la concepción de Planiol es artificial y que no tiene utilidad práctica.

12. ELEMENTOS DEL DERECHO PERSONAL O CRÉDITO

En esta clase de derechos se ven claramente tres elementos:

- a) Una persona, sujeto activo, o titular del derecho, llamado "acreedor", que es el que puede exigir la prestación;
- b) Otra persona, sujeto pasivo del derecho, el deudor, que es la persona que se encuentra en la necesidad de procurar al acreedor un beneficio determinado, y
- c) El objeto del derecho, que puede consistir en un hecho positivo, como la prestación de una cosa, o en una abstención. Los derechos personales se llaman así porque ligan a una persona respecto de otra estableciendo entre ellas una relación de dependencia jurídica.

13. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO REAL

- a) Como ya lo dijimos, en el derecho real sólo hay dos elementos, el sujeto activo y el objeto del derecho;

(15) Citado por Claro Solar, Luis, ob. cit., pág. 24.

- b) El titular del derecho real se aprovecha "directamente" de la cosa objeto del derecho o de la utilidad que éste puede proporcionar;
- c) El derecho real tiene necesariamente por objeto una cosa, corporal o incorporeal, no puede tener por objeto el hecho de una persona desde que su ejercicio se hace sin respecto a determinada persona;
- d) El objeto del derecho real necesariamente debe estar determinado en especie; no se concibe un "jus in re" sobre cosas determinadas en género o indeterminadas;
- e) El derecho real, por lo mismo que se ejerce directamente en la cosa, sin consideración a determinada persona, es absoluto, existe respecto de todos, y las acciones que de él nacen, acciones reales, pueden ejercitarse contra cualquiera persona que ponga obstáculo actualmente al ejercicio del derecho, sin que sea posible decir de antemano quién será esta persona. En este sentido, el derecho real es abstracto.

El que sea absoluto da al titular del derecho real la facultad de perseguir la cosa quienquiera que sea el poseedor o tenedor de ella y cualquiera sea el título por el cual la haya adquirido;

- f) Los derechos reales, salvo algunas excepciones, pueden ser adquiridos y pueden perderse por prescripción, y
- g) El número de derechos reales es limitado. No hay otros derechos reales que los que la ley determina.

14. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PERSONAL

- a) En el derecho personal, como lo hemos analizado, hay tres elementos, el acreedor, el deudor y el objeto;
- b) La relación entre el titular del derecho personal (acreedor) y la cosa es indirecta, es a través del deudor;

- c) El objeto de los derechos personales es la prestación o abstención que debe realizar el deudor. Dicho objeto puede ser dar, hacer o no hacer algo. Es decir, puede ser un hecho del hombre;
- d) La determinación del objeto en el derecho personal puede ser en género (art. 1508);
- e) El derecho personal es relativo; sólo existe respecto de la persona que se halla obligada a la prestación o abstención. La acción que nace del derecho personal, acción personal, no podrá ejercerse, llegado el caso, sino contra el deudor, persona determinada y conocida de antemano, que ha contraído la obligación correlativa al derecho y que es el único que puede violarlo no cumpliéndola;
- f) El número de derechos personales es ilimitado. Hay tantos derechos personales como relaciones jurídicas puedan crearse.

15. ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Según el inciso segundo del art. 577 son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. (16)

El art. 579, por su parte, agrega que el derecho de censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censuario, aunque no esté en posesión de la finca acensuada, y real en cuanto se persiga ésta.

La disposición antes citada se aplica, también al censo vitalicio (art. 2279, inc. 2°).

La anticresis, según el art. 2438, no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada. Sin embargo, la anticresis judicial o prenda pretoria, cuando se constituye en bienes muebles, da al acreedor los derechos y privilegios de un acreedor prendario (art. 2445 del Código Civil y art. 507, inc. 2° del Código de Procedimiento Civil).

(16) C. S., R., T. 23, sec. 1°, pág. 563; R., T. 28, sec. 1°, pág. 506.

(17) C. T.
1892

Las prendas especiales, como la agraria, la industrial y la de la compraventa a plazo con prenda, también son derechos reales.

Algunos autores estiman que el derecho legal de retención es un derecho real. La verdad es que se ejerce sobre una cosa sin respecto a determinada persona, y que los bienes retenidos son considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda, pero sólo para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantiza, lo que es propio de los derechos reales; pero no da derecho de persecución, que también es característico de los derechos reales. (17)

La concesión ha sido considerada por la mayoría de los autores como un derecho real.

Las concesiones mineras son derechos reales especiales distintas del dominio y sobre las cuales se tiene dominio (Constitución de 1980 y Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras).

Por último, los pocos autores que consideran que la posesión es un derecho, lo califican de real.

Hacemos presente que según algunos autores entre los derechos reales, considerados como cosas, no se puede mencionar el derecho de propiedad, ya que éste se identifica con la cosa en que se ejerce: el decir tengo un derecho de propiedad sobre esta cosa es como decir esta cosa es mía, porque la cosa está sujeta plenamente a la voluntad del propietario.

Los tratadistas explican esta singularidad, como ya lo hemos dicho, con la confusión que los romanos, hicieron entre el derecho de propiedad y la cosa objeto de él. Siendo el derecho de propiedad el más completo que una persona puede tener sobre una cosa, se identifica por decirlo así con las cosas, se materializa en ellas; y las cosas pasan a representar el derecho de que son objeto directo o inmediato.

(17) C. Talca, 10 abril 1907, G. 1907, T. I, N° 214, pág. 216; C. Concepción, 7 agosto 1895, G. 1895, T. III, N° 3483, pág. 141.

Nuestro código según lo hemos expresado, en su art. 577 señala como el primer derecho real al de dominio o propiedad.

16. LAS ACCIONES

El art. 577 dice que de los derechos reales nacen las acciones reales y el art. 578 dice que de los derechos personales o créditos nacen las acciones personales. Por su parte, el art. 580 expresa que los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles según los casos a que dicho artículo se refiere. Es decir, considera entre los bienes incorporales a las acciones.

Sin embargo, la acción no constituye un bien distinto del derecho que protege.

Desde un punto de vista procesal la acción es el poder autónomo que tiene por objeto obtener una determinada resolución jurisdiccional sobre la pretensión que se hace valer, aunque sea infundada. (18)

Desde el punto de vista del Derecho Civil, la acción es el derecho que se hace valer en juicio para obtener que sea reconocido, satisfecho o respetado.

Las acciones admiten diversas clasificaciones:

- a) Acciones personalísimas, que son las que protegen los derechos de la personalidad, por ejemplo, el nombre;
- b) Acciones de estado, que son las que tienen por objeto las relaciones de familia, por ejemplo, la acción de reclamación del estado de hijo legítimo (art. 320);
- c) Acciones patrimoniales, que protegen derechos de contenido pecuniario;
- d) Acciones reales, que son las que nacen de los derechos reales. Son la acción reivindicatoria y la acción de petición de herencia.

(18) C. S., R., T. 67, sec. 1ª, pág. 361, cons. 8º y 10º, pág. 365.

Se pueden intentar contra cualquiera persona que posea sin ser dueña un derecho real;

- e) Acciones personales, que son las que nacen de los derechos personales.

Sólo pueden intentarse contra el deudor. Por ejemplo, la que tiene el comprador para que se le entregue la cosa comprada; la que tiene el vendedor para reclamar el precio; la del arrendador para pedir la terminación del contrato de arrendamiento o para que el arrendatario le pague la renta; la que tiene el que ha sufrido un daño con un delito para ser indemnizado;

- f) Acciones muebles, si la cosa que se persigue o que se debe es mueble;
- g) Acciones inmuebles, si la cosa debida o que se persigue es un inmueble (art. 580);
- h) Acción penal, que es la que nace de los delitos y tiene por objeto el castigo del culpable;
- i) Acción civil, que tiene por objeto la restitución de la cosa o su valor y la indemnización de perjuicios (art. 10 del Código de Procedimiento Penal);
- j) Acción privada, desde un punto de vista penal, es la que sólo puede intentar el titular del interés protegido;
- k) Acción pública, también desde un punto de vista penal, es la que puede intentar cualquiera;
- l) Acción popular, es la que se concede a cualquiera persona del pueblo (arts. 2328 y 2333);
- m) Acción principal, es la que emana de los actos que son principales;
- n) Acción accesoria, es la que *emana de los actos accesorios*. Por ejemplo, la hipotecaria (art. 2416).

17. LA EXCEPCIÓN

Es toda defensa que el demandado puede oponer a la acción del demandante y que tenga por objeto enervar, destruir la acción o corregir el procedimiento. Por ejemplo, la nulidad, el pago, la prescripción, la incompetencia del tribunal, etc.

Las excepciones admiten una clasificación fundamental, que podemos desprender de la definición:

- a) Perentorias, que son las que miran el fondo del pleito y tienen por objeto enervar la acción. Por ejemplo, la nulidad, el pago;
- b) Dilatorias, que son las que se refieren a la corrección del procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida. Por ejemplo, la incompetencia del tribunal (art. 303 del Código de Procedimiento Civil).

Las excepciones, también, pueden clasificarse según de qué resultan y quién puede oponerles en:

- a) Excepciones reales, que son las que resultan de la naturaleza de la obligación, que son inherentes a la obligación (arts. 1520 y 2354).
 - Puede oponerlas cualquiera persona; por ejemplo la nulidad absoluta, un plazo o común a todos los deudores.
- b) Excepciones personales, que son las que resultan de ciertas circunstancias particulares que dicen relación con determinadas personas. Por ejemplo, la nulidad relativa, en favor de uno de los deudores;

Sólo las personas que se encuentran en la referida situación pueden oponerlas;

- c) Excepciones mixtas. Se acostumbra a dar este nombre a la compensación y a la remisión en las obligaciones solidarias. Esta materia será estudiada en el curso sobre las obligaciones.

La
ex
pr

18. Co

Hi
fur
tra
ext

Sin
cos
con
de
aqu
no
ejer
ble

Cua
inm
com

Hoy
hech

Las excepciones por regla general, no prescriben. Sin embargo, la excepción de nulidad absoluta y la de rescisión o nulidad relativa prescriben en 10 y 4 años respectivamente (arts. 1683 y 1691).

18. COSAS MUEBLES E INMUEBLES

Históricamente esta clasificación de los bienes y su importancia, se fundamenta en la posibilidad o imposibilidad que tienen las cosas de transportarse de un lugar a otro, sea por fuerza propia o por una fuerza externa.

Sin embargo, actualmente, la ley en cuanto a la importancia de las cosas, toma en cuenta no aquel criterio físico de la movilidad, contenido en la terminología, sino la importancia social de los bienes, de modo que aquel lenguaje resulta convencional. Son inmuebles aquellos declarados tales por ley. La inclusión en una u otra categoría no es obra de interpretación, sino de voluntad legislativa. Por ejemplo, los animales destinados al cultivo o beneficio de un inmueble son inmuebles.

Cuando se dictó nuestro código la base de la fortuna eran los inmuebles y de ahí que se les diera un tratamiento especial y se consideraran de mayor importancia.

"Hay hoy entidades, y la serie no está ciertamente cerrada, en un tiempo desconocidas o descuidadas (electricidad, agua para uso industrial, minería, metano, etc.) de las que la técnica moderna hace cada vez más extensas aplicaciones hasta el punto de que adquieren tal importancia social que hacen surgir una particular disciplina más que su inclusión en la categoría de los inmuebles, la cual hoy no corresponde enteramente el círculo de los bienes de mayor importancia social; ya que hay bienes considerados muebles, que tienen importancia económica social igual, sino mayor, que los inmuebles. (19)

Hoy resulta un contrasentido y no responde a la realidad presente el hecho de que la ley rodee a la enajenación de una choza de especiales

(19) Biondi, Biondo, ob. cit., pág. 105.

formas y garantías que no se requieren para la enajenación de todo un patrimonio mobiliario.

19. CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS MUEBLES E INMUEBLES

Para estudiarla debemos distinguir entre cosas corporales y cosas incorporeales.

En el Derecho Romano la división de los bienes en muebles e inmuebles sólo aparece aplicada a los objetos materiales, porque se consideraba que las cosas incorporeales, que son entes morales, no eran propiamente susceptibles de la calidad de muebles ni de la calidad de inmuebles.

Pero el derecho moderno ha generalizado la clasificación y la ha aplicado a toda clase de bienes, tanto corporales como incorporeales. El art. 566 dice, en efecto, que las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles, y el art. 580 dispone que los derechos y acciones (es decir las cosas incorporeales) se reputan muebles o inmuebles según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe.

20. BIENES CORPORALES MUEBLES E INMUEBLES

Según el art. 567 muebles son las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro.

Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y las minas (art. 568).

El inciso segundo del art. 568 dice que las casas y heredades se llaman predios o fundos.

Los predios o fundos pueden ser urbanos o rústicos.

Para determinar si un inmueble es urbano o rústico hay que estar a lo que al respecto diga la ley de que se trate.

Así,
dios
ubic

La C
predi
situa

Hay
mueb
que e

En su
cial, c
natura
ciertos

De est
especi
atribu
los ind
social.

21. CLASIF

Los in
tura
por des

22. INMUEB

Riguro
que no
minas.

El sue
conside
separad

Así, la ley N° 18.101 y el D.L. N° 964 sobre arrendamiento de predios urbanos, dicen que se entienden por bienes raíces urbanos los ubicados dentro del radio urbano respectivo.

La Ordenanza General de Construcciones dice que es urbano el predio que se encuentra dentro de los límites urbanos, y rústico el situado fuera de población.

Hay que tener presente que el derecho da a las expresiones bienes muebles y bienes inmuebles un sentido especial más comprensivo que el que estrictamente pudiera corresponderles.

En su acepción jurídica estas palabras tienen un significado especial, considerándose a veces entre los inmuebles, bienes que por su naturaleza son muebles y estimándose muebles, a la inversa, bajo ciertos aspectos, bienes que naturalmente son inmuebles.

De este modo estas expresiones tienen en el derecho una acepción especial distinta de la que por naturaleza debería exclusivamente atribuírseles, y que tiende a definir los respectivos derechos de los individuos en forma que consulte del mejor modo el interés social.

21. CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES CORPORALES INMUEBLES

Los inmuebles corporales son de tres clases: a) inmuebles por naturaleza; b) inmuebles por adherencia o incorporación; c) inmuebles por destinación.

22. INMUEBLES POR NATURALEZA

Rigurosamente hablando sólo son inmuebles por naturaleza las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro como las tierras y las minas.

El suelo es en realidad la única cosa cuya movilización no se concibe considerando su ser. La tierra, arena, piedras de un suelo pueden ser separadas de éste, del que forman parte integrante, y llevadas a otro

lugar, convirtiéndose así en bienes muebles. Pero el suelo mismo, la superficie geométrica, no puede cambiarse de lugar.

Las minas también son inmuebles por naturaleza ya que forman parte integrante del suelo. En ese sentido está tomada la palabra "minas" en el art. 591, que reproduce el art. 1º del Código de Minería.

En el suelo se comprenden además, los abonos y todas las cosas que se incorporan al suelo y pasan a ser partes integrantes de éste. Por no estar incorporado al suelo, no es inmueble el tesoro que esté oculto en él.

Sin embargo, cuando tales cosas de las cuales consta el suelo, se consideran separadas de él, cesan de ser inmuebles, aunque no se haya efectuado materialmente la separación, y pasan a ser muebles por anticipación (art. 571, inc. 2º).

El subsuelo es, igualmente, considerado inmueble por naturaleza.

A pesar de que parte de la doctrina considera que las aguas son inmuebles por naturaleza por formar parte del suelo, el art. 4º de nuestro Código de Aguas dice que, atendida su naturaleza, las aguas son muebles, pero destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputan inmuebles. En consecuencia, en nuestra legislación, son inmuebles por destinación sólo si se destinan al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.

23. INMUEBLES POR ADHERENCIA

El art. 568 establece que también son inmuebles las cosas que adhieren permanentemente a las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como los edificios y los árboles. El art. 568 agrega que las plantas son inmuebles mientras adhieren al suelo por sus raíces.

El código francés califica de inmuebles por naturaleza a los edificios, las cosechas pendientes por sus raíces, los frutos de los árboles, etc., incurriendo en un error, pues hay diferencia considerable entre los verdaderos inmuebles por naturaleza que son siempre y necesaria-

24. ALG

me
adl

Ha
co

An
la

a)

(20) C. S

(21) C. S

mente inmuebles; y los otros que son inmuebles únicamente porque adhieren permanentemente a ellos.

Hay sentencias de la Corte Suprema que califican a los edificios como inmuebles por naturaleza. (20)

24. ALGUNOS INMUEBLES POR ADHERENCIA

Analizaremos algunos inmuebles por adherencia en consideración a la importancia relevante que tienen.

a) Edificios.

Son edificios todas las obras o construcciones adheridas permanentemente al suelo.

Son edificios no sólo las casas e inmuebles destinados a la habitación, sino todas las "obras de arte construidas", tales como alcantarillados, diques, presas hidráulicas, acueductos, túneles, fosos, etc., con tal que adhieran al suelo.

La adherencia debe ser permanente, lo que no significa que sea a perpetuidad. Adhieren permanentemente las cosas que se mantienen sin mutación en el mismo lugar, mientras dura la adherencia. La perpetuidad supone una duración muy larga, una duración sin fin. Así, los edificios construidos para una exposición son inmuebles aunque estén destinados a ser demolidos en meses o semanas. (21)

Esto se desprende del hecho de que la ley pone en la misma situación a los edificios y las plantas, y estos últimos sólo adhieren al suelo en forma pasajera.

Las construcciones "volantes", que no están adheridas, incorporadas al suelo no son inmuebles. Por ejemplo, las barracas de un mercado, las carpas de un circo.

(20) C. S., R., T. 68, sec. 1ª, pág. 331.

(21) C. S., 8 enero 1918, G. 1918, 1ª sem., N° 3, pág. 17, cons. 4ª.

La calidad de inmueble de un edificio se extiende a toda sus partes, aunque algunas puedan ser retiradas sin perder su forma. Por ejemplo, las escaleras, los ascensores, los teléfonos, las tablas del piso, las puertas, las ventanas, los postigos, etc.

Las losas del pavimento y los tubos de las cañerías, por las razones indicadas, son inmuebles por adherencia y no por destinación como parece desprenderse del art. 570.

Siendo la incorporación al suelo o al edificio la que hace inmuebles a los materiales, no basta para considerarlos tales el que se hallen reunidos con dicho objeto. Sólo lo son aquellos materiales que se han colocado permanentemente en el suelo o en el edificio.

De la misma manera, dichos materiales pierden su calidad de inmueble cuando son separados del suelo o del edificio. Por ejemplo, los materiales que provienen de una demolición.

Sin embargo, los referidos materiales no pierden su calidad de inmuebles cuando la separación es momentánea para hacer alguna construcción o reparación, con el ánimo de volverlos al edificio o al suelo (art. 573). En este caso, es determinante la voluntad del que separa el material ya que si lo hace para darle un destino diferente al que tenía deja de ser inmueble.

b) Árboles y plantas.

En la denominación de árboles entran todos los vegetales perennes, cualquiera sea su tamaño, como los árboles propiamente dichos, los arbustos, los matorrales. En la expresión plantas entran todos los demás vegetales; por ejemplo, la yerba, las verduras.

En resumen, son inmuebles por adherencia todos los vegetales que están unidos al suelo por sus raíces.

Las semillas y bulbos también son inmuebles. En este caso, sin embargo, particularmente en el de las semillas, encontramos dudoso que lo sean por adherencia pues podría considerárseles

25. INV

Sor
tem
eml

Los
difi
sólo

26. Co
PAS

a)

b)

como partes integrantes del suelo. Serían por incorporación. En todo caso, el resultado es el mismo.

La adherencia debe ser permanente, pero la separación momentánea, por ejemplo, la de un almácigo para ser trasplantado al suelo, no le hace perder su calidad de inmueble. Si la separación se hace para darle otro destino, por ejemplo para vender las plantas o los bulbos, recobran su calidad de muebles (art. 573).

La adherencia, además, debe ser directa. Por eso las plantas que están en macetas o cajones no son inmuebles por adherencia (art. 569); sin embargo, pueden serlo por destinación, como lo serían las plantas colocadas en macetas para adornar un jardín.

c) *Productos y frutos de los inmuebles.*

Son inmuebles mientras están adheridos o incorporados al suelo como los metales de una mina, que son inmuebles por naturaleza, y la madera o fruto de los árboles, que son inmuebles por adherencia (art. 571).

25. INMUEBLES POR DESTINACIÓN

Son las cosas que siendo muebles por su naturaleza están permanentemente destinados al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, sin embargo que puedan separarse sin detrimento (art. 570, inc. 1°).

Los inmuebles por destinación conservan su naturaleza mueble y difieren de los inmuebles por adherencia en que su inmovilización es sólo ficticia y jurídica.

26. CONDICIONES QUE LA LEY EXIGE PARA QUE MUEBLES POR NATURALEZA PASEN A SER INMUEBLES POR DESTINACIÓN

- a) Que se hayan colocado en un inmueble;
- b) Que hayan sido colocados en interés del inmueble mismo, esto es, para su uso, cultivo o beneficio. Por consiguiente, serán inmuebles

por destinación los caballos necesarios para el cultivo de un fundo, pero no lo serán los destinados al recreo del dueño del fundo, ni los animales destinados a la alimentación del propietario. (22)

c) Que la destinación tenga carácter de permanente. (23)

La ley no exige como requisito de los inmuebles por destinación el que ésta sea hecha por el dueño del inmueble. Sólo la exige para algunos inmuebles por destinación. (24)

La exige para los utensilios de labranza o minería y para los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca; para los abonos existentes en la finca y destinados por el dueño de ella a mejorarla; para las prensas, calderas, cubos, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo.

Los autores están de acuerdo en que la destinación puede hacerla el poseedor porque tiene ánimo de dueño.

Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas, y cualesquiera otros vivares, son inmuebles, con tal que los vivares adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio (art. 570). En este caso, no se trata de animales destinados al cultivo o beneficio de una finca, sino destinados al uso del vivar, que es inmueble por adherencia, o por naturaleza si el vivar forma parte del suelo.

Tal como dijimos para los inmuebles por adherencia, la destinación debe ser permanente, lo que no significa perpetua, significa estable.

(22) C. S., R., T. 3, sec. 1ª, pág. 182.

(23) C. S., R., T. 68, sec. 1ª, pág. 331.

(24) C. S., R., T. 34, sec. 1ª, pág. 425.

27. CARA

Tal
enun
de ad
aunq
uso,
la pe
coné
perm

El at
inmu
artícu
losas
por t

28. SITU
INDU

Si es
que
pero
to y
cree

29. Cos

Si e
sep
con

Si s
fija

(25) C. S.

27. CARACTERÍSTICAS DE LA ENUMERACIÓN QUE HACE EL ART. 570. CRÍTICA

Tal como el referido artículo lo dice en su inciso primero, la enumeración que hace no es taxativa, es ejemplar. Recordemos que de acuerdo al art. 4° del Código de Aguas éstas son inmuebles, aunque por su naturaleza son muebles, cuando estén destinados al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. En este caso la ley no exige la permanencia que reclama el Código Civil, pero, en nuestro concepto, la expresión "destinación" lleva en sí el carácter de permanencia.

El art. 570 es criticable porque confunde, en sus ejemplos, los inmuebles por adherencia con los inmuebles por destinación. Este artículo se refiere a los últimos. Sin embargo, señala entre ellos a las losas de un pavimento y a los tubos de las cañerías que son inmuebles por adherencia.

28. SITUACIÓN DE LAS MÁQUINAS Y ARTEFACTOS DE UN ESTABLECIMIENTO INDUSTRIAL

Si están adheridos permanentemente al edificio o al suelo creemos que son inmuebles por adherencia, si no están adheridos al inmueble pero son necesarias para el uso, cultivo o beneficio del establecimiento y éste está adherido al suelo y pertenecen al dueño del suelo, creemos que son inmuebles por destinación arts. (568 y 570). (25)

29. COSAS DE COMODIDAD U ORNATO

Si están adheridas a las paredes de una casa, de manera que no puedan separarse sin detrimento de ellas, son parte de las paredes y, en consecuencia, inmuebles por adherencia.

Si se trata de aquellas cosas de comodidad u ornato que se clavan o fijan en las paredes de las casas y pueden removerse fácilmente sin

(25) C. Santiago, 6 septiembre 1879, G. 1879, pág. 962.

detrimento de las mismas paredes, como estufas, espejos, cuadros, tapicerías, son muebles por naturaleza.

Si se trata de cosas embutidas en las paredes, de manera que formen un mismo cuerpo con ellas, aunque puedan separarse sin detrimento, son inmuebles por destinación (art. 572).

La verdad es que lo que determina la calidad de mueble o inmueble de las cosas de comodidad u ornato es la forma y permanencia de la inmovilización.

30. SITUACIÓN DE LOS INMUEBLES POR DESTINACIÓN Y LOS CONTRATOS

Como los inmuebles por destinación, jurídica y ficticiamente, son parte del inmueble a que se destinan, si éste se vende y nada se dice respecto de ellos, se entienden comprendidos en la venta (art. 1830). De la misma manera, la hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles por destinación (art. 2420).

Pero estos inmuebles por destinación dejan de ser inmuebles para constituir un derecho en favor de otra persona que el dueño y recobran su calidad de muebles por naturaleza y, en consecuencia, los contratos que se celebren respecto de ellos se rigen por las reglas de los contratos sobre muebles (art. 1801).

31. CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS CORPORALES MUEBLES

- a) Bienes muebles por naturaleza, que a su vez se clasifican en semovientes y cosas inanimadas, y
- b) Bienes muebles por anticipación.

Ya hemos visto que, de acuerdo al art. 567, cosas muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro. No importa cuál sea su tamaño y la mayor o menor dificultad en su transporte. Las naves, cualesquiera sean sus dimensiones, son muebles (art. 825 del Código de Comercio), las aguas son muebles.

32. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ELECTRICIDAD

Ya dijimos en otra parte de este trabajo que la electricidad en cuanto energía, es una cosa incorporeal; pero no es un derecho; puede constituir objeto de un derecho.

Sin embargo, cuando la energía eléctrica se ha transformado en electricidad por el hecho del hombre o de la naturaleza, y puede ser aprovechado por el hombre, es un bien, y es distinto de los medios que la producen o transforman.

Como la electricidad puede ser transportada de un lugar a otro y puede ser percibida por los sentidos, hay que concluir que se trata de una cosa corporal mueble. (26)

33. CONCEPTO DE COSAS SEMOVIENTES Y DE COSAS INANIMADAS

Como lo dice el art. 567, se llaman semovientes las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, moviéndose ellas mismas, como los animales.

Cosas inanimadas son las cosas que sólo pueden transportarse de un lugar a otro por medio de una fuerza externa.

34. MUEBLES POR ANTICIPACIÓN

Son los inmuebles, por naturaleza, adherencia o destinación, que se consideran muebles, aun antes de su separación del inmueble de que forma parte o a que acceden, para el efecto de constituir un derecho sobre ellos en favor de otra persona que el dueño del inmueble (art. 571).

El código al dar el concepto de muebles por anticipación se refiere a los productos de los inmuebles y las cosas accesorias a ellas. Por

(26) C. S., R., T. 19, sec. 1ª, pág. 5.

eso se comprenden en esta categoría de bienes a los inmuebles por naturaleza, por adherencia o por destinación sobre los que se constituye un derecho en favor de un tercero.

Son inmuebles por naturaleza, entre los señalados por vía de ejemplo como muebles por anticipación en el art. 571, la tierra o arena de un suelo, los metales de una mina y las piedras de una cantera.

Son inmuebles por adherencia, las yerbas de un campo y la madera y fruto de los árboles.

Son inmuebles por destinación, los animales de un vivar.

Se les reputa muebles porque no se les considera como unidos o formando parte de la tierra, o dedicados permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, sino en su estado futuro, como si ya estuvieran separados y como distintos del inmueble en que se encuentran. Se les reputa muebles anticipadamente para el efecto de constituir sobre ellos un derecho en favor de otra persona que el dueño del inmueble.

Por ello, la venta de los inmuebles por anticipación, que al celebrarse son inmuebles, se rige por las reglas de la venta de cosas muebles y es consensual (art. 1801, inc. 3°).

Por ello, el art. 2420 dice que la hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta a los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el art. 570, pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.

35. CONTENIDO DE LA EXPRESIÓN "BIENES MUEBLES"

Cuando por la ley o por el hombre se usa la expresión "bienes muebles" sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el art. 567 (art. 574, inc. 1°).

Es decir, se comprenden en esa expresión sólo las cosas corporales muebles, sean semovientes o cosas inanimadas.

En
567
inm
bles
"co

36. Con

Cua
cosa
com
ame

Sin
esta
ajua

Exc
fica
instr
los c
(art.

No h
y la

La e
las c
el in
lega

En c
lo c
refe
ben

En consecuencia, se excluyen los inmuebles por destinación (art. 567, inc. 2º); los inmuebles por adherencia y, lógicamente, los inmuebles por naturaleza. También se excluyen los derechos muebles pues el art. 567 a que se refiere el art. 574 sólo trata de las cosas "corporales" muebles.

36. CONTENIDO DE LA EXPRESIÓN "MUEBLES DE UNA CASA"

Cuando se emplea esa expresión, sólo se comprenden en ella las cosas que forman el ajuar de una casa. Es decir, los muebles de uso común de una casa, los muebles u objetos con que la casa se halla amoblada, guarnecida o provista.

Sin embargo, el código expresamente excluye de la expresión que estamos analizando algunas cosas que, ordinariamente, forman el ajuar de una casa.

Excluye el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldo y mercancías (art. 574, inc. 2º).

No hay duda que en el ajuar de una casa se comprenden los estantes y la ropa de cama. Sin embargo, el código los excluye.

La expresión "todo lo que se encuentra en una casa" comprende sólo las cosas que forman su ajuar y se excluyen las que se mencionan en el inc. 2º del art. 574. Así lo dice el art. 1121, que se refiere a los legados. (27)

En el legado de una hacienda de campo con sus muebles o con todo lo que se encuentre en ella, no se comprenderán, de acuerdo al referido art. 1121, otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y se encuentran en ella.

(27) C. S., R., T. 47, sec. 1ª, pág. 452.

37. BIENES MUEBLES REGISTRADOS

Por la importancia cada vez mayor que han tomado los bienes muebles, el legislador ha introducido para algunos de ellos un régimen jurídico especial, relativo especialmente a su enajenación, formas de publicidad, garantías constituidas en ellos, que los han acercado a los inmuebles. Tal régimen es el del Registro.

Dichos muebles son los registrados.

Los principales muebles registrados son las naves, las aeronaves, los vehículos motorizados y las aguas.

Las naves, las aeronaves y las aguas pueden hipotecarse.

La prenda industrial, la agraria y otras especiales deben inscribirse en un determinado Registro.

Las normas especiales correspondientes a estos registros y el régimen relativo a los bienes registrados excede el objetivo de este trabajo.

En todo caso, el régimen jurídico de los muebles registrados, en muchos aspectos, se asemeja al de los inmuebles.

38. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE MUEBLES E INMUEBLES A LAS COSAS INCORPORALES

Según el art. 580 los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se deba. Así el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble.

Si la obligación es de hacer, el derecho y la acción para exigir su cumplimiento son muebles porque los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que el artífice ejecute la obra convenida, o resarza los perjuicios causados por la inejecución del convenio, entra por consiguiente en la clase de los bienes muebles.

Por eso
(art. 581)

La mism
abstenci

Las obli
de prom
contrato
contrato

El derec
ejerce s
aeronav
publica
porque

**39. NATURA
DEL DER**

Obligac
una cos

Obliga
hecho.

Obliga

Obliga
de una
sobre
entreg

El der
mueb

Acep
es de
conf
que

Por eso el derecho para que el artífice ejecute una cosa es mueble (art. 581).

La misma norma se aplica a los derechos que tienen por objeto una abstención ya que ésta recae en un hecho negativo.

Las obligaciones que emanan del contrato de promesa, por ejemplo, de promesa de compraventa de un inmueble, son muebles porque del contrato de promesa nace una obligación de hacer; celebrar el contrato prometido, aunque éste se refiera a un inmueble.

El derecho de hipoteca es, por regla general inmueble, ya que se ejerce sobre bienes raíces. Sin embargo, la hipoteca de naves y de aeronaves, permitida por el art. 2418 y por el D.L. N° 1.286, publicado en el Diario Oficial de 23 de diciembre de 1975, es mueble porque recae en cosas muebles.

39. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR UNA COSA Y DEL DERECHO A EXIGIRLA

Obligación de dar es la que tiene por objeto transferir el dominio de una cosa o constituir un derecho real sobre ella.

Obligación de hacer es la que tiene por objeto la ejecución de un hecho.

Obligación de no hacer es la que consiste en una abstención.

Obligación de entregar es la que tiene por objeto el traspaso material de una cosa, sin transferir su dominio y sin constituir un derecho real sobre ella. Por ejemplo, la obligación que tiene el arrendador de entregar la cosa arrendada al arrendatario.

El derecho para exigir el cumplimiento de una obligación de dar será mueble o inmueble según lo sea la cosa que se debe (art. 580).

Aceptando las definiciones anteriores, la obligación de entregar no es de dar, consiste en la ejecución de un hecho. En consecuencia, conforme lo dispone el art. 581 es mueble ya que se trata de un hecho que se debe.

Sin embargo, la doctrina también acepta que la obligación de entregar, que en estricto derecho es de hacer, puede ser mueble o inmueble según lo sea la cosa que debe entregarse y que se le aplican las normas de las obligaciones de dar a este respecto. (28)

Para pensar así, se apoya en dos argumentos principales:

- a) El art. 581 dice que la acción que tiene el comprador para que se le "entregue" la finca comprada es inmueble. Luego, aplica a una obligación de entregar la clasificación de mueble o inmueble, que es propia de las de dar.

Podría pensarse que la obligación del vendedor es de dar ya que la compraventa, según algunos, sólo tiene por objeto transferir el dominio. Sin embargo, el vendedor, además de obligarse a transferir el dominio, se obliga a entregar materialmente la cosa y el art. 580, de sus palabras, nos hace concluir que a ésta o que a ambas obligaciones se refiere.

- b) Cuando se discutió el Código de Procedimiento Civil, se dejó expresa constancia en las actas respectivas, que la ejecución de las obligaciones de hacer, que es su principal efecto, se regiría por las reglas del procedimiento ejecutivo de las obligaciones de dar.

Por último, hacemos presente que no nos parece adecuado el ejemplo que pone el art. 581 de que la acción que tiene el que encarga una obra para que se le rezarsan los perjuicios es mueble porque se trata de un hecho. Es mueble, por regla general, porque recae sobre dinero, pero normalmente es de dar.

40. APLICACIÓN O NO APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE HEMOS ANALIZADO EN LOS NÚMEROS ANTERIORES RESPECTO DE CIERTAS ACCIONES ESPECIALES

- a) Si la obligación cuyo cumplimiento se demanda comprende muebles e inmuebles, el derecho y la acción correlativos son

(28) C. Santiago, R., T. 39, sec. 2ª, pág. 37.

muebles respecto de éstos e inmuebles respecto de los bienes raíces.

Sin embargo, para los efectos de la competencia de los tribunales, si se entabla una misma acción que tiene por objeto reclamar cosas muebles e inmuebles, será el juez competente el del lugar en que estuvieren situados los inmuebles (art. 137 del Código Orgánico de Tribunales).

- b) Si la obligación es alternativa y comprende muebles e inmuebles y la elección depende del acreedor, será mueble o inmueble según lo sea la cosa que demande.

Si la elección es del deudor, el derecho y la acción participan del carácter de mueble e inmueble ya que el deudor puede pagar con cualquiera de ellos.

Claro que para los efectos de la competencia, deberá ocurrirse al juez del lugar en que estén situados los inmuebles.

- c) La acción resolutoria podría calificarse de mueble o de inmueble según sea el objeto del contrato cuya resolución se pide. El objeto principal de la acción resolutoria es recobrar las cosas objeto del contrato.
- d) La acción que tiene el comprador para que el vendedor le sanee la evicción, es mueble cuando tiene por objeto la indemnización a que se refiere el art. 1847.

También es mueble la acción de saneamiento por evicción en cuanto tiene por objeto que el vendedor asuma la defensa del comprador, ya que tiene por objeto la ejecución de un hecho.

- e) Las acciones de nulidad y rescisión serán muebles o inmuebles según sea el objeto del contrato que se pretende anular ya que su objetivo es recuperar las cosas que son objeto de ese contrato.
- f) La acción del mandante para exigir al mandatario el cumplimiento de su encargo es mueble ya que tiene por objeto la ejecución de un hecho, no el mueble o inmueble a que el encargo se refiera.

Si el mandatario ha actuado a nombre propio, la acción del mandante para que se le entreguen las cosas a que el encargo se refería será mueble o inmueble según lo sean esas cosas.

41. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN MUEBLES E INMUEBLES

Bello dio más importancia a los inmuebles que a los muebles, y están mucho más protegidos en nuestro código.

- a) La enajenación de los inmuebles se hace por la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces; la de los muebles por la simple entrega manual;
- b) La enajenación de inmuebles de incapaces requiere autorización judicial (arts. 393, 255 y 1754);
- c) La venta de inmuebles debe hacerse por escritura pública y a veces se requiere pública subasta (arts. 1801 y 394). La venta de muebles es consensual por regla general;
- d) La hipoteca, contrato solemne, se refiere, por regla general a inmuebles (art. 2418). La prenda, contrato real, generalmente, se refiere a muebles;
- e) La posesión de los inmuebles es protegida por acciones especiales como son las acciones posesorias;
- f) El plazo de prescripción adquisitiva es más larga respecto de los inmuebles (art. 2508);
- g) La rescisión de la venta por causa de lesión enorme sólo tiene lugar respecto de los inmuebles (art. 1891);
- h) La competencia de los tribunales es distinta según sea mueble o inmueble la acción intentada (arts. 135 y 138 del Código Orgánico de Tribunales);
- i) Sólo los muebles pueden ser objeto de actos de comercio;

j)

42. Co

Co
ria.
des
es c
ele
tem
me
o p
dos
cad
ind

La
los
pu
sep
per
de

La
div
pu
de

- j) El hurto y el robo sólo pueden tener lugar respecto de cosas muebles.

La apropiación indebida de inmuebles se llama usurpación.

Hacemos presente que la lista anterior, lógicamente, no es completa.

La mayor protección especial de los inmuebles se justifica sólo por razones históricas. En la época actual los muebles han crecido en importancia, y hay muchos de ellos que tienen mayor valor que los inmuebles.

42. COSAS SIMPLES Y COSAS COMPUESTAS

Cosas simples son las que tienen una individualidad orgánica unitaria. Esto es, considerándolas desde un punto de vista jurídico ya que desde un punto de vista físico pueden ser heterogéneas. Por ejemplo, es cosa simple un animal aunque esté formado por una pluralidad de elementos desde el punto de vista de un estudioso de la anatomía. El terreno es una cosa simple, aunque esté formado por diversos elementos. Las cosas simples pueden ser producidas por la naturaleza o por el hombre cuando presentan elementos tan íntimamente fundidos o compenetrados que den lugar a un todo unitario, de modo que cada uno de los elementos componentes pierda prácticamente su individualidad; por ejemplo, un pan, un cuadro.

Las cosas inmateriales como las energías, o las obras del ingenio, o los derechos, son cosas simples. El usufructo es cosa simple, aunque pueda ser analizado y descompuestos en varias facultades; podemos separar mentalmente la facultad de usar la cosa de la de gozar de ella; pero si las separamos en la realidad, no estaríamos frente a un derecho de usufructo.

Las cosas simples son indivisibles, no en el sentido que no se pueden dividir en partes físicas o jurídicas, sino en el sentido de que no se pueden descomponer en los elementos que las constituyen sin destruir su esencia.

Cosas compuestas son las que resultan de la unión material de dos o más cosas simples, que no pierden su individualidad, aun formando parte del todo. Por ejemplo, un edificio.

A diferencia del pan, las cosas simples que forman un edificio pueden separarse sin que pierdan su identidad.

Las cosas compuestas presentan una unidad compleja. Hablamos de casa y no de suma de ladrillos, concreto y hierro. Pero es una unidad que admite la autonomía de tales elementos.

Las cosas compuestas son siempre creadas artificialmente por el hombre.

En las cosas compuestas, las cosas simples son "partes" del todo. En la cosa simple, la unión de los elementos da lugar a una transformación tal que no es posible distinguir el todo de la parte; por ejemplo, en el pan no podemos distinguir la harina, del agua, de la sal y de la levadura.

La noción de cosa compuesta puede también extenderse a las cosas incorpóreas. Así, la ópera es una cosa compuesta formada de música, libreto, argumento. Sus partes son individualizadas a pesar de que en conjunto forman un todo unitario, la ópera.

43. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN EN COSAS SIMPLES Y COMPUESTAS

Respecto de las cosas compuestas es posible la coexistencia de relaciones sobre el todo distintas de aquellas sobre los singulares elementos que las componen. Ello no es posible respecto de las cosas simples. No es concebible que alguien sea propietario de un animal sin serlo de su sangre.

"Precisamente porque la cosa compuesta se presenta como complejo unitario, los actos de disposición del todo se refieren implícitamente a las partes componentes". Si se vende un edificio, se venden todos sus componentes. Lo mismo tiene lugar respecto de las cosas simples. Si vendo un animal, vendo todas sus partes. Pero mientras que en cuanto al animal es absurdo pensar en enajenarlo y no enajenar su esqueleto o su

44. LAS U

El con
rías de
función
hasta r
import
tas a u

Sin em
suma d
agrega

(29) Biondi, B

(30) Id., pág. 1

(31) Id., pág. 1

sangre, en cuanto al edificio es perfectamente posible que el enajenante exceptúe cualquier elemento de la construcción, por ejemplo, las puertas. (29)

44. LAS UNIVERSALIDADES

"Se llaman universalidades algunos complejos patrimoniales resultantes de la reunión no material, como en las cosas compuestas, sino ideal de una pluralidad de cosas homogéneas o heterogéneas, de modo que formen una entidad compleja, que trasciende de las singulares cosas componentes, sujeta a una única denominación y a un único régimen jurídico, aun dejando subsistente la individualidad práctica y jurídica de cada una de las cosas componentes".

"La universalidad no es suma de cosas singulares sino entidad que las trasciende, que las supera sin excluir que las cosas singulares puedan considerarse separadamente". (30)

El concepto de universalidad es constante. Sin embargo, las categorías de universalidades no son fijas; varían en consideración a su función social. La herencia ha sido inmutable desde los romanos hasta nuestros tiempos. Sin embargo, la cuadriga hoy no tiene importancia. Lógicamente, las universalidades tampoco están sujetas a un régimen uniforme.

"Generalmente la universalidad no implica la creación de una nueva entidad que se añada o se sobreponga a las cosas singulares que la componen; de otro modo se llegaría al absurdo de que, si yo soy propietario de un rebaño, soy propietario de las singulares cabezas más el rebaño". (31)

Sin embargo, generalmente, desde el punto de vista económico, a la suma del valor de las cosas singulares que forman la universalidad se agrega un valor mayor.

(29) Biondi, Biondo, ob. cit., pág. 147.

(30) Id., pág. 148.

(31) Id., pág. 149.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA CATALANA
 SISTEMA DE BIBLIOTECAS
 DE INVESTIGACIONES

La universalidad no es un bien compuesto como lo es una casa por ejemplo. Tampoco es universalidad un montón de trigo.

Las universalidades presentan una vasta gama en que el mínimo es el par; por ejemplo, una yunta o tiro de animales.

Lo importante en la universalidad es el hecho de que su valoración social es distinta a la simple suma de las cosas que la forman. Una cosa es tener dos caballos y otra un tiro de caballos. Una cantidad, aunque sea importante, de acciones es una suma, pero el paquete de mayoría es un cosa distinta de la suma puramente aritmética de las acciones.

La esencia de la universalidad está en la unidad; por eso la suma de dos o más cosas es siempre suma aun cuando se las designe con una expresión comprensiva de ella, por ejemplo, una docena. En la suma el conjunto no trasciende de la suma de cosas singulares que la componen.

Lo mismo sucede con las personas. El pueblo no es suma de personas; tampoco lo es un conjunto orquestal o teatral.

Si no se encuentra dificultad en admitir la noción de persona jurídica, como entidad que supera y no se identifica con las personas naturales que la componen, no vemos por qué ha de encontrar dificultad el admitir el concepto de universalidad.

"El máximo a que llega la noción de universalidad es la herencia, que es entidad compleja que comprende cosas corporales e incorporales, activo y pasivo, y que, como unidad, está destinada a pasar de un sujeto a otro". (32)

El carácter de universalidad de la herencia está reconocido por la ley en el art. 951 que dice que se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. Agregando que el título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

(32) Id., pág. 152.

Sin p
des, r
remo
a) L
b) L
c) U
d) U
e) E
f) L
45. CLAS
Desd
unive
En te
comp
46. LAS U
Estas
Los r
son l
a) E
sí
se
b) E
ju
ag
m
Los e
en p
jurídi

Sin pretender hacer una enumeración completa de las universalidades, que además de la herencia, reconoce nuestro código, mencionaremos las siguientes:

- a) Los rebaños y ganados (arts. 788, 1123 y 1984);
- b) Los bosques y arbolados (arts. 783 y 1980);
- c) Un tiro, yunta o pareja de animales (art. 1864);
- d) Un juego de muebles (art. 1864);
- e) El ajuar de una casa (arts. 574 y 1121);
- f) Las colecciones científicas y artísticas (art. 574).

45. CLASES DE UNIVERSALIDADES

Desde muy antiguo las universalidades de cosas se dividen en universalidades de hecho y en universalidades de derecho.

En todo caso, ellas son distintas de los bienes u objetos que las componen.

46. LAS UNIVERSALIDADES DE HECHO

Estas universalidades son de cosas muebles.

Los requisitos para que nos hallemos ante una universalidad de hecho son los siguientes:

- a) Es necesario una pluralidad de cosas autónomas, distintas entre sí. En esto se diferencian de las cosas compuestas en que las partes se identifican con el todo;
- b) Es necesario que la universalidad presente una *unidad social* y jurídicamente apreciable. Por eso no son universalidades los agregados de cosas que se toman en cuenta por su peso, cuenta o medida.

Los enjambres de abejas no son universalidades porque cada abeja, en particular, prácticamente no constituye objeto de relaciones jurídicas, lo constituye todo el enjambre.

El destino unitario en las universalidades de hecho se lo da el hombre. Normalmente el dueño de las cosas que la componen. Pero podría dársele un tercero; por ejemplo, si al comprador le interesan los cuadros del vendedor porque forman una colección según su criterio.

De la concepción unitaria de la universalidad de hecho se derivan importantes consecuencias:

- a) La universalidad puede ser objeto único de un acto de disposición, sin que sea necesario celebrar tanto actos singulares como sean las cosas singulares que la componen;
- b) Puede sufrir incrementos o disminuciones, permaneciendo como unidad compleja. Por eso el usufructuario de ganados o rebaños, es obligado a reponer los animales que mueren o se pierden, pero sólo con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños. Si el ganado o rebaño perece del todo o en gran parte por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no estará obligado a reponer los animales perdidos, y cumplirá con entregar los despojos que hayan podido salvarse (art. 788).

Por eso, si se lega un rebaño, se deberán los animales de que se disponga al tiempo de la muerte del testador, y no más (art. 1123), aunque hayan aumentado o disminuido desde la fecha del testamento.

47. LAS UNIVERSALIDADES DE DERECHO

Son los "complejos patrimoniales heterogéneos, unificados por la pertenencia a una determinada persona o por una particular función unitaria" desde el punto de vista del derecho. (33)

Se diferencian de las universalidades de hecho:

- a) Las universalidades de hecho sólo pueden comprender bienes muebles. Las universalidades de derecho pueden comprender no

(33) Id., pág. 171.

sólo
deu
cual
con
los l
b) En l
te, c
dere
cree
Las
emp

48. LA HER

Podría
sobre t
él.

La her
univers
forma
determ
es una

El here
pero, a
proteg

El her
bienes
por ej

49. LA EM

La em
para c

sólo muebles e inmuebles sino elementos pasivos como las deudas. La universalidad de derecho no es mueble ni inmueble, cualquiera sea la clase de bienes que la integre. Lo mismo sucede con las universalidades de hecho ya que ambas son distintas de los bienes que las componen;

- b) En las universalidades de hecho el carácter unitario, generalmente, está determinado por el dueño. En las universalidades de derecho ese carácter se lo da la ley. Esto no significa que la ley las cree sino que las reconoce como tales porque así se presentan.

Las principales universalidades de derecho son la herencia y la empresa.

48. LA HERENCIA

Podríamos definir la herencia como un derecho real que se ejerce sobre todo el patrimonio de una persona difunta o sobre una cuota de él.

La herencia tiene una característica que la diferencia de las otras universalidades. Mientras respecto de las otras universalidades no se forma una entidad nueva y distinta, sino que son el enfoque desde un determinado punto de vista de las cosas que la integran, la herencia es una entidad nueva y es un derecho real.

El heredero puede ejercitar las acciones que podía ejercer el causante pero, además, tiene una acción propia, la de petición de herencia, que protege el derecho real de herencia.

El heredero adquiere la herencia, que es un objeto distinto de los bienes que lo integran y que tiene vida propia. Puede ser enajenado por ejemplo.

49. LA EMPRESA Y EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

La empresa es un conjunto de bienes organizados por su propietario para el ejercicio de una actividad económica.

Corresponde a lo que en el derecho italiano y en el francés se llama "hacienda" que es una universalidad y que puede ser cedida mediante un acto único.

En nuestro derecho se ha estimado que el establecimiento de comercio que es una clase de empresa, es una universalidad y que no pueden ser tomado sino en el sentido de considerarlo como un bien incorporal que no se confunde con los bienes particulares que engloba, sean corporales o incorporales. No significa que el establecimiento de comercio sea un patrimonio distinto del patrimonio general del comerciante dueño de él. El art. 3° del Código de Comercio se refiere a la compra de un establecimiento de comercio. El art. 444 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la ejecución que recae en una empresa o establecimiento mercantil o industrial.

50. EL PATRIMONIO

Para muchos autores el patrimonio es una universalidad de derecho y un atributo de la personalidad (véase Claro Solar Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, volumen 111, Tomo VI, págs. 278 y sig. edición 1979). Para muchos, también, es uno e indivisible como la personalidad. Es uno porque comprende todos los bienes y cargas de la persona, y la misma persona no puede tener, por lo mismo, más que un solo patrimonio. Es indivisible, según estos autores, porque dada su naturaleza incorporal, no es susceptible de división en partes materiales o de cantidad. Tampoco lo es en razón de la unidad de la persona, y por ello no puede dividirse en varias universalidades jurídicas distintas las unas de las otras.

En nada compartimos las opiniones recién manifestadas. El patrimonio en nuestro concepto no es una universalidad de derecho.

Podríamos definir *el patrimonio como el conjunto de relaciones y situaciones jurídicas de una persona, que tienen contenido económico, esto es, apreciables en dinero.*

En el patrimonio se puede considerar un aspecto activo y uno pasivo.

En el activo del patrimonio están todos los bienes corporales e incorporales apreciables en dinero. Se incluyen en él las situaciones

La verdad es que en la naturaleza no hay dos cosas idénticas. Un billete de banco o una cantidad de trigo son cosas físicamente distintas de otro billete de banco del mismo tipo y valor o de una igual cantidad de trigo de la misma calidad.

Pero desde un punto de vista práctico, en el concepto social, son cosas absolutamente idénticas, porque no hay interés en tener un determinado billete o una determinada cantidad de trigo de la misma calidad que otra.

Precisamente, las cosas, cuyas características, aun cuando existan, son, sin embargo, sin importancia y pueden omitirse, se llaman *fungibles*, en el sentido de sustituibles, subrogables. Una cosa puede sustituir a otra cuando es socialmente idéntica a la segunda.

La noción jurídica de cosa fungible resulta de la identidad económico-social de dos cosas, de la que deriva el hecho de que puedan sustituirse una por otra.

Las cosas fungibles, porque son idénticas, son equivalentes.

La autonomía de la voluntad no puede hacer fungibles cosas que socialmente no lo son, pero puede hacer considerar como no fungible una cosa que socialmente lo es, cuando se aprecia no en su función normal. Por ejemplo, pueden darse en comodato algunas monedas, no obstante ser la moneda cosa fungible y por esto no ser posible darla en comodato; pero en tal caso la moneda no está considerada como tal, esto es, destinada a ser gastada y a circular, sino para un uso determinado que no es el normal.

Se ha dicho que cosa fungible es la que tiene igual poder liberatorio que otra y que, en ese sentido, la fungibilidad puede ser establecida por el hombre. Sin embargo, en nuestro concepto en este caso no estamos en presencia de un problema de fungibilidad sino de obligaciones facultativas o alternativas (arts. 1499 y 1505).

Como las cosas fungibles son cosas de cantidad, es necesario determinarlas.

La importancia de esta clasificación radica en que hay instituciones que sólo se aplican a las cosas fungibles y otras a las que no lo son.

- a) El mutuo necesariamente recae sobre cosas fungibles (art. 2196). El comodato, que obliga a restituir la misma cosa prestada, sólo tiene lugar respecto de cosas que no son fungibles (art. 2174), salvo el caso especial que citamos hace un momento. Lo mismo sucede, por regla general, con el usufructo y con el depósito;

Las cosas fungibles, por excepción, pueden ser objeto de depósito y en tal caso el contrato adopta la forma particular del depósito irregular (art. 2221). También el usufructo adquiere configuración distinta, con distintos efectos, cuanto tiene por objeto cosas fungibles y pasa a ser un cuasiusufructo (art. 789);

- b) Se podría considerar como una extensión de la noción de cosas fungibles al trabajo lo dispuesto en el art. 1572 que dice que si la obligación es de hacer y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor. Luego, si no interesa la aptitud o talento del deudor, puede efectuarse la obra por cualquiera. Bajo este aspecto se puede hablar de fungibilidad del trabajo, si bien estaría mejor hablar de fungibilidad de la persona del trabajador;
- c) La compensación legal sólo es posible entre dos deudas que tienen por objeto cosas fungibles (art. 1656 N° 1);
- d) La ley dice que las cosas "muebles" se dividen en fungibles y no fungibles, dando a entender que esta clasificación no se aplicaría a los inmuebles.

Sin embargo, podría concebirse la fungibilidad respecto de los bienes raíces, cuando, por ejemplo, se trata de un número de hectáreas de terreno que puede elegirse de entre varias de la misma calidad en una determinada zona.

52. COSAS GENÉRICAS Y COSAS ESPECÍFICAS. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

Cosa genérica es la que consiste en un individuo indeterminado de un género determinado (art. 1508). Por ejemplo, un libro.

Cosa específica es la que consiste en un individuo determinado de un género determinado. Por ejemplo, el caballo de carrera Filibustero.

Hay autores que estiman que no hay diferencia entre las cosas determinadas en género y las cosas fungibles.

La verdad es que entre las cosas fungibles y las cosas genéricas hay puntos de contacto pero no coincidencia.

Como lo hemos dicho, la fungibilidad consiste en que las cosas son idénticas desde un punto de vista socioeconómico.

La determinación genérica es una forma de determinar el contenido de una obligación.

Si la obligación tiene por objeto cosas fungibles, el deudor debe dar cosas que sean idénticas a las recibidas.

Por el contrario, en la determinación genérica la diferencia entre las cosas comprendidas en la misma categoría es tan posible que la ley obliga al deudor a dar un individuo del género que sea de una calidad a lo menos mediana (art. 1509).

La propiedad, los otros derechos reales y la posesión no pueden tener por objeto cosas determinadas en género, pero sí pueden recaer en cosas fungibles.

La clasificación de las cosas en genéricas y específicas tiene importancia por las siguientes razones:

- a) El deudor de una cosa específica debe conservarla hasta su entrega, es decir, debe emplear en su custodia el debido cuidado (arts. 1548 y 1549). El deudor de cosas genéricas puede destruirlas mientras existan otras (art. 1510);
- b) La teoría de los riesgos sólo tiene lugar cuando lo que se debe es un cuerpo cierto. El género no perece;
- c) La pérdida fortuita de la cosa específica debida extingue la obligación (art. 1670). La pérdida de algunas cosas del género no la extingue;

d) La
co

e) L
ca

53. Cosa
CACIO

Se ll
que,
usa;

Por e
usar
espe
las c

"
si
c
fi
ta
le
a
p

La n
bajo
aun
la m
nece
en e
mate

(35) Id., pá

(36) Id., pá

- d) Los derechos reales y la posesión sólo pueden ejercerse sobre cosas específicas;
- e) Los derechos personales pueden tener por objeto cosas específicas o genéricas.

53. COSAS CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

Se llaman consumibles –desde un punto de vista jurídico– las cosas que, usándolas conforme a su destino, se destruyen para el que las usa; por ejemplo, la leña, el carbón, el dinero.

Por el contrario, no son consumibles aquellas cosas que se pueden usar por un tiempo indefinido sin que el uso las destruya o modifique especial o sensiblemente para el que las usa; por ejemplo, los libros, las casas, etc.

“La noción de consumibilidad debe entenderse no en su sentido físico, sino técnico-jurídico. La consumibilidad física no coincide con la jurídica. Consumición jurídica no quiere decir destrucción de la materia, ya que físicamente la materia jamás se destruye, sino que se transforma, sino transformación de la función económico-social de la cosa: cuando quemó leña, físicamente la he transformado, pero no he destruido materia alguna, jurídicamente por el contrario, he destruido aquella entidad que primeramente era leña y que ahora ya no lo es”. (35)

La noción jurídica de consumibilidad tampoco coincide con la física bajo otro aspecto: jurídicamente es posible que una cosa se consuma aun permaneciendo físicamente inalterable. La moneda, todavía más la metálica, para el Derecho es cosa consumible, no obstante permanecer inalterada por largos años, ya que su consumo está en gastarla, en el hecho mismo de salir del patrimonio de una persona, aunque materialmente permanezca inalterada. (36)

(35) Id., pág. 91.

(36) Id., pág. 91.

PORTUGALIA UNIVERSITARIO CRISTÓBAL
 SISTEMA DE BIBLIOTECAS

Por eso respecto de las cosas inconsumibles se habla de utilidad repetida, en contraposición a la moneda que no se puede gastar más que una sola vez. Análogamente, son consumibles los materiales de construcción (ladrillos, vigas, etc.), porque su uso consiste en incorporarlos a un edificio, aun permaneciendo inalterados, y la utilidad se puede repetir sólo con la separación. (37)

Para determinar si una cosa es consumible o no, hay que tener en cuenta no todos sus posibles usos, sino el normal. Se podrá usar una silla o un cuadro quemándolo para calentar algo, pero éste no es su uso normal. Tampoco hay que tomar en cuenta el lento desgaste a que están sujetas todas las cosas. (38)

La noción de consumibilidad no se identifica con la de fungibilidad, ya que se fundan en puntos de vista distintos. La fungibilidad importa el pertenecer a una categoría en la que todas las cosas que a ella pertenecen se consideran idénticas. La consumibilidad mira a la cosa desde el punto de vista de su destrucción por su uso normal. Sin embargo, una cosa puede ser, a la vez, fungible y consumible; pero pueden haber cosas fungibles que no sean consumibles; por ejemplo, un libro.

La importancia de esta clasificación está en que cuando un derecho real o personal impone la obligación de restituir la misma cosa a su término, no puede tener lugar sobre cosas consumibles.

El usufructo, el comodato, el uso, el arrendamiento, el depósito, la prenda, por su naturaleza no pueden tener por objeto cosas consumibles. Lo dicho no se opone a que, por excepción, el usufructo y el depósito puedan recaer en cosas consumibles, transformándose en cuasiusufructo y en depósito irregular (arts. 789 y 2221).

Hay casos de consumibilidad y no consumibilidad que podríamos llamar subjetiva y que tienen lugar:

- a) Cuando cosas que por su naturaleza son consumibles pasan a no serlo por otras circunstancias, por ejemplo, las frutas que se prestan para adornar una mesa;

(37) Id., pág. 91.

(38) Id., pág. 91.

b) Cuando se trata de cosas que se consumen al ser utilizadas, como el dinero, el combustible, etc.

54. COSAS DE USO COMÚN

En verdad, las cosas de uso común son consumibles.

Son cosas de uso común en forma de vestidos, etc.

Se trata de cosas que se consumen al ser utilizadas, como el dinero, el combustible, etc.

En definitiva, las cosas de uso común no son consumibles.

55. CRÍTICA

Este artículo confunde...

En su interpretación, parecen deber haberse tomado en cuenta...

Generalmente...

56. COSAS DE USO COMÚN

La noción de cosa de uso común es la noción de cosa material...

- b) Cuando las cosas no siendo consumibles por su naturaleza pasan a serlo por otro motivo, por ejemplo, la ropa que se vende en una tienda.

54. COSAS DETERIORABLES

En verdad corresponden a una categoría intermedia entre las cosas consumibles y las que no lo son.

Son cosas deteriorables aquellas que se destruyen por su uso, pero no en forma tan sensible como las cosas consumibles; por ejemplo, los vestidos.

Se trata de un concepto que a veces emplea el legislador. Así, el art. 2220 dice que por el mero depósito no se concede al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin el permiso del depositante. Agrega que este permiso puede a veces presumirse y que se presume más fácilmente en las cosas que no se destruyen sensiblemente por el uso.

En definitiva, pensamos que las cosas que hemos llamado deteriorables no son consumibles.

55. CRÍTICA AL ART. 575

Este artículo —que se refiere a las cosas fungibles y no fungibles— confunde dichos conceptos con los de consumibles e inconsumibles. En su inciso tercero dice que las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles, y debió haber dicho que por ello son consumibles. Las especies monetarias son, además, fungibles porque son idénticas a sus iguales.

Generalmente, las cosas consumibles son fungibles.

56. COSAS DIVISIBLES E INDIVISIBLES

La noción de divisibilidad jurídica no corresponde a la física. Es más, la noción de indivisibilidad no nace del mundo físico. Cualquiera cosa material se puede dividir en partes, incluso el átomo.

Jurídicamente, en cambio, no todas las cosas son divisibles.

Son divisibles, jurídicamente, las cosas que pueden fraccionarse de modo que cada parte tenga la misma función que el todo, y, por consiguiente, que entre las partes y el todo haya diferencia de cantidad y no de calidad; por ejemplo, las telas, el terreno, las cantidades de género, son cosas divisibles. El dinero en cuanto suma es divisible, pero no lo es una moneda.

Una máquina, un animal son físicamente divisibles, pero no lo son jurídicamente, porque cada parte resultante de la división no tiene las mismas características y funciones que el todo.

La noción de divisibilidad jurídica nada tiene que ver con la noción de valor. Es necesario que las partes tengan las mismas funciones que el todo, pero no es necesario que la suma del valor de las cosas divididas sea igual al valor del todo. A veces la división hará aumentar el valor del todo, otras lo hará disminuir. Esto se aprecia claramente en la división de los fundos. (39)

En materia de divisibilidad no hay categorías rígidas. Un edificio, generalmente, podrá dividirse. Pero muchas veces no podrá ser dividido cuando las partes singulares no tengan la autonomía suficiente para la función a que se destina el edificio. Un terreno puede ser indivisible cuando por su pequeñez haga inútiles las partes divididas. (40)

A veces la divisibilidad del todo no significa la divisibilidad de algunas de sus partes. Un edificio de departamentos es divisible, pero según la ley N° 6.071 son indivisibles, y deben permanecer en común, el suelo, los cimientos, las escaleras y las demás cosas que señala esa ley.

Si se considera la cosa desde el punto de vista de su valor, todas las cosas son divisibles porque el valor es siempre divisible.

(39) Id., pág. 95.

(40) Id., pág. 95.

Creemos
indivisi
las oblig

En el art.
estimam
za, como
toma la i

Junto con
hay una i
hombre, c
pasa a co
hombre.

La volun
naturalez
se refiere
suspensio
1526 N° 4

Esta clasi
ción de la
división s

También
siguiente

La ley es
y de la hi

Es precis
sobre la c
o el fund
poteca. E
fracciona
se fracci

Por últim
o indivis

Creemos que el sentido en que hemos analizado la divisibilidad y la indivisibilidad es el que hay que considerar en el art. 1524, que define las obligaciones divisibles e indivisibles.

En el art. 1526, que se refiere a la llamada indivisibilidad de pago, estimamos que hay casos relativos a cosas indivisibles por naturaleza, como son los mencionados en sus números 2º y 5º. En este sentido toma la indivisibilidad el art. 1337.

Junto con la indivisibilidad por naturaleza, de la que hemos hablado, hay una indivisibilidad establecida por la ley o por la voluntad del hombre, en el sentido de que una cosa que es divisible por naturaleza pasa a considerarse indivisible por disponerlo la ley o establecerlo el hombre. Es indivisible por ley la propiedad fiduciaria (art. 1317).

La voluntad de las partes puede hacer indivisibles cosas que por naturaleza son divisibles. Tal es el caso del pacto de indivisión a que se refiere el citado art. 1317. En este caso se puede hablar de suspensión de la división. Lo es también el caso a que se refiere el art. 1526 N° 4.

Esta clasificación tiene importancia sobre todo en materia de partición de las cosas comunes. Si la cosa no admite cómoda división, la división se hace no en naturaleza sino en valor (art. 1337).

También tiene importancia en materia de obligaciones (arts. 1524 y siguientes).

La ley establece la indivisibilidad de las servidumbres, de la prenda y de la hipoteca (arts. 1524, 1526 N° 1, 2396 y 2408).

Es preciso distinguir entre división del derecho y división de la cosa sobre la que recae: se puede dividir el fundo sirviente o dominante, o el fundo hipotecado, sin que esto afecte a la servidumbre o a la hipoteca. El derecho puede ser indivisible, pero su ejercicio puede ser fraccionado, como en el caso de la servidumbre, que puede ejercitarse fraccionadamente por varios titulares del derecho.

Por último, nos referiremos a lo que el código llama la divisibilidad o indivisibilidad física y la intelectual o de cuota (art. 1524).

A la divisibilidad e indivisibilidad física ya nos hemos referido. Jurídicamente son indivisibles físicamente las cosas que no pueden fraccionarse, de modo que cada parte resultante de la división tenga la misma función que el todo.

Indivisibilidad intelectual o de cuota, jurídicamente, es la que impide la división en derecho. Hemos visto que todas las cosas son divisibles intelectualmente. Sin embargo, el art. 1524 y muchos autores consideran indivisibles intelectualmente a las servidumbres, idea que confirmarían los artículos 826 y 827.

57. COSAS PRESENTES Y COSAS FUTURAS

Cosas presentes son las que tienen existencia al constituirse la relación jurídica que en ellas recae. Cosas futuras son las que no existen al constituirse la relación, pero se espera que existan.

De acuerdo al art. 1461, no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan.

No siempre el legislador da a las relaciones jurídicas sobre cosas que no existen, el mismo tratamiento.

En algunos casos considera que la relación es condicional y que se entiende hecho bajo la condición de que las cosas existan. En otros, la considera aleatoria.

Así, el art. 1813 dice que la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir (es decir, la considera condicional), salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró a la suerte.

Lo mismo sucede en el art. 1113 relativo a los legados.

El art. 2339 permite afianzar obligaciones futuras, y no considera que se trata de una obligación condicional; pero le da al fiador el derecho de retractarse mientras la obligación principal no exista.

El a
el d
adq
En t
rídic
de la
natu
disp
para
sin p
2390

58. Cos

Cosa
acce

Esta
come

Para
segu

Resp

el de

cesor

ejem

pagu

del d
asegu
sobre
y de l

Respo
criter
sorias
Por e
acces

El art. 2419 dice que la hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y a medida que los adquiriera.

En todos los casos mencionados se trata de bienes o relaciones jurídicas que no existen, pero que se espera que existan en el patrimonio de las partes. Puede ser que se trate de cosas que aún no existen en la naturaleza o de cosas que aún no han entrado al patrimonio del que dispone de ellas. En ese sentido hay que tomar la existencia de la cosa para los efectos de la clasificación que hemos analizado. Lo dicho es sin perjuicio del valor de ciertos actos sobre cosas ajenas (arts. 1815, 2390, 2188, etc.).

58. COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS

Cosa principal es la que tiene vida jurídica independiente. Cosa accesoria es la que no la tiene y que depende de otra principal.

Esta clasificación de las cosas se aplica tanto a las cosas corporales como a las incorporales (arts. 658 y 1442).

Para determinar si una cosa es principal o accesoria, el código no ha seguido criterios uniformes.

Respecto de las cosas incorporales, podemos decir que es principal el derecho que subsiste por sí mismo, sin necesidad de otro, y accesorio el que requiere de otro derecho, principal, para subsistir. Por ejemplo, derecho principal es el que tiene el vendedor para que se le pague el precio, y accesorio el que tiene el mismo vendedor respecto del derecho de hipoteca que le confirió el comprador o un tercero para asegurar el pago del precio. El derecho de dominio (particularmente sobre cosas corporales), el de herencia son principales; el de prenda y de hipoteca son accesorios.

Respecto de las cosas corporales creemos que también el principal criterio que tuvo el legislador para considerarlas principales o accesorias fue el de su posibilidad o imposibilidad de subsistir por sí solas. Por ejemplo, la cría que amamanta una hembra es considerada accesoria a ella (art. 1829).

Sin embargo, también ha tenido otros criterios para determinar si una cosa es principal o accesoria.

A veces es el criterio de la finalidad de la cosa el que ha seguido, como es el caso de los muebles permanentemente destinados al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, que se consideran inmuebles por destinación (arts. 570, 660, 1830, 2420).

El valor de las cosas ha sido en otros casos el criterio seguido para determinar si son principales o accesorias, siendo principal la de mayor estimación (art. 659).

Hay casos en que el volumen de las cosas es el criterio seguido, según lo expresa el art. 661.

La importancia de la clasificación que estamos analizando radica en que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Los muebles adheridos a un inmueble o destinados a su uso, cultivo o beneficio son considerados inmuebles (art. 570).

El derecho sobre una cosa principal se extiende a la accesoria; por ejemplo, el dueño de una cosa lo es de lo que ella produce o a ella se junta (art. 643), la hipoteca se extiende a los muebles que por accesión al inmueble hipotecado se reputan tales (art. 2420).

Extinguida la obligación o el derecho principal se extingue el accesorio (arts. 2381, N° 3, 2434, inc. 1°, 2516, etc.).

59. COSAS APROPIABLES E INAPROPIABLES

Cosas apropiables son las que son susceptibles de propiedad, sea pública (la nación toda, por ejemplo, una plaza), sea privada. Cosas inapropiables son las que no son susceptibles de propiedad, es decir, las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres; por ejemplo, la alta mar, el aire (art. 585).

Dentro de las cosas apropiables existen las llamadas cosas inapropiadas, que son las que, sin embargo de ser apropiables no

pertenece
nullius),
(res der
las cosa
pertenece

60. COSAS C

Cosas c
jurídicas
1461, el
pueden
objeto d

Hay cos
que son

Hay otra
uso públ

61. COSAS A

Cosas a
cosas co
enajenar
y alguna
ción, el c
retroven

62. RELACIÓ ZADO, EN

Las clas
diversos
unas y c
alienable
puede se
en género

pertenecen a nadie, sea porque nadie se ha apropiado de ellas (*res nullius*), sea porque el dueño las ha abandonado al primer ocupante (*res derelictae*). En nuestro país sólo pueden ser cosas inapropiadas las cosas muebles, pues los inmuebles que carecen de otro dueño pertenecen al Estado (art. 590).

60. COSAS COMERCIALES E INCOMERCIALES

Cosas comerciables son las que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas. Se refieren a ellas diversos artículos, como el 1461, el 1464 N° 1, el 2498, etc. Cosas in comerciables son las que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas; no pueden ser objeto de derechos reales ni personales.

Hay cosas que son in comerciables por su naturaleza, como las cosas que son comunes a todos los hombres (art. 585).

Hay otras que lo son por su destino, como los bienes nacionales de uso público; por ejemplo, una plaza (art. 589).

61. COSAS ALIENABLES E INALIENABLES

Cosas alienables son las que pueden enajenarse. Debe tratarse de cosas comerciables. Cosas inalienables son las cosas que no pueden enajenarse, como las cosas inapropiables, las cosas in comerciables y algunas cosas comerciables como los derechos de uso, de habitación, el derecho de pedir alimentos, el derecho que nace del pacto de retroventa (arts. 1464 N° 2, 819, 334 y 1884).

62. RELACIÓN DE LAS CLASIFICACIONES DE LAS COSAS, QUE HEMOS ANALIZADO, ENTRE SÍ

Las clasificaciones de las cosas que hemos estudiado se fundan en diversos puntos de vista. Por consiguiente, no hay oposición entre unas y otras. Así, un inmueble puede ser corporal o incorporeal, alienable o inalienable, comerciable o in comerciable. Un mueble puede ser fungible o no, consumible o no consumible, determinado en género o en especie, etc.

63. LAS COSAS CONSAGRADAS AL CULTO DIVINO

Estas cosas, según el art. 586, se regirán por el Derecho Canónico, al cual no nos remitimos, pues su materia excede los fines de este trabajo.

Sin embargo, el uso y goce de las capillas y cementerios, situados en posesiones particulares y accesorios a ellas, pasarán junto con ellas y junto con los ornamentos, vasos y demás objetos pertenecientes a dichas capillas o cementerios, a las personas que sucesivamente adquieran las posesiones en que están situadas, a menos de disponerse otra cosa por testamento o por acto entre vivos (art. 587).

64. CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS SEGÚN QUIEN PUEDA SER SU DUEÑO

Hemos visto que hay cosas en que nadie puede ejercer el derecho de dominio. Tales son las cosas comunes a todos los hombres, que son inapropiables.

Otras cosas pueden ser del dominio de los particulares y son las cosas apropiables y comerciables.

Hay cosas que son apropiables, pero que no pueden pertenecer a los particulares. Estas cosas son in comerciables. Su dominio pertenece a la nación toda: son los bienes nacionales. Dentro de estas cosas que pertenecen a la nación toda las hay unas cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, y que se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Hay bienes nacionales, luego apropiables pero in comerciables, cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, que se llaman bienes del Estado o bienes fiscales, por ejemplo, el local donde funciona un Ministerio si el edificio no es particular (art. 589).

65. BIENES DEL ESTADO O FISCALES

Son los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes (art. 589, inc. final).

66. LAS MI

Las mi
de la C

Los bienes fiscales son los que pertenecen al Estado como sujeto de derecho privado.

Dentro del concepto de bienes fiscales están los que pertenecen a las municipalidades, a los establecimientos públicos, etc. Es decir, los que pertenecen al Estado como sujeto de derecho privado, aunque estén asignados a diversas entidades de derecho público.

Los bienes fiscales están sujetos al derecho privado. Por consiguiente, pueden enajenarse; pueden ganarse por prescripción (art. 2497); los juicios que sobre ellos tengan el Fisco y los particulares se someten al conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia. Todo ello sin perjuicio de que existen diversas disposiciones que reglamentan el régimen de los bienes fiscales y que los sometan a estatutos que, en algo, difieren del estatuto de los bienes de los particulares. Por ejemplo, la Ley de Municipalidades hace inembargables los inmuebles destinados al servicio de una repartición municipal.

Ejemplos de bienes fiscales son:

- a) Las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (art. 590);
- b) Los bienes que caen en comiso;
- c) Las multas;
- d) Los impuestos fiscales y municipales;
- e) Las herencias que corresponden al Fisco por no haber herederos abintestato de mejor derecho (art. 995);
- f) Las nuevas islas que se formen en el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas (art. 597);
- g) En general, los muebles o inmuebles destinados al funcionamiento de un servicio público. Por ejemplo, el Palacio de La Moneda, las bibliotecas públicas, el edificio del Congreso, los artículos de escritorio de las reparticiones públicas.

66. LAS MINAS

Las minas pertenecen al Estado (art. 19 N° 24, incs. 6° y siguientes de la Constitución Política del Estado en relación con las disposicio-

nes transitorias 2ª y 3ª; art. 1º Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras).

A los particulares se les da un derecho real de concesión que se constituye y caduca judicialmente (Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y art. 19 N° 24, inc. 7º de la Constitución).

67. BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

Son aquéllos cuyo dominio pertenece a la nación toda y cuyo uso pertenece, además, a todos los habitantes de la nación, como las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas (art. 589, incs. 1º y 2º).

Los bienes nacionales de uso público constituyen lo que se llama el *dominio público*, que es de características muy particulares, ya que pertenece a la nación toda, y su uso pertenece a todos los habitantes, pero la facultad de disponer de ellos no pertenece a nadie.

68. CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

- a) Su dominio pertenece a la nación toda;
- b) Su uso pertenece a todos los habitantes de la nación;
- c) Nadie puede disponer de ellos, a menos que se hayan desafectado;
- d) Son bienes que están fuera del comercio humano.

No hay disposición alguna que explícitamente diga que los bienes nacionales de uso público están fuera del comercio humano, pero ello resulta del destino de estos bienes y del hecho que según el art. 589 pertenezcan a todos y puedan ser usados por todos. El art. 1105 dice que no vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada, según el art. 585, ni el de cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional o municipal y de uso público.

La C. Suprema ha dicho que los bienes nacionales de uso público están fuera del comercio humano. (40a)

(40a) C.S., R., T. 36, sec. 1º, pág. 52.

69. TU

La t
o fi
Nº 9

El P
Nac
Nº 5

11 d
fiscal

El D
Ofic
y dis

70. DESA

De a
del E
blico

71. DOM

a) L

E

E

lo

S

e

S

p

It

69. TUICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES NACIONALES

La tuición y administración de los bienes nacionales, sean públicos o fiscales, corresponde al Presidente de la República (arts. 24 y 60 N° 9 de la Constitución Política del Estado).

El Presidente ejerce dicha tuición a través del Ministerio de Bienes Nacionales en la forma que dispone el D.L. N° 1.939 de 1977. El D.S. N° 577, del 16 de agosto de 1978, publicado en el Diario Oficial del 11 de octubre de 1978, contiene el Reglamento sobre bienes muebles fiscales.

El D.F.L. N° 789, de 9 de octubre de 1978, publicado en el Diario Oficial del 12 de diciembre de 1978, fija normas sobre adquisición y disposición de bienes municipales.

70. DESAFECTACIÓN DE LOS BIENES NACIONALES

De acuerdo a los arts. 19 N° 23 y 60 N° 9 de la Constitución Política del Estado, tanto los bienes fiscales como los nacionales de uso público se desafectan por ley.

71. DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO*a) La alta mar.*

Es el mar que se extiende más allá del mar territorial.

Es una de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres (art. 585).

Según esa disposición, no es susceptible de dominio. Luego, no es un bien nacional de uso público.

Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el Derecho Internacional (art. 585, inc. 2°).

b) *El mar territorial.*

Es el mar adyacente, hasta la distancia de una legua marina, medida desde la línea de más baja marea.

El mar territorial es un bien nacional de uso público.

En el mar territorial sólo pueden pescar y cazar los chilenos y los extranjeros domiciliados en Chile (art. 611, inc. 1º del Código Civil, y art. 7º de la Ley N° 4.601 sobre Caza Terrestre y Marítima).

c) *Mar adyacente.*

Es el inmediato a la costa.

Como hemos dicho, hasta la distancia de una legua marina es mar territorial. Hasta la distancia de cuatro leguas marinas el Estado puede ejercer el derecho de policía para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales. Es decir, el derecho de policía se ejerce hasta cuatro leguas marinas, pero el derecho de dominio nacional se tiene hasta una legua marina, en ambos casos, medidas desde la línea de más baja marea (art. 593).

Lo dicho es sin perjuicio de que para algunos el dominio nacional se extiende hasta las referidas cuatro leguas marinas, ya que el art. 589, inc. 2º, dice que el mar adyacente es un bien nacional de uso público.

Nosotros estimamos, sin embargo, que prima el art. 593 y que el dominio nacional se extiende sólo al mar territorial.

d) *Zócalo o plataforma continental e insular.*

Es una llanura sumergida que se relaciona estrechamente, y sin notables accidentes, con las tierras emergidas que la ciñen. (40b)

(40b) Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 115.

El 23 de junio de 1947 el Gobierno de Chile hizo una declaración en que confirma y proclama la soberanía nacional sobre el zócalo continental adyacente a las costas continentales o insulares del territorio nacional y en que reivindica todas las riquezas naturales que existen sobre dicho zócalo, en él y bajo él, conocidas o por descubrirse.

En esa declaración proclamó, también, las zonas de protección de caza y pesca marítimas en los mares continentales e insulares dentro del perímetro formado por la costa con una paralela matemática proyectada en el mar a 200 millas marinas, distantes de las costas continentales chilenas y de las costas insulares por todos sus contornos.

e) *Playa del mar.*

Se entiende por playa del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas (art. 594).

Las naves nacionales y extranjeras no podrán tocar ni acercarse a ningún paraje de la playa, excepto a los puertos que para este objeto haya asignado la ley; a menos que un peligro inminente de naufragio, o de apresamiento, u otra necesidad semejante las fuerce a ello; y los capitanes o patrones de naves que de otro modo lo hicieran estarán sujetos a las penas que las leyes y ordenanzas respectivas les impongan. Los naufragos tendrán libre acceso a la playa y serán socorridos por las autoridades locales (art. 604).

Sobre estas materias rige, también, la Ley de Navegación contenida en el D.L. N° 2.222 de 21 de mayo de 1978, publicado en el Diario Oficial el 31 de mayo de 1981.

72. DOMINIO PÚBLICO TERRESTRE

En él se comprende el dominio de las calles, plazas, puentes y caminos públicos.

A este dominio se refieren las disposiciones siguientes:

Artículo 592. *Los puentes y caminos contruidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen no son bienes nacionales, aunque sus dueños permitan su uso y goce a todos.*

Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño.

Artículo 598. *El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación, y cualesquier otros objetos lícitos corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este código y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulgan.*

Artículo 599. *Nadie podrá construir, sin el permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional.*

Artículo 600. *Las columnas, pilastras, gradas, umbrales y cualesquiera otras construcciones que sirvan para la comodidad u ornato de los edificios, o hagan parte de ellos, no podrán ocupar ningún espacio, por pequeño que sea, de la superficie de las calles, plazas, puentes, caminos y demás lugares de propiedad nacional.*

Los edificios en que se ha tolerado la práctica contraria estarán sujetos a la disposición del precedente inciso, si se reconstruyeren.

Artículo 601. *En los edificios que se construyan a los costados de calles o plazas no podrá haber, hasta la altura de tres metros, ventanas, balcones, miradores u otras obras que salgan más de medio decímetro fuera del plano vertical del lindero, ni podrá haberlos más arriba, que salgan de dicho plano vertical, sino hasta la distancia horizontal de tres decímetros.*

Las disposiciones del artículo precedente, inciso 2º, se aplicarán a las reconstrucciones de dichos edificios.

Sobre
mos aq
1976;
en el L
palida

73. DOMINIO

Hoy toda
a los parti
D.F.L. N
Oficial de
Aguas).

El derecho
aguas y c
conformi
Código de

Actualme
incluso la
de cien to
misma he
de aprove
propietari

74. DOMINIO

El Estado
que está
Navegaci
ción Inter
Convenci
7 de dicie

Sobre esta
1979 sobr

Sobre estas materias tratan la Ley General de Construcciones y Urbanismos aprobada por D.S. publicado en el Diario Oficial de 13 de abril de 1976; la Ordenanza General de Construcciones y Urbanismo, publicada en el Diario Oficial de 6 de enero de 1981; la Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el 14 de enero de 1976.

73. DOMINIO PÚBLICO FLUVIAL Y LACUSTRE

Hoy todas las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas (art. 5° del D.F.L. N° 1.122 de 13 de agosto de 1981, publicado en el Diario Oficial de 29 de octubre de 1981, que fijó el texto del Código de Aguas).

El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código de Aguas (art. 6° del Código de Aguas).

Actualmente son bienes nacionales de uso público *todas* las aguas, incluso las de los lagos que no pueden navegarse por buques de más de cien toneladas y las de las vertientes que nacen y mueren en una misma heredad. Sin embargo, en éstas la propiedad de los derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas (art. 20, inc. 2°, del Código de Aguas).

74. DOMINIO PÚBLICO AÉREO

El Estado es dueño del espacio aéreo, esto es, el espacio atmosférico que está sobre su territorio y sus aguas jurisdiccionales (Ley de Navegación Aérea, D.F.L. N° 221 de 15 de mayo de 1931; Convención Internacional de París, suscrita el 13 de octubre de 1919; Convención de Aviación Civil Internacional, suscrita en Chicago el 7 de diciembre de 1944).

Sobre esta materia rige, también, el D.L. N° 2.564 de 21 de marzo de 1979 sobre Aviación Comercial.

75. UTILIZACIÓN DE LOS BIENES NACIONALES

El uso de los bienes nacionales de uso público por los particulares puede ser común o privativo.

a) *Uso común.*

Es el que tienen todos los habitantes, en las mismas condiciones. Por ejemplo, andar por las calles.

La autoridad no puede prohibir el uso común de los bienes nacionales de uso público. Sólo puede reglamentarlo (art. 598).

El límite del uso común de los bienes nacionales de uso público por un particular es el uso que pueden hacer de ellos los otros particulares.

b) *Uso privativo.*

Es el que se otorga a través de los permisos y concesiones.

Importa la reserva exclusiva de una parte del dominio público a una persona determinada.

76. EL PERMISO

Es el acto unilateral de la autoridad por el que se autoriza a un particular para ocupar temporalmente y en su beneficio un bien público. No crea derecho y es precario. Puede ser revocado por la autoridad, sin responsabilidad para ella. Ejemplo de permiso sería el autorizar a una persona para poner en la calle un quiosco para la venta de periódicos. Siempre supone la compatibilidad con el uso del público en general.

77. LA CONCESIÓN

Es una autorización que se otorga a un particular para ocupar, en forma privativa, un bien público, confiriéndole derechos sobre el

bien con
como de
rio (art.
Marítim

a) *Natu*

El ot
es un
un co
derec

b) *Natu*

Algu
cosa

Tiene
sión e
poses

Hay a
públic
nario
bre el
tiene

Tratá
conce

c) *Autor*

Dicha
sión. I
go, tra
la Mu

(40c) C. S., R., T. 4

(40d) C. S., R., T. 1

bien concedido, de carácter contractual, sea en beneficio del público como del concesionario, sea en beneficio exclusivo del concesionario (art. 2º D.F.L. N° 340, de 5 de abril de 1960, sobre Concesiones Marítimas).

a) *Naturaleza jurídica de la concesión.*

El otorgamiento de la concesión y su régimen de funcionamiento es un acto unilateral del Estado. Pero junto con esa situación hay un contrato administrativo por el cual se crean obligaciones y derechos entre el concesionario y la autoridad. (40c)

b) *Naturaleza jurídica del derecho del concesionario.*

Algunos piensan que es un derecho real ya que se ejerce sobre una cosa sin respeto a determinada persona. (40d)

Tiene importancia lo dicho, ya que al considerarse que la concesión es un derecho real, el concesionario puede intentar acciones posesorias para defender la concesión.

Hay autores que creen que sobre los bienes nacionales de uso público la concesión no es un derecho real, sino que el concesionario sólo tiene derecho sobre las obras por él construidas y sobre el aprovechamiento de la cosa pública; pero sobre ésta no tiene ningún derecho real, sino una simple tenencia.

Tratándose de bienes fiscales, los mismos autores creen que la concesión importa un derecho real.

c) *Autoridad competente para otorgar la concesión.*

Dicha autoridad varía según el bien sobre que recaiga la concesión. Normalmente será el Presidente de la República; sin embargo, tratándose de bienes municipales, corresponde concederla a la Municipalidad; tratándose de las playas y terrenos de playa

(40c) C. S., R., T. 44, sec. 1º, pág. 513.

(40d) C. S., R., T. 28, sec. 1º, pág. 556.

fiscales hasta una faja de 80 metros de ancho, corresponde al Ministerio de Defensa (art. 2º D.F.L. Nº 340 sobre Concesiones Marítimas).

d) *Extinción y caducidad de las concesiones y permisos.*

Las concesiones y permisos se extinguen por la llegada del plazo por el que fueron concedidos; por el cumplimiento del objeto para el cual se otorgó el permiso o la concesión; por el retiro del permiso; por el abandono de las obras; por la caducidad de la concesión, esto es, por incumplimiento de las obligaciones del concesionario.

Sobre estas materias rigen los arts. 599 y 602, que dicen:

Artículo 599. Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional.

Artículo 602. Sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo.

Abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo por el ministerio de la ley al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana.

Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado.

Hacemos presente que si el Estado concede la propiedad del suelo de acuerdo al inciso final del art. 602, lo enajena, y para ello requiere de ley que lo autorice.

78. CONCE

Según
derech
arbitra

Es el p
Cuand

La def
expres
go, toc
objeto
cosas i
usufruo

Al deci
de prop
derech
ejerce
cosas i
en la m
propia

Todos
los den

CAPÍTULO II

EL DOMINIO O PROPIEDAD

78. CONCEPTO

Según el art. 582, 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.

Es el poder jurídico más amplio que se puede tener sobre una cosa. Cuando es completo, comprende todos los otros derechos reales.

La definición de nuestro código, debido a la tradición romana, expresa que el dominio se ejerce sobre cosas corporales. Sin embargo, todos los bienes, sean corporales o incorporeales, pueden ser objeto del derecho de dominio. Por eso, el art. 583 dice que sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Al decir el art. 583 que sobre las cosas incorporeales hay una especie de propiedad, no ha querido significar que se trata de una especie de derecho de dominio, de un derecho de dominio distinto al que se ejerce sobre las cosas corporales. Ha usado esa expresión porque las cosas incorporeales no se prestan por su naturaleza para que se ejerzan en la misma forma que en las cosas corporales las facultades que son propias del derecho de dominio.

Todos los bienes incorporeales pueden ser objeto de dominio. No sólo los derechos reales, sino los personales. Así, el vendedor es dueño de

su derecho personal o crédito para que el comprador le pague el precio.

79. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE DOMINIO

a) *Es un derecho absoluto.*

Esto es, su titular puede ejercer sobre la cosa de que es dueño todas las facultades posibles, y tiene poder soberano para usar, gozar y disponer de ella a su arbitrio.

Sin embargo, el poder del propietario sobre la cosa está limitado por la ley y por el derecho ajeno. Además, está limitado por el Derecho Natural. No puede hacer un uso inmoral de la cosa.

Los otros derechos reales son especiales, pues facultan a su titular para aprovecharse de una utilidad o de un conjunto de utilidades de la cosa.

b) *Es un derecho exclusivo.*

Esto significa que supone un titular único (aunque sean muchas personas) facultado para usar, gozar y disponer de la cosa. Las demás personas están obligadas a respetar el ejercicio de sus facultades.

Lo dicho no se opone a que existan sobre la cosa otros derechos reales que el titular de la propiedad debe respetar.

Tampoco se opone a la exclusividad del dominio la copropiedad o condominio, pues lo que se opone a la exclusividad del dominio es que haya dos o más derechos de propiedad independientes. En el condominio cada comunero tiene una parte del mismo derecho de dominio.

c) *Es un derecho perpetuo.*

Es decir, no está sujeto a limitación de tiempo. Dura cuanto dura la cosa en que se ejerce.

80. ATRI

Tradi
domi
de la
jus fr

La fa
referi
inme
lapice

La fa
se apr
los fru
rentas

La fa
destru
de ella

El art.
"gozar
te".

Las fa
agotar

La fac
agotan

Sólo se pierde el dominio cuando alguien, que no es el dueño, posee la cosa y la gana por prescripción adquisitiva.

Sin embargo, nosotros pensamos que la perpetuidad es una característica de la naturaleza del dominio, que puede faltar; no es una característica de su esencia, pues la propiedad fiduciaria puede no ser perpetua, ya que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición (art. 733, inc. 1°).

80. ATRIBUTOS DEL DOMINIO

Tradicionalmente se han distinguido tres atributos o facultades en el dominio: el propietario tiene la facultad de usar, gozar y de disponer de la cosa. Esos atributos o facultades corresponden al *jus utendi*, al *jus fruendi* y al *jus abutendi* de los romanos.

La facultad de usar la cosa consiste en servirse de ella tal cual es, sin referirse a los frutos y sin que su utilización importe la destrucción inmediata de la cosa. Por ejemplo, habitar una casa, escribir con una lapicera.

La facultad de gozar de la cosa es la que habilita para que el dueño se apropie de sus frutos y productos, sea que emanen de ella, como los frutos naturales, o que se obtengan con ocasión de ella, como las rentas de arrendamiento de una cosa.

La facultad de disposición es la que habilita al propietario para destruir materialmente la cosa, para consumirla, y para desprenderse de ella.

El art. 582 comprende las facultades de usar y de gozar en expresión "gozar" y la facultad de disponer en la frase "disponer arbitrariamente".

Las facultades de uso y goce se ejercen por medio de actos que no agotan la cosa o el derecho del dueño y que pueden ser repetidos.

La facultad de disposición se lleva a efecto por medio de actos que agotan la cosa o el derecho del propietario.

Cuando los tres atributos o facultades del dominio se hallan reunidos en un mismo titular, no forman más que un todo que es el derecho de propiedad. Esta es la propiedad plena, absoluta y completa.

Sin embargo, los referidos atributos pueden separarse y se habrá desmembrado el derecho de dominio. Se puede, por ejemplo, conceder a un tercero la facultad de usar y de gozar de la cosa, y ese tercero será un usufructuario. Por eso, el art. 582, en su inciso 2º, dice que la propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

De los tres atributos a que nos hemos referido, el que caracteriza al dominio es el de disposición. Los otros derechos reales autorizan para usar o gozar de la cosa, pero no para destruirla o enajenarla. El usufructuario puede enajenar el derecho de usufructo y, en consecuencia, disponer de él, en cuanto es *dueño* de su derecho de usufructo, pero no está autorizado para disponer de la cosa en que se ejerce el derecho de usufructo.

81. LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN

Como lo hemos dicho, esta facultad comprende no sólo el consumo de la cosa, entendido este consumo en un sentido amplio, es decir, como destrucción material de la cosa y la realización de actos físicos respecto de ella, como su modificación física, su utilización o no utilización, sino la facultad que tiene el titular de un derecho para desprenderse de él, sea por actos entre vivos o por causa de muerte, sea o no en favor de otra persona. Esta última forma de disposición se lleva a efecto por medio de actos jurídicos como la renuncia, el abandono y la enajenación.

La expresión "arbitrariamente" que usa el art. 582 al referirse a la facultad de disposición hay que entenderla como "a arbitrio" del propietario, respetando las leyes y el derecho ajeno. No en el sentido de abusar de la cosa en forma arbitraria.

Hacemos presente que también las facultades de usar y gozar de la cosa pueden llevarse a efecto por medio de actos materiales y jurídicos. El propietario usará la cosa por medio de actos materiales,

cuando
acto jur
actos m
por me

82. LA ENAJENACIÓN

En un se
transfiere
sobre ell

En un se
dominio.

Hay artícu
ción" en s
emplean c
1135, 174

83. SUSPENSIÓN

Esta facultad
puede estar
hombre.

84. CASOS EN QUE SE SUSPENDE LA DISPOSICIÓN DE LA COSA

a) Los derechos
pueden

b) Las cosas
a menos
(art. 146)

c) Tampoco
litiga, si

cuando, por ejemplo, habita en su casa; y la usará por medio de un acto jurídico cuando la dé en comodato. Gozará de ella por medio de actos materiales cuando, por ejemplo, explota su fundo; y la gozará por medio de un acto jurídico cuando la dé en arrendamiento.

82. LA ENAJENACIÓN

En un sentido amplio, enajenación es todo acto en virtud del cual se transfiere el dominio de una cosa o se constituye un derecho real sobre ella en favor de un tercero.

En un sentido restringido, enajenación significa transferencia del dominio.

Hay artículos de nuestro código que emplean la expresión "enajenación" en sentido amplio; por ejemplo, los arts. 2387 y 2414. Otros la emplean en su sentido restringido; por ejemplo, los arts. 144, 393, 1135, 1749 y 1754.

83. SUSPENSIÓN DE LA FACULTAD DE ENAJENAR

Esta facultad que, como hemos dicho, es atributo de la propiedad, puede estar suspendida por disposición de la ley o por la voluntad del hombre.

84. CASOS EN QUE LA FACULTAD DE ENAJENAR ESTÁ SUSPENDIDA POR DISPOSICIÓN DE LA LEY

- a) Los derechos personalísimos, como los de uso y habitación, no pueden enajenarse (arts. 819 y 1464 N° 2);
- b) Las cosas embargadas por decreto judicial no pueden enajenarse a menos que el juez lo autorice o que el acreedor consienta en ello (art. 1464 N° 3);
- c) Tampoco pueden enajenarse las especies sobre cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio (art. 1464 N° 4).

85. CASOS EN QUE SE SUSPENDE LA FACULTAD DE ENAJENAR POR VOLUNTAD DEL HOMBRE

- a) El constituyente de la propiedad fiduciaria puede prohibir su enajenación por acto entre vivos (art. 751);
- b) El donante puede prohibir la enajenación, por acto entre vivos, de las cosas donadas (art. 1432);
- c) El constituyente podrá prohibir al usufructuario ceder su usufructo (art. 793, inc. 3°).

86. FACULTAD Y CAPACIDAD DE DISPOSICIÓN

- a) *La facultad de disposición* es el poder para disponer de un determinado derecho, para desprenderse de él.
- b) *La capacidad de disposición* es la aptitud legal para disponer de un derecho, libremente, sin el ministerio o la autorización de otro. Es la capacidad de ejercicio (art. 1445, inc. 2°).

87. REQUISITOS PARA QUE LA DISPOSICIÓN DE UNA COSA PRODUZCA PLENO EFECTO

- a) El que dispone debe ser titular del derecho de que dispone;
- b) El que dispone debe tener capacidad de ejercicio;
- c) El derecho de que se dispone debe ser apto para que su titular se desprenda de él. Por ejemplo, no es apto el derecho de uso para que el titular lo enajene a un tercero.

88. RENUNCIABILIDAD DE LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN

Hay una serie de disposiciones de nuestro código que desconocen el valor o los efectos de las cláusulas de no enajenar. Así, el art. 1126 dice que si se lega una cosa con calidad de no enajenarla y la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita. El pacto de no enajenar la cosa

arret
nece
grav
cualc
Hay
de no
prohi
en las
derecl
Much
del de
que la
pactos
que la
Argum
da a ent
no habi
Para lo
enajena
contrav
1810.
Para otr
la ley la
a) Porq
prohi
b) El he
demu
c) Si el c
enajer

(41) Claro Solar, I

arrendada sólo tiene el efecto de facultar al arrendatario para permanecer en el arriendo hasta su terminación (art. 1964). Los bienes gravados con hipoteca pueden siempre enajenarse, no obstante cualquier estipulación en contrario (art. 2415).

Hay otras disposiciones que, expresamente, permiten las cláusulas de no enajenar. El constituyente de la propiedad fiduciaria puede prohibir su enajenación (art. 751). Lo mismo sucede con el donante en las donaciones entre vivos (art. 1432). El constituyente de un derecho de usufructo puede prohibir su enajenación (art. 793, inc. 3°).

Muchos autores estiman que la facultad de enajenar es de la esencia del derecho de propiedad. Creen, en consecuencia, que las normas que la establecen son de orden público y que, por consiguiente, los pactos en que se renuncie a ella adolecen de nulidad absoluta, salvo que la ley los permita. (41)

Argumentan, además, haciendo ver que el Mensaje del código así lo da a entender. Agregan que si fueran válidos esos pactos, el legislador no habría tenido que permitirlos en algunos casos.

Para los autores a que nos estamos refiriendo, las cláusulas de no enajenar adolecen de objeto ilícito y son nulas absolutamente por contravenir normas de orden público, particularmente los arts. 582 y 1810.

Para otros autores, las cláusulas de no enajenar son válidas, salvo que la ley las prohíba por las razones siguientes:

- a) Porque en derecho privado puede hacerse todo lo que no está prohibido por la ley;
- b) El hecho de que el legislador las prohíba en ciertos casos demuestra que la regla general es que están permitidas;
- c) Si el dueño puede disponer de todas las facultades del dominio al enajenar la cosa, con mayor razón podrá disponer de algunas de

(41) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. VI, págs. 339 y sigs.

PONTEFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
 SISTEMA DE BIBLIOTECAS

ellas, como es la facultad de enajenar o disponer de la cosa. Quien puede lo más, puede lo menos;

- d) El Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces establece en el art. 53 N° 3 que puede inscribirse toda prohibición referente a inmuebles, sea *convencional*, legal o judicial que entrañe de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar.

Para estos autores, la contravención a la prohibición de enajenar pactada en un contrato constituye la infracción de una obligación de no hacer, cuyo incumplimiento se resuelve en indemnizar los perjuicios conforme los prescribe el art. 1555.

A pesar de que encontramos que ambas posiciones tienen argumentos valederos, nos inclinamos por la de los que piensan que las cláusulas de no enajenar pueden estipularse cuando la ley no las ha prohibido y que su infracción se traduce en la de indemnizar perjuicio por haberse incumplido una obligación de no hacer.

89. CONTENIDO PASIVO DEL DERECHO DE DOMINIO

Está constituido por las obligaciones reales, es decir, las que afectan al propietario o poseedor por el solo hecho de serlo. El deudor de las obligaciones reales es la persona que es propietaria o poseedora de la cosa. Estas obligaciones son transmisibles a los herederos.

Sin pretender hacer una enumeración completa de ellas, mencionaremos las siguientes:

- a) La que tiene el propietario de contribuir en las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento de la cosa de que es dueño (art. 858);
- b) La que tiene el codueño de una cerca viva de derribar los árboles medianeros si causan daño a otro codueño (art. 859);
- c) La que tiene el dueño de un árbol que extienda sus ramas sobre el suelo ajeno o penetrar en él con sus raíces, de cortar las ramas y de permitir el corte de las raíces (art. 942);

d) La q
las e
gada
por l
de e

e) La q
arrie

f) Las
derec

g) El us
la pla
tierra
vos (d

h) La ob
de pe
620);

i) Las o
navig

j) Las n
partic
bién c
observ
y la of
ción;

k) La ob
casa p
corrien
941, in

l) La ob
terren
distan
menos

- d) La que tiene el propietario de un piso o departamento, de pagar las expensas comunes de su piso o departamento, aun las devenidas antes de su adquisición, siempre que el edificio esté regido por la Ley N° 6.071 sobre Pisos y Departamentos (art. 6°, inc. 1° de esa ley);
- e) La que tiene el adquirente de una cosa arrendada de respetar el arriendo en los casos del art. 1962;
- f) Las servidumbres legales constituyen un aspecto pasivo del derecho de dominio que se tiene sobre el predio sirviente;
- g) El uso que pueden hacer los pescadores de las tierras contiguas a la playa, y la prohibición que la ley impone al dueño de dichas tierras para poner cercas, hacer edificios, construcciones o cultivos (arts. 613 y 614);
- h) La obligación de no prohibir al dueño de una colmena el derecho de perseguirla en tierras que no estén cercadas ni cultivadas (art. 620);
- i) Las obligaciones que establece el Código de Aguas para la navegación o flote a la sirga;
- j) Las normas que establecen las ordenanzas generales o locales, particularmente la Ordenanza General de Construcción. También constituyen un aspecto pasivo del derecho de dominio la observancia de las referidas ordenanzas a que refiere al art. 856 y la observancia de la ley General de Construcción y Urbanización;
- k) La obligación correlativa al derecho que tiene el dueño de una casa para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua, o materias húmedas que puedan dañarla (art. 941, inc. 1°);
- l) La obligación correlativa al derecho que tiene el dueño de un terreno o edificio para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros, o a la que el juez

determine si se trata de árboles que extiendan sus raíces a gran distancia (art. 941, incs. 2º y 3º);

- m) La Ley General de Ferrocarriles establece una serie de obligaciones y servidumbres respecto de los predios colindantes a la línea de ferrocarril;
- n) Las restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente (art. 19 N° 8º de la Constitución);
- ñ) Las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad y que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Y las que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de las minas (art. 19 N° 24 de la Constitución);
- o) La Ley de Navegación Aérea establece algunas restricciones respecto de la construcción de edificios a cierta distancia de los aeródromos.

90. LIMITACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

De acuerdo con el art. 582, el derecho de dominio, a pesar de ser absoluto, no puede ejercerse contra ley o contra derecho ajeno.

Las limitaciones relativas al derecho ajeno no constituyen un desconocimiento del derecho de propiedad. Se establecen en interés recíproco de los propietarios, que el estado de sociedad hace indispensables.

Las principales limitaciones del derecho de propiedad son:

- a) Las obligaciones reales a que nos hemos referido en número anterior;
- b) El abuso del derecho;
- c) Las establecidas en el art. 732, esto es, la propiedad fiduciaria, el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres.

91. LA VE

Algunos vecinos

Para cuasidominancia de su lo mis

Otros creen ley im veces,

92. EL ABU

Hay ab contrar utilidad causar que tie aviso d

El abus el inter

Cosa di de una

Constit Código pozo p menosc ello no con el p

(42) Ver Claro

(43) C. Valpara

91. LA VECINDAD

Algunas de las obligaciones reales que establece la ley resultan de la vecindad de los inmuebles.

Para Pothier, el fundamento de esas restricciones está en el cuasicontrato de vecindad que obliga a los vecinos a usar cada uno de su heredad, de manera que no dañe a su vecino. Planiol sostiene lo mismo.

Otros autores niegan la existencia del cuasicontrato de vecindad y creen que las obligaciones no son otra cosa que restricciones que la ley impone a los propietarios por el solo hecho de serlos y que, a veces, califica de servidumbres. (42)

92. EL ABUSO DEL DERECHO

Hay abuso del derecho cuando los actos que importa su ejercicio son contrarios a los fines económicos o sociales del mismo, o cuando, sin utilidad para el titular del derecho, se realizan principalmente para causar mal a otro. Por ejemplo, una persona que compra un automóvil que tiene algunos defectos pone un aviso para venderlo y en dicho aviso desprestigia al fabricante. (43)

El abuso del derecho pone en pugna el derecho de una persona con el interés de otra.

Cosa distinta es la colisión de derechos en que hay pugna del derecho de una persona con el derecho de otra.

Constituye colisión de derechos el caso a que se refiere el art. 56 del Código de Aguas que permite a cualquiera cavar en suelo propio pozo para bebida y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos.

(42) Ver Claro Solar, Luis; ob. cit., T. VI.

(43) C. Valparaíso, Sentencia de 28 de mayo de 1925.

La sanción al abuso del derecho es la indemnización de perjuicios y la cesación o atenuación del mismo. El fundamento de esta sanción no hay que buscarlo en el delito o cuasidelito civil, como se ha hecho, sino en el espíritu general de la legislación y en la equidad natural (art. 170 del Código de Procedimiento Civil).

Hay ciertos derechos, sin embargo, que pueden ejercerse libremente, en forma discrecional. Son los derechos absolutos.

Ejemplos de derechos absolutos serían los siguientes:

- a) El que tienen ciertos ascendientes para dar o negar el asenso o licencia para el matrimonio de un descendiente (art. 112, inc. 1°);
- b) El derecho de testar y de disponer de la porción de libre disposición;
- c) El derecho del comunero para pedir la división de las cosas comunes (art. 1317).

93. POSICIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA FRENTE AL DERECHO DE PROPIEDAD. SU FUNCIÓN SOCIAL

Tradicionalmente, la Iglesia Católica ha enseñado que el dominio privado es de derecho natural. León XIII, en su Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de mayo de 1891, dice que poseer algo en privado como propio es un derecho dado al hombre por la naturaleza (pág. 22). Agrega que lo mismo sancionó la autoridad de las leyes divinas, que prohíben gravemente hasta el deseo de lo ajeno:

"No desearás la mujer de tu prójimo; ni la casa, ni el campo, ni la esclava, ni el buey, ni el asno, ni nada de lo que es suyo (DT5, 21, pág. 25)".

Sostiene que "el derecho de poseer bienes en privado no ha sido dado por la ley, sino por la naturaleza y, por lo tanto, la autoridad pública no puede abolirlo, sino solamente moderar su uso y compaginarlo con el bien común. Procedería, por consiguiente, de una manera injusta e inhumana si exigiera de los bienes privados más de lo que es justo bajo razón de tributos" (pág. 47). Concluye: "de todo lo cual se sigue claramente que

debe
la pr
soco.
las fu
plant
de te
serva
Anno
do y
invio
al Es

La E
de pr
un va
raleza
cieda
de la s
tran
la pro
total
tales.
su ga

Como se
de propi

Sin emb
la funció

Las encí
derecho
individu

Así, la E
se hall
servir a l

La Encí
privadar

debe rechazarse de plano esa fantasía del socialismo de reducir a común la propiedad privada, pues daña a esos mismos a quienes se pretende socorrer, repugna a los derechos materiales de los individuos y perturba las funciones del Estado y la tranquilidad común. Por lo tanto, cuando se plantea el problema de mejorar la condición de las clases inferiores, ha de tener como fundamento el principio de que la propiedad ha de conservarse inviolable" (pág. 47). Pío XI, en la Encíclica *Quadragésimo Anno*, expresa: "Es necesario que el derecho natural de poseer en privado y de transmitir los bienes por herencia permanezca siempre intacto e inviolable, no pudiendo quitarlo el Estado, porque el hombre es anterior al Estado" (pág. 81).

La Encíclica *Mater et Magistra* en su página 159 expresa: "El derecho de propiedad privada, aun en lo tocante a los bienes de producción, tiene un valor permanente, ya que es un derecho contenido en la misma naturaleza, la cual nos enseña la prioridad del hombre individual sobre la sociedad civil y, por consiguiente, la necesaria subordinación teleológica de la sociedad civil al hombre. Además, la historia y la experiencia demuestran que en los regímenes políticos que no reconocen a los particulares la propiedad, incluida la de los bienes de producción, se viola o suprime totalmente el ejercicio de la libertad humana en las cosas más fundamentales, lo cual demuestra con evidencia que el ejercicio de la libertad tiene su garantía y al mismo tiempo su estímulo en el derecho de propiedad".

Como se puede ver, la Iglesia ha sostenido y sostiene que el derecho de propiedad privada es de derecho natural.

Sin embargo, la Iglesia, y cada vez en forma más acentuada, destaca la función social de la propiedad.

Las encíclicas *Rerum Novarum* y *Quadragésimo Anno* distinguen el derecho de propiedad de su ejercicio. El dominio tiene una índole individual y una social, que es su ejercicio.

Así, la Encíclica *Rerum Novarum* en su N° 7 dice que a pesar de que se halle repartida entre los particulares, la tierra no deja por ello de servir a la común utilidad de todos.

La Encíclica *Mater et Magistra* expresa que el derecho de poseer privadamente bienes, incluidos los de carácter instrumental, lo

confiere a cada hombre la naturaleza, y el Estado no es dueño en modo alguno de abolirlo, y como la propiedad privada lleva naturalmente intrínseca una función social, por eso quien disfruta de tal derecho debe necesariamente ejercitarlo para beneficio propio y utilidad de los demás (pág. 135).

La misma encíclica, en su página 141, agrega que el derecho de propiedad privada sobre los bienes se basa en el propio derecho natural; pero, según el orden establecido por Dios, el derecho de propiedad privada no puede en modo alguno constituir un obstáculo para que sea satisfecha la indestructible exigencia de que los bienes creados por Dios para provecho de todos los hombres lleguen con equidad a todos, de acuerdo con los principios de la justicia y la caridad.

En un radiomensaje de Pío XII de septiembre de 1944 se señala que, al defender la Iglesia el principio de la propiedad privada, persigue un alto fin ético-social. No pretende sostener pura y simplemente el actual estado de cosas, como si viera en él la expresión de la voluntad divina; ni proteger por principio al rico y al plutócrata contra el pobre e indigente. Todo lo contrario, la Iglesia mira sobre todo a lograr que la institución de la propiedad privada sea lo que debe ser, de acuerdo con los designios de la divina sabiduría y con lo dispuesto por la naturaleza.

Juan XXIII, en la Encíclica *Mater et Magistra*, manifiesta:

"Pero nuestros predecesores han enseñado también de modo constante el principio de que al derecho de propiedad privada le es intrínsecamente inherente una función social. En realidad, dentro del plan de Dios Creador, todos los bienes de la tierra están destinados, en primer lugar, al decoroso sustento de todos los hombres" (pág. 162).

Por lo demás, León XIII ya había dicho en *Rerum Novarum* que a pesar de que se halle repartida entre los particulares, la tierra no deja por ello de servir a la común utilidad de todos. Los que han recibido de Dios mayor abundancia de bienes, ya sean corporales o externos, ya internos y espirituales, los han recibido para que con ellos atiendan a su propia perfección y, al mismo tiempo, como ministro de la divina Providencia, al provecho de los demás. Por lo tanto, el que tenga

talento
demasi
oficio
prójimo

En la E
del Sag
privada
a Jesuc
los bien
alleguéi
donde l
donde n
ni roban
negada
"cuánta
mí me l

La encíc
da no cor
hay ning
la propia
palabra:
detrimen
Padres d
conflicto
comunita
una soluc
grupos se

La Consti

"Dios l
hombre
todos es
de la co
a las is
diversa
de los b
exterior

talento, cuide de no callar; el que abunde en bienes, cuide de no ser demasiado duro en el ejercicio de la misericordia; quien posee un oficio de qué vivir, afánese en compartir su uso y utilidad con el prójimo.

En la Encíclica Mater et Magistra, Juan XXIII dice que la autoridad del Sagrado Evangelio sanciona, sin duda, el derecho de propiedad privada de los bienes, pero, al mismo tiempo, presenta con frecuencia a Jesucristo ordenando a los ricos que cambien en bienes espirituales los bienes materiales que poseen, y los den a los necesitados: "No alleguéis tesoros en la tierra, donde la polilla y el orín los corroen y donde los ladrones horadan y roban. Atesorad tesoros en el cielo, donde ni la polilla ni el orín corroen y donde los ladrones no horadan ni roban". Y el divino Maestro declara que considera como hecha o negada a sí mismo la caridad hecha o negada a los necesitados: "cuántas veces hicisteis eso a uno de éstos mis hermanos menores, a mí me lo hicisteis" (pág. 163).

La encíclica Popolorum Progressio expresa que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. No hay ninguna razón para reservarse en uso exclusivo lo que supera a la propia necesidad cuando a los demás les falta lo necesario. En una palabra: "el derecho de propiedad no debe jamás ejercitarse con detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y de los grandes teólogos". Si se llegase al conflicto "entre los derechos privados adquiridos y las exigencias comunitarias primordiales", toca a los poderes públicos "procurar una solución con la activa participación de las personas y de los grupos sociales" (págs. 338 y 339).

La Constitución Gaudium et Spes expresa:

"Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos. En consecuencia, los bienes creados deben llegar a todos en forma equitativa bajo la égida de la justicia y con la compañía de la caridad. Sean las que sean las formas de la propiedad, adaptadas a las instituciones legítimas de los pueblos según las circunstancias diversas y variables, jamás debe perderse de vista este destino universal de los bienes. Por tanto, el hombre, al usarlos, no debe tener las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino

también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás. Por lo demás, el derecho a poseer una parte de bienes suficientes para sí mismo y para sus familias es un derecho que a todos corresponde. La misma propiedad privada tiene también, por su naturaleza, una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes. Cuando esta índole social es descuidada, la propiedad muchas veces se convierte en ocasión de ambiciones y graves desórdenes, hasta el punto de que se da pretexto a sus impugnadores para negar el derecho mismo" (págs. 463 y 464).

Juan Pablo II, en su Encíclica Laborem Exercens, dice: "La Encíclica Rerum Novarum, que tiene como tema la cuestión social, pone el acento también sobre este problema (el de la propiedad), recordando y confirmando la doctrina de la Iglesia sobre la propiedad, sobre el derecho a la propiedad privada, incluso cuando trata de los medios de producción. Lo mismo ha hecho la Encíclica Mater et Magistra. El citado principio (el de la propiedad), tal y como se recordó entonces y como todavía es enseñado por la Iglesia, se aparta radicalmente del programa del colectivismo, proclamado por el marxismo y realzado en diversos países del mundo en los decenios siguientes a la época de la Encíclica de León XIII. Tal principio se diferencia al mismo tiempo del programa del capitalismo, practicado por el liberalismo y por los sistemas políticos que se refieren a él. En este segundo caso, la diferencia consiste en el modo de entender el derecho mismo de propiedad. La tradición cristiana no ha sostenido nunca este derecho como absoluto e intocable. Al contrario, siempre lo ha entendido en el contexto más amplio del derecho común de todos a usar los bienes de la entera creación: el derecho a la propiedad privada como subordinado al derecho al uso común, al destino universal de los bienes" (Nº 14).

El mismo Juan Pablo II, en el discurso inaugural que pronunció en el Seminario Palafoxiano de Puebla, confirmó esta idea al decir que sobre toda propiedad privada grava una "hipoteca social".

La Constitución Política del Estado también reconoce la función social de la propiedad. El inciso 2º del Nº 24 de su art. 19 expresa:

"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. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales

de
y l

Sólo p
razón
propie
facult

El inci
Estad
superf
facilita
Es dec
razón c

94 PROTEC

Ademá
acción
dicatori
para pre

Por de p
el art. 19
el derec
bienes c

Sólo la l
gozar y d
de su fun

Nadie pu
sobre qu
del domi
expropia
calificad
establece
expropial

de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

Sólo por causa de utilidad pública o de interés nacional, es decir, en razón de su función social, puede privarse a una persona de la propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio.

El inciso 6° del N° 19 del art. 24 de la Constitución establece que el Estado tiene el dominio de las minas e impone a los predios superficiales las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas. Es decir, impone a los dueños ciertas limitaciones y obligaciones en razón de la función social de la propiedad.

94 PROTECCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO

Además de estar protegido el titular del derecho de dominio por la acción real que nace de este derecho, es decir, por la acción reivindicatoria, la Constitución Política establece una serie de medidas para proteger el derecho de dominio.

Por de pronto, constituye una garantía constitucional lo que dispone el art. 19 N° 24 de la Constitución, que asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El mismo art. 19 N° 24 de la Constitución establece que el expropiado puede reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y que siempre tiene

derecho a la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado. Señala más adelante la forma de fijar la indemnización.

Según el mismo artículo, la toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. Agrega que, en caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

El art. 20 de la Constitución establece el recurso de protección que se traduce respecto del dominio en el derecho que tiene el propietario para ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, cuando por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de su derecho de propiedad. La Corte adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

El N° 26 del art. 19 de la Constitución garantiza a todas las personas la seguridad de que los preceptos legales que por mandato suyo regulen o complementen las garantías que establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impiden su libre ejercicio.

Por último, el N° 8 del art. 41 de la Constitución prescribe que las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño.

95. CLASIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD

La propiedad puede clasificarse atendiendo a varios puntos de vista: según su extensión, según su titular, según su objeto.

1° Según

a)

b)

c)

d)

2° Según

a)

b)

3° Según

a)

b)

Esta prop

Estas ley

N° 958 de

N° 242,

publicad

Interame

sobre De

1° Según su extensión, se clasifica en:

- a) *Propiedad plena*, es la que autoriza a su titular para ejercer todas las facultades del dominio (usar, gozar y disponer).
- b) *Nuda o mera propiedad*, es aquella en que el titular está despojado de las facultades de usar y gozar de la cosa (art. 582, inc. 2°).
- c) *Propiedad absoluta*, es la que no está sujeta a condición alguna en cuanto a su término o duración.
- d) *Propiedad fiduciaria*, es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición (art. 733, inc. 1°).

2° Según su titular, la propiedad se clasifica en:

- a) *Propiedad individual*, es aquella en que su titular es una sola persona.
- b) *Copropiedad o condominio*, es la que tiene por titular a varias personas.

3° Según su objeto, la propiedad se clasifica en:

- a) *Civil*, es la que reglamenta el Código Civil.
- b) *Intelectual e industrial*, es la que está constituida por las producciones del talento o del ingenio de sus autores (art. 583, inc. 1°).

Esta propiedad se rige por leyes especiales (art. 583, inc. 2°).

Estas leyes son la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual; el D.L. N° 958 de 1931 sobre propiedad industrial, modificado por el D.F.L. N° 242, de 30 de marzo de 1960, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de 6 de abril de 1960; la Convención Interamericana sobre Derecho de Autor y la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

96. EXTENSIÓN OBJETIVA O ESPACIAL DE LA PROPIEDAD

El problema de la extensión objetiva del dominio se presenta en relación con los inmuebles.

- a) En el *plano horizontal* no hay problema, se determina por los deslindes. Si ellos no existen o no están correctamente fijados, la ley establece el procedimiento para la demarcación (arts. 842 y 843).
- b) Sobre el *espacio aéreo* no existe disposición alguna que en forma expresa determine el derecho del propietario del suelo.

Hay quienes sostienen que los artículos 931 y 941 dan al propietario del suelo derecho al espacio aéreo, ya que declara, el primero, especialmente denunciable toda obra voladiza que atraviesa el plano vertical de la línea divisoria de dos predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él. El art. 942, al que ya nos hemos referido, establece, por su parte, que si un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas.

Para algunos autores, el dueño del suelo tiene derecho sobre el espacio aéreo hasta la altura que sea útil para el uso del inmueble.

Por último, recordemos que hay autores que sostienen que el espacio aéreo no es un bien susceptible de dominio, ya que sólo tiene interés y utilidad desde que deja de ser tal mediante una construcción o plantación que viene a ocuparlo.

En todo caso, estimamos que el dueño del suelo tiene derecho para edificar, plantar y utilizar el suelo usando el espacio aéreo que hay sobre él.

- c) Respecto del *subsuelo*, tampoco hay disposiciones que se refieran a él. Sin embargo, puede estimarse que el dueño del suelo lo es del subsuelo, ya que al construir, sembrar o plantar en el suelo ocupa el subsuelo. El art. 942 establece que si un árbol penetra con sus raíces en suelo ajeno, el dueño de éste puede cortarlas.

El dominio del suelo y del subsuelo implica el dominio de sus partes integrantes. Sin embargo, el art. 591 y el art. 19 N° 24 de la Constitución establecen el dominio del Estado sobre los minerales, sin perjuicio de que pueden otorgarse a su respecto derechos de concesión para su explotación, que tienen el carácter de derechos reales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA
SISTEMA DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO III

LA COMUNIDAD Y LA COPROPIEDAD

97. NOMBRES CON LOS QUE SE LES DESIGNA

Diversos autores consideran que los términos copropiedad, condominio, indivisión, proindivisión, comunidad y propiedad colectiva son sinónimos.

Nosotros pensamos que pueden considerarse sinónimos los términos copropiedad, condominio y propiedad colectiva, pero que no lo son respecto de los términos comunidad, indivisión y proindivisión. Creemos que estos tres últimos son sinónimos entre sí.

La comunidad o indivisión o proindivisión es el género, siendo una de sus especies la copropiedad o condominio o propiedad colectiva.

En nuestro concepto hay comunidad cuando dos o más personas se hallan respecto de una cosa en la misma situación jurídica, cuando tienen el mismo derecho sobre la misma cosa o son poseedores o tenedores a un tiempo de la misma cosa.

Lo que la caracteriza es que los derechos, o situaciones de los comuneros sean análogos; por eso no hay comunidad entre el nudo propietario y el usufructuario, aunque sus derechos recaigan sobre la misma cosa.

Existe, en consecuencia, comunidad respecto del dominio, de la posesión o de la tenencia. Si dos personas adquieren el dominio de

la misma cosa, son copropietarios. Si poseen o tienen la misma cosa, son coposeedores o cotenedores.

Sin embargo, se acostumbra a llamar comunidad a la que recae sobre una universalidad, y copropiedad a la que recae sobre una cosa singular.

98. CONCEPTO DE COPROPIEDAD

Claro Solar la define como "el derecho de propiedad de dos o más personas sobre una sola y misma cosa, proindiviso y que corresponde a cada una de ellas en una parte alícuota, ideal o abstracta". (44)

Sánchez Román define al condominio como "el derecho de dominio común que tienen dos o más personas en una parte espiritual de una cosa no dividida materialmente". (45)

Para Planiol y Ripert, "una cosa perteneciente a varios copropietarios está en la indivisión cuando el derecho de cada copropietario afecta sobre el conjunto y no sobre una porción determinada de la cosa común". (46)

Bello no definió la copropiedad, pero se refiere a la comunidad en los artículos 2304 al 2313 al tratar el cuasicontrato que lleva ese nombre, y en el Libro III, al referirse a la herencia y a su partición (arts. 1317 y siguientes). Hay, además, diversas disposiciones que se refieren a la copropiedad o a la comunidad, como son los arts. 662 inc. final, 663, 718, 742, 772, 846, 851, 992, etc.

Nos parece que para Bello los términos comunidad y copropiedad no son sinónimos desde que se refiere a la posesión proindiviso en el art. 718. Para él, también, la comunidad o indivisión es el género y la copropiedad una especie de comunidad.

(44) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. VI, pág. 503.

(45) Citado por Somarriva Undurraga, Manuel, *Indivisión y Partición*, 2ª edición, 1956, T. I, pág. 26.

(46) Id.

99. ORIGEN

Bello, al tratar la

Para lo de prop codueñ pero el no se r cada ut expresa entre el del don

La nove Roman como u cada bi herenci todos lo los bien

Además dominio predios, bien, en con su c adquiri

Para no se adjud inmedia

La com de la pr y la eser

(47) C. S., R., T

99. ORIGEN HISTÓRICO Y CONTENIDO DE LA COMUNIDAD

Bello, a través de Pothier, se inspiró en el Derecho Romano para tratar la comunidad y, por ende, la copropiedad.

Para los romanos las cosas comunes se hallan indivisas y el derecho de propiedad sobre ellas está dividido. Por ejemplo, si A y B son codueños, por partes iguales, de un fundo, éste se encuentra indiviso, pero el derecho de dominio sobre él se halla dividido por mitades que no se radican en ninguna parte determinada del fundo. La parte de cada uno no es una parte material, sino una parte alícuota que se expresa por una cifra. El derecho de propiedad es lo que está dividido entre ellos; la cosa está indivisa, pero cada comunero tiene una cuota del dominio en cada cosa que integra la comunidad.

La novedad que introdujo nuestro código en relación con el Derecho Romano es que cuando la comunidad recae sobre una universalidad, como una herencia, cada comunero no es dueño de ninguna cuota en cada bien de la herencia, sino que es dueño de su derecho real de herencia, que es una cuota del patrimonio del causante. Además, todos los herederos en conjunto son dueños de todos y cada uno de los bienes de la herencia.

Además, en Roma, la adjudicación era un título translativo de dominio. Si dos personas heredaban a otra que era dueña de dos predios, y cada una de ellas se adjudicaba un predio, adquiriría ese bien, en parte por sucesión por causa de muerte y en parte por permuta con su comunero que se adjudicaba el otro predio y que, a su vez, lo adquiriría de la misma manera.

Para nosotros, la adjudicación es declarativa y cuando un comunero se adjudica un bien, se entiende que lo adquirió del causante en forma inmediata y exclusiva (arts. 1344 y 718). (47)

La comunidad es en nuestro derecho un simple estado o modo de ser de la propiedad, de la posesión o de la tenencia, porque el concepto y la esencia de la comunión se halla en la relación que varias personas

(47) C. S., R., T. 39, sec. 1ª, pág. 12; C. S., R., T. 36, sec. 1ª, pág. 254.

tienen a la vez sobre la misma cosa. Las únicas diferencias que hay entre la propiedad y la copropiedad están en el sujeto, que es singular en la primera y múltiple en la segunda, y en el objeto, que es determinado en la propiedad e indeterminado, por su indivisión, en la copropiedad.

La doctrina seguida por nuestro código ha sufrido fuertes críticas por individualista y porque constituye, según los autores que así piensan, una inconsecuencia jurídica. Sostienen que el derecho de propiedad es un derecho absoluto, exclusivo, que permite al titular obtener del bien el máximo de utilidades, usar, gozar y disponer de él aun arbitrariamente y semejantes características no pueden encontrarse en la copropiedad, donde el derecho de cada comunero sobre la cosa común está limitado por el derecho que también corresponde a los demás copartícipes (48). Estos autores consideran preferible la concepción germánica de la copropiedad, es decir, la copropiedad en mano común o "gesammte hand", sobre la que no abundaremos, por no haber sido aceptada en nuestro derecho. (49)

100. CONSECUENCIAS DEL CONCEPTO DE COPROPIEDAD QUE TIENE NUESTRO CÓDIGO

- a) Como cada comunero no tiene sobre la cosa común un derecho radicado en ninguna parte de ella, no puede transferir su dominio ni gravarla antes de su división.

Si lo hace, la enajenación o gravamen se entiende que lo es de su cuota y subsistirá si la cosa le es adjudicada. Si no se le adjudica, quiere decir que enajenó una cosa ajena y que su gravamen caduca (arts. 1344, 2417 y 718).

- b) Pero como el comunero es dueño o poseedor de su cuota, puede enajenarla o gravarla. Así, el heredero puede ceder su derecho de herencia (arts. 1909 y siguientes), puede vender su cuota (art. 1812), puede hipotecarla (art. 2417).

(48) Jossierand, Louis, citado por Somarriva U., Manuel, *Indivisión y Partición*, ob. cit., pág. 30.

(49) C. S., R., T. 53, sec. 1ª, pág. 217.

- c) Los comuneros, conjuntamente, pueden enajenar la cosa común, y esto aunque la comunidad recaiga sobre una universalidad, pues todos los comuneros, conjuntamente, son dueños de todos y cada uno de los bienes comunes.

101. CARACTERÍSTICAS DE LA COPROPIEDAD. DIFERENCIAS CON LA SOCIEDAD

- a) Como lo hemos dicho, los interesados tienen en la cosa en que recae la comunidad un mismo y análogo derecho, las mismas e idénticas facultades sobre la totalidad de la cosa en que todos ellos son dueños o poseen proindiviso.

En eso la copropiedad se diferencia del usufructo, por ejemplo, en que los derechos del nudo propietario y del usufructuario son distintos.

- b) *La copropiedad no es persona jurídica.* En esto se diferencia de la sociedad que lo es (art. 2053).

Por la característica indicada, la copropiedad no tiene un domicilio particular diferente del de los comuneros.

La comunidad no es en sí capaz o incapaz. La sociedad tiene capacidad propia, independiente de la de sus socios.

La comunidad no tiene un patrimonio particular; los bienes que la forman están incorporados en el patrimonio de los comuneros por su cuota ideal o abstracta. La sociedad tiene un patrimonio particular, distinto del de los socios.

La sociedad tiene sus propios acreedores y deudores. No existen, en cambio, acreedores y deudores de la comunidad, sino de los comuneros.

Los acreedores personales de los socios no pueden embargar los bienes de la sociedad, ni aun aquellos que han aportado a ella (art. 380 del Código de Comercio). Sólo pueden embargar el interés que el socio tenga en la sociedad, para hacerlo efectivo al disolverse ésta, o el derecho a los frutos y beneficios de la sociedad. Los acreedores

de los comuneros pueden embargar su cuota, pero ningún bien en particular.

La sociedad puede ser declarada en quiebra. La comunidad no puede serlo, salvo que se trate de indivisión hereditaria si la causal de quiebra se produjo antes de la muerte del causante y se pide dentro del año siguiente a dicha muerte (art. 45 de la Ley de Quiebras).

La sociedad tiene representante legal para comparecer en juicio (art. 8º del Código de Procedimiento Civil). La comunidad, lógicamente, no tiene representante legal por no ser persona. Sólo pueden ser demandados los comuneros.

La sociedad es siempre un contrato. La comunidad puede tener diferentes orígenes, uno de los cuales puede ser el contrato, como veremos más adelante.

Se puede estipular que una sociedad dure por largo tiempo o indefinidamente. El pacto de indivisión de la comunidad no puede ser por más de cinco años.

En la sociedad de personas un socio no puede ceder sus derechos y así incorporar a un extraño a ella. El comunero, como ya lo hemos visto, puede enajenar su cuota. La razón de esto está en que la sociedad se forma por la voluntad de las partes, que tienen en consideración a la persona de los socios; la comunidad se forma, generalmente, sin que intervenga la voluntad de las partes.

La sociedad no puede ser a título universal. La comunidad muchas veces lo es, por ejemplo, cuando se forma por haber muerto una persona.

En la sociedad hay una finalidad común. En la copropiedad sólo existe el interés particular de cada copropietario.

102. ORIGEN DE LA COMUNIDAD

La comunidad puede tener origen en diversos hechos y actos jurídicos:

1. Puede nacer por causa de n...
formará u...
legatarios

2. Puede nacer...
vez, puede...
una senten...
la muerte...
propiamen...

3. Puede resul...
vez, puede...

4. Puede resul...
ejemplo, si...
persona ena...

El legislador...
esto es, las s...
solemnidade...
mercio). (50)

103. EL CUASICONTRATO

El código trata d...
Título XXIV del...
comunidad".

El art. 2304 dice...
entre dos o más p...
sociedad o celebra...
especie de cuasic...

Nuestro código ha...
dad y de cuasicon...

(50) C. S., R., T. 27, sec. 1ª, p.

1. Puede nacer *al fallecer una persona, en virtud de la sucesión por causa de muerte* que es un hecho jurídico propiamente tal. Así, se formará una comunidad entre los herederos o entre dos o más legatarios de una especie.
2. Puede nacer *de la disolución de la sociedad conyugal* que, a su vez, puede ser el resultado de un pacto que es un acto jurídico, de una sentencia, o de la ley, que también son actos jurídicos, o de la muerte de uno de los cónyuges, que es un hecho jurídico propiamente tal.
3. Puede resultar *de la disolución de una sociedad civil*, la que, a su vez, puede tener diferentes orígenes.
4. Puede resultar *de un contrato*, de un acuerdo de voluntades. Por ejemplo, si dos o más personas compran la misma cosa, o si una persona enajena a otra una parte de sus derechos sobre la cosa.

El legislador considera una comunidad a las sociedades de hecho, esto es, las sociedades solemnes que se pactan sin observarse las solemnidades que la ley prescribe (art. 359 del Código de Comercio). (50)

103. EL CUASICONTRATO DE COMUNIDAD

El código trata de la comunidad, especialmente en el párrafo 3 del Título XXIV del Libro IV, cuyo epígrafe es "Del cuasicontrato de comunidad".

El art. 2304 dice que la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato.

Nuestro código ha identificado demasiado las nociones de comunidad y de cuasicontrato. Al parecer ello se debe a que Bello tuvo

(50) C. S., R., T. 27, sec. 1^o, pág. 607.

presente, al redactar las normas pertinentes, la comunidad de herederos o de legatarios.

Dicha comunidad es de origen cuasicontractual. Pero nada impide que haya un pacto de comunidad.

La verdad es que no es el cuasicontrato el que crea la comunidad, sino lo contrario, la comunidad que se forma es la que da origen al cuasicontrato, porque nacen obligaciones y derechos entre los comuneros, independientemente de su voluntad.

Como dice Claro Solar, "La comunidad supone que todos los interesados tienen en la cosa en que recae un mismo y análogo derecho, las mismas e idénticas facultades sobre la totalidad de la cosa que todos ellos poseen proindiviso, y es este hecho, precisamente, el que, en el silencio de la voluntad de los interesados para reglar sus relaciones recíprocas, da nacimiento a un cuasicontrato entre ellos". (51)

Por otra parte, se ha sostenido que para que haya cuasicontrato de comunidad, los interesados no deben haber celebrado ninguna convención relativa a la cosa común. No creemos que ése deba ser el alcance que hay que dar al art. 2304. Estimamos que las expresiones "ninguna convención" se refiera a casos incompatibles con la comunidad, por ejemplo, haber constituido un usufructo. Nos parece que si los comuneros celebran pactos relativos a la cosa común, por ejemplo, sobre su administración, siempre estaríamos frente al cuasicontrato de comunidad en lo no regido por la voluntad de los interesados. (52)

La propia ley, en el art. 1317, permite el pacto de indivisión.

104. INCONVENIENTES DE LA COMUNIDAD

La comunidad, que en nuestro derecho no es otra cosa que un aspecto o estado del dominio, de la posesión o la tenencia, y en que al derecho

(51) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. VI, pág. 508.

(52) C. S., R., T. 16, sec. 1ª, pág. 153; C. Santiago, R., T. 56, sec. 2ª, pág. 29.

de un
bien i
Come
bienes
volun
ga a u
hace d
Adema
bien p
compa
Por las
a perm
les que
inc. 3º)
Nº 6.07

Los con
años (ar
En cons
jamás (a
pre" que
Se acost
que es e
derecho
juicio y r

105. PRESCRIP
Se ha di
adquisitiv
derecho d

(53) C. S., R., T. 2

de un comunero se oponen los idénticos derechos de los otros, no es bien mirada, y con razón, por el legislador.

Como el código no trató lo relacionado con la administración de los bienes comunes, todos los actos de administración requieren de la voluntad unánime de los comuneros. Basta que uno de ellos se oponga a un acto administrativo para que éste no pueda realizarse, lo que hace difícil el manejo de las comunidades.

Además, el propietario exclusivo tiene un interés mayor en que su bien produzca y se explote en mejor forma que el propietario que comparte el dominio con otras personas.

Por las razones expuestas, los comuneros no pueden ser obligados a permanecer en la indivisión, salvo en algunos casos muy especiales que la ley señala. Por ejemplo, la propiedad fiduciaria (art. 1317, inc. 3°); los bienes comunes en los edificios regidos por la ley N° 6.071.

Los comuneros pueden pactar la indivisión, pero por no más de cinco años (art. 1317, inc. 2°).

En consecuencia, el derecho para pedir la partición no prescribe jamás (art. 1317, inc. 1°). Se desprende esto de la expresión "siempre" que emplea la disposición citada.

Se acostumbra a decir que la "acción" de partición no prescribe, lo que es efectivo. Sin embargo, nosotros preferimos referirnos al derecho a pedir la partición, pues la acción envuelve la idea de un juicio y no siempre la partición se hace en juicio.

105. PRESCRIPCIÓN ENTRE COMUNEROS

Se ha dicho que entre comuneros no tiene lugar la prescripción adquisitiva, lo que es efectivo mientras cada comunero reconozca el derecho de los otros. (53)

(53) C. S., R., T. 28, sec. 1°, pág. 546.

Sin embargo, si un comunero posee la cuota de otro comunero, puede ganarla por prescripción. Lo mismo sucede si un comunero posee la cosa común. Por ejemplo, si una persona se hace pasar por mandatario de los otros comuneros, sin serlo, y vende a uno de ellos las cuotas de aquéllos sobre la cosa común, éste ganará por prescripción la cosa, pues ha poseído las cuotas de los demás comuneros y las ganará por prescripción. ((54)

Hay que tener presente que no se gana por prescripción sino lo que se posee en forma exclusiva, y cada comunero posee en esa forma su cuota.

106. DERECHOS DE LOS COMUNEROS EN LA COSA COMÚN

Hacemos presente que los comuneros responden de culpa leve y por consiguiente cada comunero puede hacer efectiva esa responsabilidad contra el comunero culpable de algún daño en las cosas comunes (art. 2308).

Según el art. 2305, el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social.

Esta disposición es demasiado amplia y no corresponde a la realidad. Hay demasiadas diferencias entre la sociedad y la comunidad.

En general, se ha entendido que lo que dispone el art. 2305 respecto de los comuneros es lo que preceptúa el art. 2081 para los socios, pero sólo en relación con los cuatro números de este artículo, sin comprender lo dicho en su inciso primero. El mandato tácito a que se refiere este inciso no se aplica a la comunidad.

Los actos de un comunero, ejecutados sin el consentimiento de los otros, no obligan a éstos sino en cuanto hayan sido útiles, como los de todo agente oficioso. (55)

(54) R., T. 63, sec. 2º, pág. 104.

(55) C. S., R., T. 54, sec. 1º, pág. 167.

1. I
n
s
2. C
ca
y
N
3. Ca
ha
co
Ni
ble
4. Lo
pro
5. Tar
trib
nal
Por últi
negocio
corrien
107. CLASIFI
La com
de vista
A) Aten
univ
men
B) Aten
hecho
pra a

1. Por consiguiente, cualquier comunero tendrá el derecho de *oponerse a los actos administrativos de otro*, mientras esté pendiente su ejecución o no haya producido efectos legales (art. 2081 N° 1).
2. Cualquier comunero *podrá servirse para su uso personal de las cosas comunes*, con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio del justo uso de los otros comuneros (art. 2081 N° 2).
3. Cada comunero tendrá *el derecho de obligar a los otros a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas comunes* (arts. 2081 N° 3 y 2309).

Ninguno de los comuneros podrá hacer innovaciones en los inmuebles comunes sin el consentimiento de los otros (art. 2081 N° 4).

4. Los comuneros tienen *derecho a los frutos de la cosa común proporcionalmente a su cuota*.
5. También *tienen derecho a exigir que todos los comuneros contribuyan a las obras y reparaciones de la comunidad*, proporcionalmente a su cuota (art. 2309).

Por último, *pueden exigir que el comunero que haya empleado en sus negocios particulares dineros comunes, los restituya con intereses corrientes* (art. 2308).

107. CLASIFICACIÓN DE LA COMUNIDAD

La comunidad admite diferentes clasificaciones según sea el punto de vista desde el que se enfoque.

- A) *Atendiendo a su objetivo*, la comunidad puede ser de una: a) cosa universal y de b) cosa singular. Esta es la única clasificación que menciona el código (arts. 1317 y 2304).
- B) *Atendiendo a su origen*, la comunidad puede nacer: a) de un hecho (la muerte de una persona), o b) de un contrato (si se compra algo por dos personas, conjuntamente).

C) *Atendiendo a su duración*, puede ser a) temporal o b) perpetua.

De estas clasificaciones, sólo analizaremos algunos aspectos de las comunidades de cosa universal y de cosa singular.

108. COMUNIDAD SOBRE UNA COSA UNIVERSAL

Es la que recae en una universalidad; esto es, en un patrimonio, con activo y pasivo distinto del patrimonio de los comuneros.

La principal comunidad sobre cosa universal es la que existe entre los coherederos; pero creemos que hay otros casos de comunidad a título universal, aunque es discutible, como son las que se forman al disolverse la sociedad conyugal y una sociedad civil de personas.

Al parecer, para nuestro código, tampoco la herencia es la única comunidad a título universal, pues el art. 2300 dice que si la cosa es universal *como* una herencia..., dando a entender que hay otras cosas universales.

109. DERECHO DE LOS COMUNEROS EN LA COMUNIDAD A TÍTULO UNIVERSAL

La cuota de cada comunero recae en la universalidad, que es independiente de los bienes que la componen. Su derecho no recae, ni aun en forma cuotativa, en ningún bien en particular. Por ejemplo, si A y B son únicos herederos de una persona que dejó un fundo y una casa, cada heredero es dueño de la mitad de la herencia, pero no es dueño de la mitad del fundo ni de la mitad de la casa. Por eso el art. 1909 dice que el que cede a título oneroso un derecho de herencia no se hace responsable sino de su calidad de heredero. Esto porque su derecho no recae en ningún bien en particular. Por eso el art. 2417 permite al comunero hipotecar su cuota y la hipoteca afectará a los inmuebles que se le adjudiquen; si no se le adjudica ningún inmueble, caduca la hipoteca.

Los comuneros en conjunto son dueños de todos y cada uno de los bienes que integran la universalidad.

El de
se de
efect
requi

110. COMU

Creer
el bien
cuenci
se radi
si A y B
de la n

Lo dici
si se hij
se adju

111. DERECH

Cada co
consigu

El art. 1
proindiv
consenti

Como lo
puede hi
2417).

El art. 8
proindivi

(56) C. Concepció
pág. 479; C. 1

(57) R., T. 66, sec

El derecho del comunero sobre una universalidad no puede calificarse de mueble o inmueble, ya que la universalidad es distinta de los efectos que lo componen. Por ello, la tradición de ese derecho no requiere de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. (56)

110. COMUNIDAD SOBRE UNA COSA SINGULAR

Creemos que la cuota de cada comunero en el derecho se radica en el bien que es objeto de la comunidad y que ese derecho, en consecuencia, es mueble o inmueble, según lo sea el bien común. Pero no se radica en ninguna parte física determinada del bien. Por ejemplo, si A y B son comuneros en un predio agrícola, serán dueños, cada uno de la mitad del predio, pero no de tal o cual mitad. (57)

Lo dicho tiene importancia por lo dispuesto en el art. 2417, porque si se hipoteca la cuota en un inmueble determinado que en la partición se adjudica a otros comuneros, caduca la hipoteca.

111. DERECHO DE CADA COMUNERO SOBRE SU CUOTA

Cada comunero, como se ha dicho, es dueño de su cuota y, por consiguiente, puede disponer de ella.

El art. 1812 dice que si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, cada una de ellas podrá vender su cuota, aun sin el consentimiento de las otras.

Como lo hemos expresado en más de una oportunidad, el comunero puede hipotecar su cuota antes de la división de la cosa común (art. 2417).

El art. 892 dice que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular.

(56) C. Concepción, 20 noviembre 1934, G. 1934, 2º sem., N° 116, pág. 465; R., T. 62, sec. 4º, pág. 479; C. S., R., T. 37, sec. 1º, pág. 527; C. Concepción, R., T. 56, sec. 2º, pág. 305.

(57) R., T. 66, sec. 2º, pág. 10.

Este artículo, sin embargo, no es fácil de interpretar.

Si la comunidad recae sobre una cosa singular, cada comunero puede reivindicar su cuota en esa cosa cuando es poseída por un tercero.

Pero si la comunidad recae en más de una cosa singular o en una universalidad, el problema es más complejo, pues el derecho de cada comunero no se radica en ninguna cosa en particular.

Teóricamente, cada comunero sólo podría reivindicar la cosa o su cuota en la cosa cuando le ha sido adjudicada; sin perjuicio del derecho de todos los comuneros para reivindicar conjuntamente todas las cosas que son poseídas por terceros.

Con todo, la solución teórica al problema que analizamos no es satisfactoria, pues podría dejar a los comuneros en la indefensión y expuestos a perder las cosas comunes si el juicio de partición se demora lo suficiente como para que el poseedor las gane por prescripción adquisitiva.

Por ello, la jurisprudencia se ha inclinado a reconocer a los herederos el derecho de reivindicar su cuota en cada cosa hereditaria aun antes de haberse llevado a efecto la partición de la herencia. (58)

112. SITUACIÓN DE LOS COMUNEROS FRETE A LAS DEUDAS DE LA COMUNIDAD

Para saber cuál es la situación de los comuneros frente a las deudas de la comunidad, hay que distinguir si se trata de una comunidad sobre una universalidad o sobre cosas singulares.

113. SITUACIÓN DE LOS COMUNEROS FRETE A LAS DEUDAS DE UNA COMUNIDAD SOBRE UNA UNIVERSALIDAD

El art. 2303 dice que si la cosa es universal, como una herencia, cada uno de los comuneros es obligado a las deudas de la cosa común

(58) C. S., R., T. 16, sec. 1ª, pág. 365.

come
que e
a su c
1º y 2

Cont
al mo
fallec
socied

Pensar
can la
deuda
comun
muner
comun
como c

Hacem
"comun
persona
deuda c

Si la de
neros co
biendo
iguales,
abone lo
(art. 230

Si han
expresac

Si han p
arts. 151

En las p
cuota de

como los herederos en las deudas hereditarias. Esto quiere decir que cada comunero responde de las deudas comunes en proporción a su cuota en la comunidad, conforme lo dispone el art. 1354, incs. 1º y 2º.

Con todo, creemos que el art. 2303 se refiere a las deudas que existen al momento de formarse la comunidad, es decir, al momento de fallecer el causante, disolverse la sociedad conyugal o disolverse la sociedad civil de personas.

Pensamos que a las deudas contraídas durante la comunidad se aplican las normas contenidas en el art. 2307. En consecuencia, si la deuda ha sido contraída por uno solo de los comuneros y es útil a la comunidad ("en pro de la comunidad"), no es obligado sino el comunero que la contrajo, el cual tendrá acción contra los otros comuneros para el reembolso de lo que que hubiere pagado por ellos, como cualquier agente oficioso.

Hacemos presente que es incorrecto hablar de acción contra la "comunidad", como lo hace el art. 2307, pues la comunidad no es persona jurídica, y la acción la tiene el comunero que contrajo la deuda contra los otros comuneros.

Si la deuda ha sido contraída, durante la comunidad, por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales, salvo el derecho de cada uno contra los otros para que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponde (art. 2307, inc. 2º).

Si han expresado cuotas, responden en proporción a las cuotas expresadas.

Si han pactado solidaridad, responden en la forma prescrita en los arts. 1514 y 1522.

En las prestaciones a que son obligados los comuneros entre sí, la cuota del insolvente gravará a los otros (art. 2312).

114. SITUACIÓN DE LOS COMUNEROS RESPECTO DE LAS DEUDAS COMUNES EN UNA COMUNIDAD SOBRE UNA COSA SINGULAR

En este caso los comuneros responden conforme lo previene el art. 2307, en sus incisos 1° y 2° que analizamos en el número anterior.

115. ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD

Para saber cómo se administra la comunidad, hay que distinguir si los comuneros han designado o no un administrador.

a) *No hay designado un administrador.*

Si no se ha designado un administrador, los actos de administración deben acordarse por unanimidad. Cada comunero puede oponerse a los actos administrativos de los otros mientras esté pendiente su ejecución o no haya producido efectos (art. 2081 N° 11). Este es uno de los inconvenientes más graves de la comunidad.

Sin embargo, el derecho de veto no existe respecto de los actos meramente conservativos (art. 2081 N° 3).

Hay autores y fallos que sostienen que entre los comuneros existe un mandato tácito para los actos administrativos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2305 en relación con el inciso 1° del art. 2081.

Otros autores, que en nuestro concepto están en lo cierto, estiman, por el contrario, que tal mandato no existe, y que el art. 2305, como ya lo dijimos en otra parte de este trabajo, no se remite al inciso 1° del art. 2081, sino a sus números, porque el art. 2307 dice que a las *deudas contraídas en pro de la comunidad* sólo es obligado el comunero que las contrajo, el que tendrá acción de reembolso, como todo agente oficioso, si la deuda es útil a la comunidad. (59)

(59) C. S., R., T. 54, sec. 1°, pág. 167.

A pesar de lo dicho, *si no hay acuerdo sobre la administración*, y los comuneros quieren nombrar un administrador común, su nombramiento y sus facultades deben acordarse por la mayoría absoluta de los comuneros que concurran a la citación para designar al administrador y señalar esas facultades, y que representen a lo menos la mitad de los derechos de la comunidad. A falta de mayoría, resuelve el tribunal el nombramiento y facultades del administrador (arts. 653 y 654 del Código de Procedimiento Civil).

b) Hay administrador designado por los comuneros.

Dicho nombramiento debe acordarse por unanimidad, o por la mayoría absoluta de los comuneros que representen a lo menos la mitad de los derechos de la comunidad, en el caso del art. 654 del Código de Procedimiento Civil.

Para determinar sus facultades se está a lo que se exprese en el título del nombramiento (el acuerdo de los comuneros, o la decisión de ellos o del juez en el caso del art. 654 del Código de Procedimiento Civil).

116. TÉRMINO DE LA COMUNIDAD

La comunidad termina:

- a) Por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona;
- b) Por la destrucción de la cosa común. Lógicamente, la destrucción debe ser completa; en caso contrario, la comunidad subsiste sobre lo que resta de la cosa;
- c) Por la división del haber común (art. 2312).

La división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ella resulten se sujetarán a las mismas reglas que en la partición de la herencia. Es decir, a las reglas que da el código en los arts. 1317 y siguientes (arts. 2313, 2115 y 1776).

CAPÍTULO IV

LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

117. CONCEPTO

[REDACTED]

118. ENUMERACIÓN Y DEFINICIÓN DE LOS DISTINTOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

Con excepción de la ley, que no es mencionada como modo de adquirir el dominio, el art. 588 los señala y son:

- a) *La ocupación*, que es un modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, mediante su aprehensión material con ánimo de hacerse dueño de ellas (art. 606).
- b) *La accesión*, que es un modo de adquirir el dominio por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella (art. 643).
- c) *La tradición*, que es un modo de adquirir el dominio de las cosas y que consiste en la entrega que el dueño de ellas hace a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por la otra la capacidad e intención de adquirirlo (art. 670).

- d) *La sucesión por causa de muerte*, que es un modo de adquirir el dominio de todo o parte del patrimonio de una persona difunta.
- e) *La prescripción adquisitiva*, que es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberse poseído dichas cosas durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492).
- f) *La ley*, que a veces es un modo de adquirir el dominio. Por ejemplo, cuando se expropia un bien, la ley es el modo de adquirir el dominio de ese bien por parte de la entidad en cuyo favor se expropió. (60)

119. EL TÍTULO MEDIATO, EL TÍTULO INMEDIATO Y EL MODO DE ADQUIRIR

La doctrina clásica, que tiene su origen en el Derecho Romano, exige para que se adquiriera el dominio la existencia de un título o causa eficiente y un modo de adquirir.

Los contratos no bastan para que se adquiriera el dominio de las cosas corporales o de los derechos. Los contratos engendran sólo derechos personales.

El modo de adquirir es la causa próxima de la adquisición del dominio.

El título es la causa remota de dicha adquisición.

Podríamos decir que el título es el hecho jurídico que da la *posibilidad* de adquirir el dominio; y que el modo de adquirir es el hecho jurídico que *produce* la adquisición del dominio. Por ejemplo, si se celebra un contrato de compraventa, del contrato nace para el comprador un derecho personal para exigir la entrega de la cosa al vendedor. El dominio lo adquirirá el comprador cuando el vendedor le haga entrega de la cosa, cuando le haga tradición de ella. La tradición es el modo de adquirir el dominio y la compraventa, el título de la adquisición.

(60) C. S., R., T. 7, sec. 1ª, pág. 420; R., T. 39, sec. 1ª, pág. 360.

Si una
especi
cual e
herede
adquir

Según
embarg
oponib
Luego,
adquiri
terceros

En Chil
el domi
modo de

Sin emb
modos d

Algunos
derivativ
en que s
modos d
reglamer
confunde

Otros pic
de un tí

En nuest
de los me
título inn
dominio.
cuando e
adquirir
intestada
forma en
título inn

Si una persona hace un testamento en que instituye un legado de especie o nombra un heredero, el testamento es el título en virtud del cual el legatario adquiere el dominio de la especie legada y el heredero la herencia, y la sucesión por causa de muerte es el modo de adquirir el dominio del legado y de la herencia.

Según el código francés, por el contrato se transfiere el dominio. Sin embargo, tratándose de bienes raíces, para que ese dominio sea oponible a terceros debe "transcribirse" en el Registro de Hipotecas. Luego, en Francia, tratándose de inmuebles, hay dos formas de adquirir el dominio: entre las partes, por el contrato; respecto de terceros, por la "transcripción".

En Chile, los autores están de acuerdo en que todo modo de adquirir el dominio es tal porque la ley lo dice. La ley es la causa eficiente del modo de adquirir, y, en consecuencia, su título remoto.

Sin embargo, no todos coinciden en cuanto al título inmediato de los modos de adquirir el dominio.

Algunos creen que todos los modos de adquirir, sean originarios o derivados, requieren de un título inmediato que reglamente la forma en que se adquiere el dominio en cada modo. Estiman que en los modos de adquirir originarios, siendo la ley su causa eficiente y la que reglamenta la forma de adquirir, el título mediato y el inmediato se confunden.

Otros piensan que sólo los modos de adquirir derivados requieren de un título inmediato, el que sería innecesario en los originarios.

En nuestro concepto, la ley es siempre título remoto, causa eficiente, de los modos de adquirir pero, además, en los modos originarios es título inmediato en cuanto reglamenta la forma en que se adquiere el dominio. Igual cosa sucede en la sucesión por causa de muerte cuando es intestada. La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio porque la ley lo señala como tal. Cuando es intestada, la propia ley, en los arts. 980 y siguientes reglamenta la forma en que los herederos adquieren la herencia, y en tal sentido es título inmediato.

En la sucesión por causa de muerte testamentaria, al igual que en la tradición, la ley es título remoto, porque esas instituciones son modos de adquirir porque la ley lo señala. Sin embargo, en estos dos modos de adquirir, como los contratantes o el testador señalan quiénes y cómo adquirirán el dominio, sus títulos inmediatos son el contrato traslativo de dominio y el testamento.

En consecuencia, no creemos que el título mediato y el inmediato se confundan en la sucesión por causa de muerte abintestato y en los modos originarios. En ellos la ley cumple dos funciones: es título remoto en cuanto es causa eficiente de ellos, y es título inmediato en cuanto reglamenta quiénes y cómo adquirirán el dominio.

120. CLASIFICACIÓN DE LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

- a) Originarios y derivativos;
- b) A título universal y a título singular;
- c) Onerosos y gratuitos;
- d) Por acto entre vivos y por causa de muerte.

121. MODOS DE ADQUIRIR ORIGINARIOS Y DERIVATIVOS

a) *Modos de adquirir originarios.*

Son los que hacen adquirir el dominio independientemente, sin tomar en cuenta el dominio anterior.

Son modos de adquirir originarios: la ocupación, la accesión, la prescripción y la ley.

b) *Modos de adquirir derivativos.*

Son los que hacen adquirir el dominio considerando el dominio del anterior dueño de la cosa.

Son modos de adquirir derivativos: la tradición y la sucesión por causa de muerte.

c) *Im*

La
de
ad
de
ant
los
adq
de
hac

122. MODOS

a) *Mod*
tod

b) *Mod*
dom

c) *Apli*
rir e

La o

La s
títul

La tr

Son a

1909

(art. 1

123. MODOS

a) *Mod*
sacrif

c) *Importancia de esta clasificación.*

La importancia de esta clasificación radica en que para medir el derecho adquirido, en los modos originarios se atiende sólo al adquirente. En los derivativos, por el contrario, se atiende al derecho del antecesor. Nadie puede adquirir más derechos que su antecesor y nadie puede transferir o transmitir más derechos que los que tiene. Si el tradente o el causante no son dueños, no se adquiere el dominio por la tradición o por la sucesión por causa de muerte. Si la cosa transferida está hipotecada, el adquirente se hace dueño de ella pero con la hipoteca.

122. MODOS DE ADQUIRIR A TÍTULO UNIVERSAL Y A TÍTULO SINGULAR

- a) *Modo de adquirir a título universal* es aquél en que se adquiere todo el patrimonio de una persona o una cuota de él (art. 951).
- b) *Modo de adquirir a título singular* es aquél en que se adquiere el dominio de determinados bienes.
- c) *Aplicación de esta clasificación a los diferentes modos de adquirir el dominio.*

La ocupación y la accesión son siempre a título singular.

La sucesión por causa de muerte puede ser a título universal o a título singular (art. 951). Lo mismo sucede con la ley.

La tradición y la prescripción son generalmente a título singular. Son a título universal cuando se cede el derecho de herencia (arts. 1909 y 1910) y cuando se adquiere por prescripción ese derecho (art. 2512).

123. MODOS DE ADQUIRIR ONEROSOS Y GRATUITOS

- a) *Modo de adquirir oneroso* es el que impone al adquirente un sacrificio pecuniario.

- b) *Modo de adquirir gratuito* es el que no importa sacrificio pecuniario para el adquirente.
- c) *Aplicación de esta clasificación a los diferentes modos de adquirir el dominio.*

Son modos de adquirir gratuitos: la ocupación, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

La tradición puede ser a título gratuito o a título oneroso.

La ley es un modo de adquirir oneroso.

La accesión es generalmente gratuita, pero puede ser onerosa.

124. MODOS DE ADQUIRIR POR ACTO ENTRE VIVOS Y POR CAUSA DE MUERTE

- a) *Modo de adquirir por acto entre vivos* es el que para operar no requiere de la muerte de una persona.

Todos los modos de adquirir son por acto entre vivos, salvo la sucesión por causa de muerte.

- b) *Modos de adquirir por causa de muerte* son los que suponen, para operar, la muerte de la persona de la que se deriva el derecho.

Sólo la sucesión por causa de muerte es, como su nombre lo indica, un modo de adquirir por causa de muerte.

125. DERECHOS QUE PUEDEN ADQUIRIRSE MEDIANTE LOS DIFERENTES MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

Mediante los modos de adquirir el dominio no sólo puede adquirirse el dominio de las cosas corporales, sino los demás derechos reales, y aun, los derechos personales.

La verdad es que en todos los casos señalados se adquiere el dominio, sea de las cosas corporales, sea de los derechos reales y de los personales.

Mediante
corporal

Mediante
les mueb

Por la p
corporale
expresam
que es un
adquirirse
remos má

Mediante
pueden ad
reales (en
derechos p

126. IMPOSIBILIDAD

El dominio

Si alguien
dominio, r
adquirir el

La posesión

127. LOS MODOS DE ADQUIRIR HECHOS

Los modos
que produce
hechos jurí
hombre, y,
jurídicos.

Son actos ju
se requiere
derecho. La

Mediante la *ocupación* sólo puede adquirirse el dominio de cosas corporales muebles.

Mediante la *accesión* puede adquirirse el dominio de cosas corporales muebles e inmuebles.

Por la *prescripción* pueden adquirirse el dominio de las cosas corporales muebles e inmuebles, y los derechos reales que no estén expresamente exceptuados. Entre ellos se comprende la herencia, que es una universalidad. En nuestro concepto, también pueden adquirirse por prescripción los derechos personales, como lo estudiaremos más adelante.

Mediante la *sucesión por causa de muerte*, la *tradición* y la *ley* se pueden adquirir el dominio de las cosas corporales, los derechos reales (entre ellos la herencia, que es una universalidad) y los derechos personales, sean muebles o inmuebles.

126. IMPOSIBILIDAD DE ADQUIRIR EL DOMINIO POR VARIOS MODOS

El dominio sólo puede adquirirse de un solo modo.

Si alguien se hace dueño de una cosa por un modo de adquirir el dominio, no puede adquirirlo por otro. Una persona no puede adquirir el dominio de algo que ya es suyo.

La posesión puede tenerse por varios títulos (art. 701).

127. LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS

Los modos de adquirir el dominio son siempre hechos jurídicos ya que producen consecuencias de derecho. Sin embargo, algunos son hechos jurídicos propiamente tales, otros son hechos jurídicos del hombre, y, por último dentro de éstos, hay algunos que son actos jurídicos.

Son actos jurídicos: la *ocupación*, la *tradición* y la *ley*. En todos ellos se requiere voluntad e intención de producir consecuencias de derecho. La *tradición* es una convención que extingue derechos.

Son hechos jurídicos propiamente tales: la prescripción y la sucesión por causa de muerte.

La accesión es un hecho jurídico, a veces obra de la naturaleza y a veces obra del hombre, pero, en principio, no es acto jurídico, porque no hay intención de adquirir el dominio. Sin embargo, el código trata en el título de la accesión algunas figuras que son actos jurídicos, pero que podría considerarse que no son casos de accesión.

128. CONCEPTO

Es un modo
nadie, y cuya
el Derecho in
con la intenc

129. REQUISITOS

- a) Que la co
- b) Que su ad
- c) Que haya
- d) Que haya

130. QUE LA COSA

No pertenece
cosas que tu

Son cosas q
conchas que

Son cosas q
cuyo dueño

CAPÍTULO V

LA OCUPACIÓN

128. CONCEPTO

Es un modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho internacional, mediante la aprehensión material de ellas con la intención de adquirirlas (art. 606).

129. REQUISITOS DE LA OCUPACIÓN

- a) Que la cosa ocupada no pertenezca a nadie;
- b) Que su adquisición no esté prohibida por las leyes chilenas o por el derecho internacional;
- c) Que haya aprehensión material de la cosa, y
- d) Que haya intención de adquirir el dominio de la cosa.

130. QUE LA COSA NO PERTENEZCA A NADIE

No pertenecen a nadie las cosas que nunca han tenido dueño y las cosas que tuvieron dueño pero dejaron de tenerlo.

Son cosas que nunca han tenido dueño los animales bravíos, las conchas que arroja el mar, etc. Estas cosas se llaman *res nullius*.

Son cosas que tuvieron dueño, pero han dejado de tenerlo, las cosas cuyo dueño las ha abandonado al primer ocupante, como las mo-

nedas que se arrojan a la multitud. Estas cosas se llaman *res derelictae*.

También son cosas que han tenido dueño, pero han dejado de tenerlo, los animales domesticados que han recobrado su libertad y el tesoro, que se estudiará más adelante.

Como de acuerdo con el art. 590 pertenecen al Estado todas las tierras que estando dentro de los límites territoriales carezcan de otro dueño, la ocupación no procede respecto de los inmuebles.

131. QUE LA ADQUISICIÓN NO ESTÉ PROHIBIDA POR LAS LEYES CHILENAS O POR EL DERECHO INTERNACIONAL

La pesca y la caza están prohibidas en ciertas épocas, llamadas de veda. En esas épocas la ocupación de animales bravíos está prohibida por las leyes chilenas (art. 622).

El Derecho Internacional prohíbe las presas hechas por bandidos, piratas o insurgentes. También las prohíbe el Derecho Chileno (art. 641).

132. QUE HAYA APREHENSIÓN MATERIAL DE LA COSA

La aprehensión material es uno de los hechos que configuran la ocupación. Por ese motivo no pueden ocuparse los derechos, ya que respecto de ellos no puede haber aprehensión material.

La aprehensión hay que considerarla en un sentido amplio, no sólo en el de tomar físicamente la cosa, sino en el de realizar hechos que *manifiestan* la intención de tomar la cosa, como cuando el cazador hiere al animal y lo persigue.

133. QUE HAYA INTENCIÓN DE ADQUIRIR EL DOMINIO

Por tal razón la ocupación es un acto jurídico, ya que es una manifestación de voluntad destinada a producir efectos de derecho.

Por la n
el domi
adquirir

134. COSAS Q

Conform
pueden i
únicas q
pertenece

**135. CARACTE
DOMINIO**

- a) Es un
- b) Es un
- c) Es un
- d) Es un
- e) Es un

136. CLASES D

- a) De co
figur
- b) De co
el de
o hal
- c) De e
- d) De e
- e) La c

137. LA CASA

Mediant
bravíos

Por la misma razón, los absolutamente incapaces no pueden adquirir el dominio por ocupación, pues no pueden manifestar voluntad de adquirirlo.

134. COSAS QUE PUEDEN ADQUIRIRSE POR OCUPACIÓN EN NUESTRO DERECHO

Conforme lo que ya hemos expresado, en nuestro derecho sólo pueden adquirirse por ocupación las cosas *corporales* (que son las únicas que pueden aprehenderse) y *muebles* (las tierras que no pertenecen a nadie son del Estado).

135. CARACTERÍSTICAS DE LA OCUPACIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO

- a) Es un modo de adquirir originario (art. 703);
- b) Es un modo de adquirir gratuito;
- c) Es un modo de adquirir entre vivos;
- d) Es un modo de adquirir a título singular;
- e) Es un acto jurídico.

136. CLASES DE OCUPACIÓN

- a) *De cosas animadas*, que comprende la caza y la pesca, y otras figuras que estudiaremos a continuación (arts. 607 y 621).
- b) *De cosas inanimadas*, que comprende la invención o hallazgo y el descubrimiento de un tesoro, que es una especie de invención o hallazgo.
- c) *De especies al parecer perdidas*.
- d) *De especies náufragas*.
- e) *La captura bélica*.

137. LA CASA Y LA PESCA

Mediante la caza y la pesca se adquiere el dominio de los *animales bravíos* (art. 607).

Hacemos presente que hay una serie de normas legales que reglamenta la caza y la pesca, que no estudiaremos aquí, porque excede los límites de este trabajo (art. 622).

138. CLASIFICACIÓN DE LOS ANIMALES PARA LOS EFECTOS DE LA OCUPACIÓN

Para los efectos de la ocupación, los animales se clasifican en: bravíos o salvajes, domésticos y domesticados.

- a) Se llaman animales *bravíos o salvajes* los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces (art. 608, inc. 1°).

Hacemos presente que para nuestro derecho los términos bravío y salvaje son sinónimos; sin embargo, bravío significa feroz, y salvaje significa silvestre. Creemos que todo animal bravío es salvaje, por ejemplo las fieras. Pero estimamos que hay animales salvajes que no son bravíos, como los peces. En todo caso, ambas clases de animales pueden adquirirse por ocupación.

Los animales *bravíos* pertenecen al dueño de las jaulas, pajareras, conejeras, colmenas, estanques o corrales en que estuvieren encerrados; pero luego que recobren su libertad natural, cualquiera persona puede apoderarse de ellos y hacerlos suyos, con tal que actualmente no vaya el dueño en seguimiento de ellos, teniéndolos a la vista, y que por lo demás no se contravenga al artículo 609, esto es, que se persigan en tierras propias, o en las ajenas con permiso del dueño. Pero no será necesario ese permiso si las tierras no estuvieran cercadas, ni plantadas o cultivadas, a menos que el dueño haya prohibido expresamente cazar en ellas y notificado la prohibición (art. 619).

- b) Son animales *domésticos* los que pertenecen a especies que viven bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas (art. 608, inc. 1°).

Los animales domésticos están sujetos a dominio. Conserva el dueño este dominio sobre los animales domésticos fugitivos, aun cuando hayan entrado en tierras ajenas; salvo en cuanto las or-

139. EL CA

Creer
cuenci
entend
pre qu
aquere
todo p
exigien

140. EL CASO

De acue
bravíos.
que no s
quiera pu
del dueñ
prohibici

denanzas de policía rural o urbana establecieren otra cosa (art. 623).

En consecuencia, los animales domésticos no pueden ser objeto de ocupación.

Creemos, sin embargo, que podrían serlo si el dueño los abandona al primer ocupante.

- c) Son animales *domesticados* los que, sin embargo de ser bravíos, por su naturaleza se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre. Por ejemplo, un mono amaestrado de un organillero (art. 608, inc. 1°).

Los animales domesticados, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen las reglas de los animales domésticos y no pueden ser objeto de ocupación. Cuando pierden esta costumbre, vuelven a la clase de animales bravíos y pueden ser ocupados (art. 608, inc. 2°).

139. EL CASO DE LAS PALOMAS

Creemos que las palomas son animales domesticados. En consecuencia, si las palomas abandonan un palomar y se fijan en otro, se entenderán ocupadas legítimamente por el dueño del segundo, siempre que éste no se haya valido de alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas. En tal caso, estará obligado a la indemnización de todo perjuicio, incluso la restitución de la especie, si el dueño la exigiere, y si no la exigiere, a pagarle su precio (art. 621).

140. EL CASO DE LAS ABEJAS

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 619, las abejas son animales bravíos. En consecuencia, si huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a la libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas, con tal que no lo haga sin permiso del dueño en tierras ajenas, cercadas o cultivadas, o contra la prohibición del mismo en los otros; pero al dueño de la colmena no

podría prohibírsele que persiga las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas (art. 620).

141. ALGUNAS REGLAS RELATIVAS A LA CAZA

1º *Lugares en que se puede cazar.* No se puede cazar sino en tierras propias.

- También se puede cazar en las tierras ajenas, con permiso del dueño (art. 609, inc. 1º);
- Se puede cazar en tierras ajenas, sin permiso del dueño, si las tierras no están cercadas o plantadas o cultivadas, salvo que el dueño haya prohibido expresamente cazar en ellas y notificado la prohibición (art. 609, inc. 2º);
- Si alguien cazare en tierras ajenas sin permiso del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo (si las tierras están cercadas o plantadas o cultivadas o sin cerrar, plantar o cultivar, pero se ha prohibido y notificado la prohibición), lo que cace será para el dueño, a quien además indemnizará de todo perjuicio (art. 610).

Los arts. 494 N° 21 y 496 N° 34 del Código Penal sancionan las infracciones a estas reglas.

2º *Uso de la playa del mar y de las riberas de ríos y lagos para los menesteres de la caza.* Los cazadores podrán hacer el uso necesario de las playas del mar para los menesteres de la caza; guardándose, empero, de hacer uso alguno de los edificios o construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños, o de embarazar el uso legítimo de los demás cazadores (arts. 612 del Código Civil y 8º de la ley N° 4.601).

3º *Quiénes pueden cazar en Chile.* Pueden cazar en Chile los chilenos y los extranjeros, pero en el mar territorial sólo pueden cazar los chilenos y los extranjeros domiciliados en el país (arts. 611, inc. 1º del Código Civil y 7º inc. 1º de la ley N° 4.601).

4º *Mon
anim*

a) C

b) D

qu

lo

Si

caz

inc

c) De

red

le s

No es l

persegu

y se ape

(art. 618

142. ALGUNAS RE

1º *Lugares*

los mares

De acuerdo

nacionale

2º *Uso de la*

menestere

playas del

cabañas, s

la pesca, s

uso alguno

permiso de

demás pes

4° *Momento en que se entiende que el cazador se apodera del animal y lo hace suyo.*

- a) Cuando lo ha tomado materialmente;
- b) Desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persista en perseguirlo (art. 617, inc. 1°).

Si el animal herido entra en tierras ajenas, donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, podrá éste hacerlo suyo (art. 617, inc. 2°);

- c) Desde el momento que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar (art. 617, inc. 1°).

No es lícito a un cazador perseguir al animal bravo que ya es perseguido por otro cazador; si lo hiciere sin su consentimiento, y se apodera del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo (art. 618).

142. ALGUNAS REGLAS RELATIVAS A LA PESCA

1° *Lugares en que se puede pescar.* Se podrá pescar libremente en los mares, en los ríos y en los lagos de uso público (art. 611).

De acuerdo al actual Código de Aguas, todas las aguas son bienes nacionales de uso público (art. 5° del Código de Aguas).

2° *Uso de la playa del mar y de las riberas de ríos y lagos para los menesteres de la pesca.* Los pescadores podrán hacer de las playas del mar el uso necesario para la pesca, construyendo cabañas, sacando a tierra sus barcas y utensilios y el producto de la pesca, secando sus redes, etc., guardándose, empero, de hacer uso alguno de los edificios o construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños, o de embarazar el uso legítimo de los demás pescadores (art. 612).

Podrán también, para los expresados menesteres, hacer uso de las tierras contiguas hasta la distancia de ocho metros de las playas; pero no tocarán los edificios o construcciones que dentro de esa distancia hubiere, ni atravesarán las cercas, ni se introducirán en las arboledas, plantíos o siembras (art. 613).

Los pescadores tendrán derecho a ocupar en las faenas de la pesca, las riberas del mar, hasta la distancia de ocho metros, contados desde la línea de las más altas mareas, y las de los ríos y lagos, que sean de uso público, hasta cinco metros (art. 7° del D.F.L. N° 34 de 12 de marzo de 1931, del Ministerio de Fomento, publicado en el Diario Oficial del 17 del mismo mes y año).

Los dueños de las tierras contiguas a la playa no podrán poner cercas, ni hacer edificios, construcciones o cultivos dentro de los dichos ocho o cinco metros, sino dejando de trecho en trecho suficientes y cómodos espacios para los menesteres de la pesca. En caso contrario, ocurrirán los pescadores a las autoridades locales para que pongan el conveniente remedio (arts. 614 del Código Civil y 7° del D.F.L. N° 34 recién citado).

A los que pesquen en ríos y lagos no será lícito hacer uso alguno de los edificios y terrenos cultivados en las riberas ni atravesar las cercas (art. 615).

Lo dispuesto en el art. 616, esto es, que si alguno pescare en aguas ajenas sin permiso del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo, lo que pesque será para el dueño, a quien indemnizará de todo perjuicio, creemos que ha quedado sin aplicación, ya que el actual Código de Aguas declara que todas las aguas son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, lo que el dueño del predio puede perseguir es la forma cómo el pescador llega al lago o a la vertiente que nace y muere en la misma heredad.

3° *Quiénes pueden pescar en Chile.* Pueden pescar en Chile los chilenos y los extranjeros, pero en el mar territorial sólo podrán pescar los chilenos y los extranjeros domiciliados (art. 611, inc. 1°).

El 23 de junio de 1947 se estableció, por declaración presidencial, que el Gobierno de Chile vigilará especialmente las faenas de

143. LA INVE

a) Con

Es un
inani
ránd

De e
otras
domi
nulli

Se ad
na su
suyas
de "re

Tamb
ñas pi

pesca y caza marítima sobre el zócalo continental adyacente a las costas continentales o insulares del territorio nacional, cualquiera que sea la profundidad en que se encuentre.

4º *Momento en que se entiende que el pescador se apodera del pez y lo hace suyo.*

- a) Cuando lo ha tomado materialmente;
- b) Desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persista en perseguirlo (art. 617, inc. 1º);
- c) Desde el momento que el pez ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito pescar (art. 617, inc. 1º).

No es lícito a un pescador perseguir el pez que ya es perseguido por otro pescador; si lo hiciera sin su consentimiento, y se apodera del pez, podrá el otro reclamarlo como suyo (art. 618).

143. LA INVENCIÓN O HALLAZGO

a) *Concepto.*

Es una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie, adquiere su dominio, apoderándose de ella con ánimo de adquirirla (art. 624, inc. 1º).

De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras substancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior (art. 624, inc. 2º). Se trata en este caso de "res nullius".

Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante (art. 624, inc. 3º). Se trata en este caso de "res derelictae".

También se adquieren por invención o hallazgo las pequeñas partes de las cosas comunes a todos los hombres de que

alguno se apodera. Por ejemplo, si alguien saca un litro de agua del mar.

b) Requisitos de la invención o hallazgo:

- Que la cosa ocupada sea inanimada;
- Que se trate de "res nullius" o "res derelictae";
- Que el que encuentre la cosa se apodere de ella;
- Que lo haga con ánimo de hacerse dueño de la cosa.

El abandono de una cosa por su dueño debe ser expreso e indudable. Se trate de una donación al primer ocupante y las donaciones no se presumen (art. 1393).

Por eso las cosas que presentan señales de dominio anterior se presumen, al parecer perdidas, y no pueden adquirirse por invención o hallazgo.

También por eso no se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave (art. 624, inc. final).

144. EL TESORO

a) Concepto.

Se llama tesoro la moneda o joyas, u otros efectos preciosos, que elaborados por el hombre han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño (art. 625, inc. 2º).

Según el código el descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo (art. 625, inc. 1º).

b) Requisitos para que una cosa sea "tesoro".

- Debe tratarse de una cosa mueble. No sería tesoro un mosaico que forma parte de un edificio antiguo que esté sepultado, porque es inmueble;

- Debe tratarse de una cosa elaborada por el hombre. Por ese motivo no constituyen tesoro los minerales;
- Es necesario que la cosa haya estado sepultada o escondida. Es tesoro la cosa que se halla escondida en un mueble que tiene cajones secretos;
- Es necesario que la cosa esté escondida por *largo tiempo*;
- No debe haber memoria o indicio del dueño del tesoro.

c) *¿Cuándo se adquiere el dominio del tesoro?*

El dominio del tesoro se adquiere en el momento en que es descubierto. Ello se desprende de las diversas disposiciones del código sobre esta materia.

d) *¿A quién pertenece el tesoro?*

- Pertenece al dueño del terreno si es la misma persona que lo descubre;
- También pertenecerá al dueño del terreno si el descubridor lo ha *buscado* sin permiso suyo (art. 626);
- Si el descubridor y el dueño del terreno son personas distintas, y el descubridor ha encontrado *fortuitamente* el tesoro, o lo ha buscado con permiso del dueño del terreno, el tesoro se divide entre ellos por mitades (art. 626, incs. 1º y 2º).

e) *Atribución del dominio en virtud del tesoro.*

El descubridor se hace dueño del tesoro por ocupación.

El dueño del terreno se hace dueño en virtud de la ley.

f) *Permiso para cavar en suelo ajeno en búsqueda de un tesoro.*

Al dueño de una heredad o de un edificio podrá pedir cualquiera persona el permiso de cavar en el suelo para sacar dinero o alhajas

que asegurare pertenecerle y estar escondidos en él; y si señalare el paraje en que están escondidos y diere competente seguridad de que probará su derecho sobre ellos, y de que abonará todo perjuicio al dueño de la heredad o edificio, no podrá éste negar el permiso ni oponerse a la extracción de dichos dineros o alhajas (art. 627).

Si el que obtuvo el permiso para cavar prueba su derecho sobre los dineros o alhajas, puede llevárselos pagando las correspondientes indemnizaciones.

No probándose el derecho sobre dichos dineros o alhajas, serán considerados o como bienes perdidos, o como tesoro encontrado en suelo ajeno, según los antecedentes y señales (art. 628, inc. 1°).

Si se les considera tesoro, deducidos los costos, se dividirá por iguales partes entre el denunciador y el dueño del suelo; pero no podrá éste pedir indemnización de perjuicios, a menos de renunciar a su porción (art. 628, inc. 2°).

Si se le considera bienes perdidos, se le aplicarán las reglas sobre las especies al parecer perdidas, que estudiaremos más adelante.

145. MONUMENTOS NACIONALES

Según el art. 1° de la ley N° 17.288, son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios de los aborígenes, y otros restos y las piezas u objetos antroarqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interese a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes, placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo. Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determine la presente ley.

El art. 2°
jurídica el
carácter a
obtenido
Nacionale
momento
directamer

Por su part

"Toda pe
punto del
yacimient
queológico
el descub
Carabiner
Consejo se

146. DE LAS ESPECIES

a) Diferenciación

Las espec
derelictae
manifiesta
intención,

b) Campo de aplicación

Las norma
can a las cc
el art. 623
N° 11.704.

Se aplican,
han estado

El art. 22 de dicha ley establece que ninguna persona natural o jurídica chilena podrá hacer en el territorio nacional excavaciones de carácter arqueológico, antropológico o paleontológico, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma establecida por el reglamento. Hasta el momento no se ha dictado el reglamento y las autorizaciones se piden directamente al Consejo.

Por su parte, el art. 26 de la misma ley dice que:

“Toda persona natural o jurídica que al hacer excavaciones en cualquier punto del territorio nacional y con cualquier finalidad encontrare ruinas, yacimientos, piezas u objetos de carácter histórico, antropológico, arqueológico o paleontológico, está obligada a denunciar inmediatamente el descubrimiento al Gobernador del Departamento, quien ordenará a Carabineros que se haga responsable de su vigilancia hasta que el Consejo se haga cargo de él”.

146. DE LAS ESPECIES MUEBLES AL PARECER PERDIDAS

a) *Diferencia con las “res derelictae”.*

Las especies al parecer perdidas se diferencian de las “res derelictae” en que en estas últimas el dueño tiene la intención manifiesta de desprenderse del dominio. Mientras no conste esa intención, la especie se considera al parecer perdida.

b) *Campo de aplicación de las normas sobre especies muebles al parecer perdidas.*

Las normas sobre las especies al parecer perdidas sólo se aplican a las cosas inanimadas, ya que respecto de los animales rigen el art. 623 y el art. 111 de la Ley sobre Rentas Municipales, N° 11.704.

Se aplican, también, a las joyas, monedas o efectos preciosos que han estado sepultados por corto tiempo.

c) *Procedimiento para encontrar al dueño de la especie al parecer perdida.*

- Debe ponerse a disposición de su dueño;
- Si no se presenta nadie que pruebe ser suya, se entrega a la Municipalidad;
- La Municipalidad deberá dar aviso del hallazgo en un periódico del departamento, o de la capital de la provincia, si en aquél no lo hubiere (art. 629, inc. 1°);
- El aviso designará el género y calidad de la especie, el día y lugar del hallazgo (art. 629, inc. 2°);
- Si no apareciere el dueño, se dará este aviso hasta por tercera vez, mediando treinta días de un aviso a otro (art. 626, inc. 3°);
- Si en el curso del mes subsiguiente al último aviso no se presentare persona que justifique su dominio, se venderá la especie en pública subasta; se deducirán del producto las expensas de aprehensión, conservación y demás que incidieren; y el remanente se dividirá por partes iguales entre la persona que encontró la especie y la municipalidad del departamento (hay que entender comuna) (art. 630);
- El plazo para reclamar la especie encontrada es de un mes contado desde la fecha en que hubiere llegado a poder de la Municipalidad (Ley sobre Rentas Municipales);
- Si dentro de los seis meses siguientes a la fecha del remate el dueño de la especie perdida la reclamare, la Municipalidad estará obligada a entregar el valor que hubiere obtenido (creemos que sólo el obtenido por ella) en el remate, deducidos los gastos ocasionados (Ley sobre Rentas Municipales);
- Los objetos perdidos serán vendidos en pública subasta por el Tesorero Comunal, quien actuará para estos efectos como Martillero Público (Ley sobre Rentas Municipales);

d) *Omisión*

La porción
acción
(art. 63
del Cód

147. DE LAS ESPI

a) *Normas*

Sobre la
especial
Comerc
nas; en e
General

- Si aparece el dueño antes de la subasta, la especie le será restituida, pagando las expensas, y lo que a título de salvamento adjudicare la autoridad competente (Municipalidad) al que encontró y denunció la especie (art. 632, inc. 1°);
- Si el dueño hubiere ofrecido recompensa por el hallazgo, el denunciante elegirá entre el premio del salvamento y la recompensa ofrecida (art. 632, inc. 2°). Se trata éste de uno de los pocos casos en que la fuente de una obligación es la *declaración unilateral de voluntad*;
- Subastada la especie, se mirará como irrevocablemente perdida para el dueño (art. 633);
- Si la especie fuere corruptible o su custodia y conservación dispendiosa, podrá anticiparse la subasta, y el dueño, presentándose antes de expirar el mes subsiguiente al último aviso, tendrá derecho al precio, deducidos, como queda dicho, las expensas y el premio del salvamento (art. 634). Creemos que para la Municipalidad el plazo es de seis meses (Ley sobre Rentas Municipales).

d) *Omisión de las diligencias señaladas en la letra anterior.*

La persona que hubiere omitido esas diligencias, perderá su porción en favor de la Municipalidad, y aun quedará sujeta a la acción de perjuicios y, según las circunstancias, a la pena de hurto (art. 631). Las penas están señaladas en los arts. 448 y 494 N° 19 del Código Penal.

147. DE LAS ESPECIES NÁUFRAGAS

a) *Normas aplicables*

Sobre las normas del Código Civil priman las disposiciones especiales contenidas en los arts. 1157 a 1167 del Código de Comercio; en la Ley de Navegación; en la Ordenanza de Aduanas; en el D.F.L. N° 221 sobre Navegación Aérea; el Reglamento General sobre Concesiones Marítimas.

El Código Civil se refiere a ellas en los arts. 635 y siguientes. Sin embargo, sobre esas normas priman las que sobre esa materia se estipulan con las potencias extranjeras, y en los reglamentos fiscales para almacenaje y la internación de los efectos (art. 639).

b) *¿Cuáles se consideran especies náufragas?*

De acuerdo con el Reglamento General de Concesiones Marítimas, son especies náufragas: las naves, sus efectos muebles, su aparejo y carga, que se encuentren a la deriva en la superficie de las aguas, o que hayan sido arrojadas a las playas del mar, ríos o lagos; cualquiera especie que aisladamente se encuentre en las playas, aun cuando primitivamente haya constituido parte de una nave, su aparejo o carga; cualquier objeto caído al mar, ríos o lagos, durante faenas de carga o descarga, o en cualquiera otra ocasión. También son especies náufragas las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave (art. 624, inc. final).

c) *Deber de denunciar las especies náufragas.*

Si naufragare algún buque en las costas de la República, o si el mar arrojase a ellas los fragmentos de un buque, o efectos pertenecientes, según las apariencias, al aparejo de un buque, las personas que lo vean o sepan, denunciarán el hecho a la autoridad competente (autoridad marítima que corresponda), asegurando entretanto los efectos que sea posible salvar para restituirlos a quien de derecho corresponda (art. 635, inc. 1°).

La autoridad marítima debe comunicar el hecho a la aduana más próxima (art. 47 del Reglamento General sobre Concesiones Marítimas).

Los que se apropiaren de las especies náufragas quedarán sujetos a la acción de perjuicio y a la pena del hurto (art. 635, inc. 2°).

d) *Entrega de las especies náufragas a su dueño.*

Si se presenta el dueño de las especies, le serán restituidas por la autoridad, mediante el pago de las expensas y la gratificación de salvamento (art. 636).

La a
gratifi
valor

Si el :
direcc
media
to (art.

e) *¿Qué se*

Si no se
median
cederá c

En lugar
salvame
(art. 131

El reman
gastos, se
especie y
Navegaci

148. LA CAPTURA

a) *Concepto*

La captu
man en gu
los neutral
en confor

Las Orden
son la Ley
el Reglam
estableció
vención de
suscribió l
do en lo ac

La autoridad competente fijará, según las circunstancias, la gratificación de salvamento, que nunca pasará de la mitad del valor de las especies (art. 638, inc. 1°).

Si el salvamento de las especies se hiciera bajo las órdenes y dirección de la autoridad pública, se restituirán a los interesados, mediante el abono de las expensas, sin gratificación de salvamento (art. 638, inc. 2°).

e) *¿Qué se hace si no se presenta el dueño de las especies náufragas?*

Si no se presenta el dueño, se publican tres avisos en periódicos, mediando quince días de un aviso al otro; y en lo demás se procederá como en el caso de los artículos 629 y siguientes (art. 637).

En lugar de la Municipalidad es competente para las gestiones de salvamento y naufragio el Juez de Comercio, hoy Juez en lo Civil (art. 131 de la Ley de Navegación).

El remanente que resulte del precio de la subasta, deducidos los gastos, se dividirá por iguales partes entre la persona que salvó la especie y el hospital del departamento (art. 134 de la Ley de Navegación).

148. LA CAPTURA BÉLICA

a) *Concepto.*

La captura bélica está constituida por las propiedades que se toman en guerra de nación a nación, no sólo a los enemigos, sino a los neutrales, y aun a los aliados y los nacionales, según los casos, en conformidad a las Ordenanzas de Marina y de Corso (art. 640).

Las Ordenanzas de Marina y de Corso a que nos hemos referido son la Ley de Navegación (D.L. N° 2.222 de 31 de mayo de 1978) el Reglamento de Corso de 1817. El Corso ya no existe, y así se estableció en la Declaración de París de 1856. En la Cuarta Convención de La Haya se suprimió el Tribunal de Corso. Chile no suscribió la Declaración ni la Convención, pero estuvo de acuerdo en lo acordado en ellas. Por lo demás, el Corso ya no existe.

Se llama botín a las cosas muebles que se capturan en guerra terrestre, y se llama presa a las naves y mercaderías que se capturan en el mar.

Aplicada al territorio, la captura bélica se denomina conquista. (61)

De acuerdo con la Cuarta Convención de La Haya, en guerra terrestre, sólo pueden ser objeto de captura bélica las propiedades del Estado enemigo.

La captura bélica de propiedades de particulares sólo puede tener cabida en guerra marítima.

b) Quién se puede hacer dueño por captura bélica.

Sólo el Estado se hace dueño de las propiedades que se toman en guerra de nación a nación, y sólo con las limitaciones indicadas en la letra anterior (art. 640).

c) Presas hechas por bandidos, piratas o insurgentes.

Las presas hechas por bandidos, piratas o insurgentes no transfieren dominio.

Represadas deberán restituirse a los dueños, pagando éstos el premio de salvamento a los represadores (art. 641, inc. 1°).

La cuantía del premio se regula por la que en casos análogos se concede a los apresadores en guerra de nación a nación (art. 641, inc. 2°).

Si no aparecieren los dueños, se procederá como en el caso de las cosas perdidas; pero los represadores tendrán sobre las propiedades que no fueren reclamadas por sus dueños, en el espacio de un mes, contado desde la fecha del último aviso, los mismos derechos que si las hubieren apresado en guerra de nación a nación (art. 642).

(61) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. 7°, pág. 102.

149. CONCEP

La acces
de una c
a ella (ar

150. CLASES D

a) Acces

Es la c
la pro

b) Accesi

Es la q
un tod

La acc

- De

- De

- De

CAPÍTULO VI

LA ACCESIÓN

149. CONCEPTO

La accesión es un modo de adquirir el dominio por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella (art. 643).

150. CLASES DE ACCESIÓN

a) *Accesión de frutos o discreta.*

Es la que proviene de la cosa misma, sea por el nacimiento o por la producción.

b) *Accesión propiamente tal o continua.*

Es la que resulta al agregarse una cosa a otra distinta y que forman un todo que tiene individualidad propia.

La accesión propiamente tal puede ser:

- *De inmueble a inmueble;*
- *De mueble a mueble;*
- *De mueble a inmueble.*

c) *Atendiendo a su causa eficiente, se clasifica en:*

Natural, que es la debida a la naturaleza; y *artificial*, que es la debida a la industria humana.

151. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCESIÓN

Para algunos, toda accesión, sea de frutos, sea propiamente tal, es un modo de adquirir el dominio.

Nuestro código sigue esa doctrina conforme la definición que da de la accesión en el art. 643.

Otros piensan, y creemos que con razón, que sólo la accesión propiamente tal o continua es un modo de adquirir el dominio. La accesión de frutos o discreta es simplemente una facultad del dominio. Es el ejercicio de su facultad de goce.

Lo que caracteriza a la accesión es que las cosas al juntarse pierden su individualidad propia para formar una cosa nueva.

En la accesión de frutos sucede precisamente lo contrario. Lo que la cosa produce toma individualidad propia.

Con todo, hacemos presente que algunos casos de accesión de mueble a inmueble, que trata el código, no son verdaderos casos de accesión.

152. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCESIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO

a) Es un modo de adquirir *originario*;

b) Es *gratuito*.

Algunos casos de accesión de mueble a inmueble no son gratuitos, ya que importan sacrificio pecuniario para el adquirente;

c) Es en

d) Es a t

e) Es un
natura

Hay casos
accesión c
inmueble,
verdadera

153. ACCESIÓN I

Comprende

a) *Concep*

Nuestro
distintos
para nue

- *Prod*
y con
de un

- *Fruto*
y sin
semil

Hay juris
frutos, da

(62) C. S., R., T. 34, se

(63) C. S., R., T. 50, so

- c) Es *entre vivos*;
- d) Es a *título singular*;
- e) Es un *hecho jurídico* propiamente tal. Es decir, es obra de la naturaleza.

Hay casos de *accesión* que no son obra de la naturaleza, como la *accesión* de frutos civiles o algunos casos de *accesión* de mueble e inmueble, pero, como ya lo hemos dicho, en algunos de ellos no hay verdadera *accesión*.

153. ACCESIÓN DE FRUTOS O DISCRETA

Comprende la *accesión* de productos y frutos.

a) *Conceptos de productos y de frutos.*

Nuestro código confunde ambos conceptos que en doctrina son distintos (art. 643, parte final). Hay jurisprudencia que dice que para nuestra ley, producto y fruto es lo mismo. (62)

- *Productos* son las cosas que derivan de otras sin periodicidad y con detrimento de su substancia. Por ejemplo, los metales de una mina, las piedras de una cantera;
- *Frutos* son las cosas que produce otra cosa en forma periódica y sin detrimento de su substancia. Por ejemplo, las frutas, las semillas, las rentas de arrendamiento.

Hay jurisprudencia que dice que los metales de una mina son frutos, dado lo dispuesto en los arts. 643 y 784. (63)

(62) C. S., R., T. 34, sec. 1ª, pág. 220; R., T. 14, sec. 1ª, pág. 517.

(63) C. S., R., T. 50, sec. 1ª, pág. 23.

b) *Importancia de la calificación de los productos y frutos.*

Calificar si una cosa es fruto o producto tiene importancia, porque hay disposiciones que sólo dan derecho a los frutos. Por ejemplo, los arts. 526 y 537, relativos a la remuneración de los guardadores.

c) *Clasificación de los frutos.*

Los frutos se clasifican en naturales y civiles.

- *Frutos naturales* son los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana (art. 644).
- *Frutos civiles* constituyen la utilidad que se obtiene de una cosa como equivalente del uso y goce que se da de ella a un tercero. Son las pensiones, precios o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido (art. 647, inc. 1º).

Intereses de capitales exigibles son los que da un capital que se recuperará. Por ejemplo, el dinero dado en mutuo.

Intereses a fondo perdido son los que da un capital que no se recuperará. Por ejemplo, la renta vitalicia.

d) *Estado en que pueden hallarse los frutos naturales.*

Los frutos naturales pueden hallarse pendientes, percibidos o consumidos.

Los frutos naturales se llaman *pendientes* mientras que adhieren todavía a la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo o los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas (art. 645, inc. 1º).

Frutos naturales *percibidos* son los que han sido separados de la cosa productiva, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados, etc.

Se d
truid
2º).

e) *Impo
natur*

Respe
estade
impor
por el
otros (

Respe
hacen
hacen

f) *Estado*

Los fru
y percib

Creemo
ciben, y
cuencia

Fruto d
por cual
790).

g) *¿A quién*

Los fruto
la cosa fr
en virtud
646 y 648

(64) C. S., R., T. 31, se

Se dicen *consumidos* los frutos cuando se han consumido (destruido, gastado) verdaderamente o se han enajenado (art. 645, inc. 2°).

e) *Importancia de los estados en que pueden hallarse los frutos naturales.*

Respecto del dueño de la cosa fructuaria, la clasificación de los estados en que pueden hallarse los frutos naturales no tiene mayor importancia, ya que le pertenecen, por accesión según algunos, o por el ejercicio de la facultad de goce que le da el dominio, según otros (art. 646).

Respecto de terceros tiene importancia, ya que los terceros se hacen dueños de los frutos al percibirse (art. 685). Los terceros se hacen dueños de los frutos por tradición.

f) *Estados en que pueden hallarse los frutos civiles.*

Los frutos civiles pueden hallarse *pendientes* mientras se deben; y *percibidos*, desde que se cobran (art. 647, inc. 2°).

Creemos que los frutos civiles están percibidos desde que se reciben, ya que si se cobran y no se pagan, se deben y, en consecuencia están pendientes. (64)

Fruto devengado es el fruto al cual se ha adquirido derecho por cualquier título. Los frutos civiles se devengan día a día (art. 790).

g) *¿A quién pertenecen los frutos?*

Los frutos, tanto naturales como civiles, pertenecen al dueño de la cosa fructuaria. Según el código, por accesión; según nosotros, en virtud de la facultad de goce que le confiere el dominio (arts. 646 y 648).

(64) C. S., R., T. 31, sec. 1°, pág. 486.

No pertenecen los frutos al dueño de la cosa fructuaria cuando por disposición de la ley o por un hecho del hombre pertenezcan a otra persona que el dueño.

Por mandato de la ley, los frutos de algunos bienes del hijo de familia pertenecen al padre (art. 243).

Por voluntad del hombre, pertenecen a un tercero los frutos de la cosa que se ha dado en usufructo o en arrendamiento (art. 646, inc. 1°).

h) Naturaleza jurídica de la accesión de frutos.

Tal como lo hemos manifestado, hay quienes creen que el dueño de la cosa fructuaria se hace dueño de los frutos por accesión.

Nosotros pensamos que el dueño de la cosa fructuaria lo es de los frutos por ejercer la facultad de goce que le confiere el dominio.

154. ACCESIÓN PROPIAMENTE TAL O CONTINUA

a) Concepto.

Es la que tiene lugar cuando dos o más cosas de diferente dueño se unen de manera que pasan a constituir un todo.

El dueño de la cosa principal, por regla general, pasa a serlo de la accesoria.

Esta clase de accesión es, en realidad, un modo de adquirir el dominio.

b) Clases de accesión propiamente tal.

- De inmueble a inmueble o natural o del suelo;
- De mueble a mueble;
- De mueble a inmueble o industrial.

La
-
-
-
-
La a
- A
- E
- M
La ac
- Ec
- Pl
- Sic

155. EL ALUVIÓ

a) Conce

Se llan
un río
649).

b) Requis

- El
viol
cau
- El r
art.
alte
de l
here

La accesión de inmueble a inmueble puede ser:

- Aluvión;
- Avulsión;
- Mutación del álveo o cauce de un río, o división del río en dos brazos que no vuelven a juntarse;
- Formación de una nueva isla.

La accesión de mueble a mueble puede ser:

- Adjunción;
- Especificación;
- Mezcla.

La accesión de mueble a inmueble puede ser por:

- Edificación;
- Plantación;
- Siembra.

155. EL ALUVIÓN

a) *Concepto.*

Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera de la mar o de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas (art. 649).

b) *Requisitos para que haya aluvión.*

- El retiro del agua debe ser lento e imperceptible. Si es violento, puede haber otra figura, por ejemplo, mutación del cauce, pero no aluvión;
- El retiro del agua debe ser definitivo. Por eso el inciso 2º del art. 650 dice que el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas forma parte de la ribera o del cauce, y no accede mientras tanto a las heredades contiguas.

c) *¿A quién pertenece el terreno de aluvión?*

El terreno de aluvión accede las heredades riberanas dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua (art. 650, inc. 1º, parte primera).

En los puertos habilitados, el terreno de aluvión pertenece al Estado (art. 650, inc. 1º, parte final).

Puerto habilitado es el que cuenta con las obras necesarias para hacer segura y expedita la faena de carga y descarga de mercaderías y el embarque y desembarque de las mismas.

156. LA AVULSIÓN

a) *Concepto.*

Es el aumento que experimenta un predio cuando por una avenida o por otra fuerza natural violenta le es transportada parte del suelo de otro predio (art. 652, primera parte).

b) *¿A quién pertenece el terreno transportado?*

El terreno transportado pertenece al que era su dueño al tiempo de la avenida u otra fuerza natural, pero para el solo efecto de llevarse.

El dueño tiene un año para reclamar su terreno. Transcurrido el año, se hace dueño del terreno el dueño del terreno a que fue transportado (art. 652).

157. MUTACIÓN DEL CAUCE O ÁLVEO DE UN RÍO O DIVISIÓN DE ÉSTE EN DOS BRAZOS QUE NO VUELVEN A JUNTARSE

a) *Derecho para restituir las aguas a su acostumbrado cauce.*

Los propietarios riberanos, con permiso de la autoridad competente, que es la Municipalidad según la Ley de Municipalidades,

pod
acos
b) ¿A q
mem
La p
derá
dema
cauce
Conc
longit
cada u
respec
hasta c
Las reg
en dos
Creem
el art.
líneas d
agua, el
cauce, a
lo dividi
ción has
las dos l
c) Hereda
Si una h
aguas de
antiguos
Tratándo
ralmente
Si despu
terreno, é
riberanos

podrán hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce (art. 654, parte primera).

b) *¿A quién pertenece la parte del cauce que quedare permanentemente en seco?*

La parte del cauce que quedare *permanentemente* en seco accederá a las heredades contiguas dentro de sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta el agua o hasta el cauce seco (arts. 654, inc. 1º, y 650).

Concurriendo los riberanos de un lado con los del otro, una línea longitudinal dividirá el nuevo terreno en dos partes iguales; y cada una de éstas accederá a las heredades contiguas dentro de sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta dicha línea (arts. 654, inc. 2º, y 650).

Las reglas anteriores se aplicarán al caso en que un río se divida en dos brazos que no vuelven después a juntarse (art. 655).

Creemos que en todos estos casos tiene aplicación lo dispuesto en el art. 651, es decir, siempre que prolongadas las antedichas líneas de demarcación, se corten una a otra, antes de llegar al agua, el triángulo formado por ellas y por la línea que divide el cauce, accederá a las dos heredades laterales; una línea recta que lo divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de intersección hasta la línea que divide el cauce, será la línea divisoria entre las dos heredades.

c) *Heredad inundada.*

Si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas dentro de los cinco años subsiguientes volverá a sus antiguos dueños (art. 653).

Tratándose de un poseedor, por este hecho, se interrumpe naturalmente su posesión (art. 2502, N° 1).

Si después de cinco años las aguas desocupan o restituyen el terreno, éste se pierde para su dueño y accede a los propietarios riberanos según las reglas dadas para el aluvión.

158. FORMACIÓN DE NUEVA ISLA

- a) *Requisitos para que la nueva isla acceda a las heredades ribe-
ranas.*

No deben formarse en el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, ya que éstas pertenecen al Estado (arts. 656, inc. 1º, y 597).

Deben, en consecuencia, formarse en lagos y ríos que no sean navegables por buques de más de cien toneladas.

La isla no debe ser ocupada y desocupada alternativamente por las aguas en sus creces y bajas periódicas, pues en caso contrario se mirará como parte del cauce o lecho, y no accederá entretanto a las heredades ribe-
ranas (art. 656 N° 1).

- b) *Caso de la isla que se forma porque un río se abre en dos brazos que vuelven después a juntarse.*

En este caso la nueva isla no altera el anterior dominio de los terrenos comprendidos en ella.

Pero el nuevo terreno descubierto por el río accederá a las heredades contiguas, como en el caso del río que cambia de cauce (arts. 656 N° 2 y 654).

- c) *Caso de la nueva isla que se forma en el cauce de un río.*

Accede a las heredades de aquélla de las dos riberas a que estuviere más cerca toda la isla; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella (art. 656 N° 3, inc. 1º).

Si toda la isla no estuviere más cercana a una de las riberas que a la otra, accederá a las heredades de ambas riberas; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella (art. 656 N° 3, inc. 2º).

159. LA ADJU

- a) *Conc*

Es u
mue
pero
de se
en el
(art. (

Las partes de la isla que en virtud de estas disposiciones correspondieren a dos o más heredades se dividirán en partes iguales entre las heredades comuneras (art. 656 N° 3, inc. 3°).

Para la distribución de una nueva isla, se prescindirá enteramente de la isla o islas que hayan preexistido a ella; y la nueva isla accederá a las heredades ribejanas como si ella sola existiese (art. 656 N° 4).

Los dueños de una isla formada por el río adquieren el dominio de todo lo que por aluvión acceda a ella, cualquiera que sea la ribera de que diste menos el nuevo terreno abandonado por las aguas (art. 656 N° 5).

d) Caso de la nueva isla que se forma en un lago.

Ya hemos visto que debe tratarse de un lago que no sea navegable por buques de más de cien toneladas, pues en este caso pertenecen al Estado.

Accederá a las heredades de todas sus ribejanas; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella (art. 656 N° 6 y N° 3, inc. 2°).

Pero no tendrán parte en la división del terreno formado por las aguas las heredades cuya menor distancia de la isla exceda a la mitad del diámetro de ésta, medido en la dirección de esa misma distancia (art. 656 N° 6).

159. LA ADJUNCIÓN

a) Concepto.

Es una especie de accesión, y se verifica cuando dos cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños se juntan una a otra, pero de modo que puedan separarse y subsistir cada una después de separadas; como cuando el diamante de una persona se engasta en el oro de otra, o en un marco ajeno se pone un espejo propio (art. 657).

b) *Requisitos para que haya adjunción.*

- Debe tratarse de cosas muebles pertenecientes a distintos dueños;
- Las cosas deben poder separarse y subsistir separadamente.

160. EFECTOS DE LA ADJUNCIÓN

a) *Si la unión se produce sin conocimiento por una de las partes y sin mala fe por la otra.*

El dominio de lo accesorio accederá al dominio de lo principal, con el gravamen de pagar al dueño de la parte accesoría su valor (art. 658).

Si el dueño de la cosa accesoría fue el que hizo uso de la materia principal, el dueño de ésta puede, en lugar de lo dicho en el párrafo anterior, pedir que se le restituya otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, o su valor en dinero (art. 665). Naturalmente que en este caso la cosa entera pertenecerá al dueño de lo accesorio.

En todos los casos en que al dueño de una de las dos materias unidas no sea fácil reemplazarla por otra de la misma calidad, valor y aptitud, y pueda la primera separarse sin deterioro de lo demás, el dueño de ella, sin cuyo conocimiento se haya hecho la unión, podrá pedir su separación y entrega, a costa del que hizo uso de ella (art. 664).

b) *Si el dueño de la cosa principal tuvo conocimiento del uso que se hacía de ella.*

Se presume que lo consintió y sólo tiene derecho al valor de la cosa principal (art. 666).

c) *Si el dueño de lo principal o de lo accesorio usaron de las cosas de otro sin su conocimiento y sin justa causa de error.*

Estarán sujetos en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño; fuera

161. PARA LO PRINCIPAL

a) Si de pecur lo pri

Se mi dueño

b) Si no l cosas tendrá

c) En los cedent

162. LA ESPECIE

a) *Concepto*

Es una pertene to cualq una cop

b) *Caracte*

- No l

- Hay hum

de la acción criminal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas (art. 667, inc. 1°).

Creemos que el inciso 2° del art. 667 no se aplica a la adjunción, sino sólo a la especificación.

161. PARA LOS EFECTOS DE LA ADJUNCIÓN, ¿QUÉ SE ENTIENDE POR COSA PRINCIPAL?

- a) Si de las dos cosas unidas la una es de mucho más estimación, sea pecuniaria o de afección, que la otra, la primera se mirará como lo principal y la segunda como lo accesorio (art. 659, inc. 1°).

Se mirará como de más estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección (art. 659, inc. 2°);

- b) Si no hubiere tanta diferencia en la estimación, aquélla de las dos cosas que sirva para el uso, ornato o comodidad de la otra, se tendrá por accesorio (art. 660);

- c) En los casos a que no pudiere aplicarse ninguna de las reglas precedentes, se mirará como principal la de más volumen (art. 661).

162. LA ESPECIFICACIÓN

a) *Concepto.*

Es una especie de accesión que se verifica cuando de la materia perteneciente a una persona hace otra persona una obra o artefacto cualquiera, como si de uvas ajenas se hace vino, o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave (art. 662, inc. 1°).

b) *Características de la especificación.*

- No hay en ella unión de cosas;
- Hay transformación de una materia ajena por obra del trabajo humano de otro;

- Si se quiere, hay unión entre la materia ajena y el trabajo humano de otro.

163. EFECTOS DE LA ESPECIFICACIÓN

- a) Si no hay conocimiento por una parte ni mala fe por la otra, el dueño de la materia se hace dueño de la obra, pagando la hechura (art. 662, inc. 2°).

Si la obra nueva vale mucho más que la materia, como cuando se pinta en lienzo ajeno, o de mármol ajeno se hace una estatua, la obra nueva pertenecerá al especificante, y el dueño de la materia tendrá solamente derecho a la indemnización de perjuicios (art. 662, inc. 2°).

Si la materia del artefacto es, en parte ajena, y en parte propia del que lo hizo o mandó a hacer, y las dos partes no pueden separarse sin inconveniente, la especie pertenecerá en común a los dos propietarios; al uno a prorrata del valor de su materia, y al otro a prorrata del valor de la suya y de la hechura (art. 662, inc. final).

En todos los casos en que el dueño de una materia de que se ha hecho uso sin su conocimiento tenga derecho a la propiedad de la cosa en que ha sido empleada, lo tendrá igualmente para pedir que en lugar de dicha materia se le restituya otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, o su valor en dinero (art. 665).

- b) Si el dueño de la materia tuvo conocimiento del uso que de ella hacía otra persona, se presumirá haberlo consentido y sólo tendrá derecho a su valor (art. 666).
- c) El que haya hecho uso de una materia ajena sin conocimiento del dueño, y sin justa causa de error, estará sujeto en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño; fuera de la acción criminal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas (art. 667, inc. 1°).

Si el valor de la obra excediere notablemente al de la materia, no tendrá lugar lo prevenido en el párrafo anterior; salvo que se haya procedido a sabiendas (art. 667, inc. 2°).

164. LA

a)

165. EFR

a)

b) E

c) E

d) E

Si

ter

pr

164. LA MEZCLA*a) Concepto.*

Es una especie de accesión que tiene lugar cuando se juntan materias áridas o líquidas pertenecientes a diferentes dueños, de manera que no puedan separarse (art. 663).

165. EFECTOS DE LA MEZCLA

- a) Si no hay conocimiento del hecho, por una parte, ni mala fe, por la otra, el dominio de la cosa pertenecerá a dichos dueños proindiviso, a prorrata del valor de la materia que a cada uno pertenezca (art. 663, inc. 1°).

Si el valor de la materia perteneciente a uno de ellos fuere considerablemente superior, el dueño de ella tendrá derecho para reclamar la cosa producida por la mezcla, pagando el precio de la materia restante (art. 663, inc. 2°);

- b) En todos los casos en que el dueño de una materia, de que se ha hecho uso sin su conocimiento, tenga derecho a la propiedad de la cosa en que ha sido empleada, creemos que como único titular o como comunero, lo tendrá igualmente para pedir que en lugar de dicha materia se le restituya otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, o su valor en dinero (art. 665);

- c) El que haya tenido conocimiento del uso que de una materia suya se hacía por otra persona, se presumirá haberlo consentido y sólo tendrá derecho a su valor (art. 666);

- d) El que haya hecho uso de una materia ajena sin conocimiento del dueño, y sin justa causa de error, estará sujeto en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño; fuera de la acción criminal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas (art. 667, inc. 1°).

Si el valor de la obra excediere notablemente al de la materia, no tendrá lugar lo prevenido en el párrafo anterior; salvo que se haya procedido a sabiendas (art. 667, inc. 2°).

166. ACCESIÓN DE COSA MUEBLE A INMUEBLE, O INDUSTRIAL

a) Casos en que se produce.

Esta accesión se produce:

- Cuando se edifica con materiales ajenos en suelo propio;
- Cuando se edifica con materiales propios en suelo ajeno;
- Cuando se siembra o planta con semillas o vegetales ajenos en suelo propio;
- Cuando se siembra o planta con semillas o vegetales propios en suelo ajeno.

b) Requisitos para que se produzca esta accesión.

Los materiales del edificio deben haberse incorporado en la construcción, y las semillas o vegetales de la siembra o plantación deben estar arraigados en el suelo. Mientras esto no sucede, podrá reclamarlos el dueño (art. 668, inc. final).

c) Efectos de la edificación, siembra o plantación.

Por regla general, el dueño del suelo, que es lo principal, se hace dueño de lo edificado, sembrado o plantado.

167. INDEMNIZACIONES DEBIDAS AL DUEÑO DE LOS MATERIALES, SEMILLAS O PLANTAS

Hay que distinguir si se edifica, siembra o planta con materiales, semillas o plantas ajenas en suelo propio; o si, por el contrario, se edifica, siembra o planta con materiales propios en suelo ajeno.

168. SE EDIFICA, PLANTA O SIEMBRA CON MATERIALES AJENOS EN SUELO PROPIO

- a) Si el dueño del suelo ha usado los materiales, plantas o semillas con justa causa de error, está obligado a pagar al dueño de los materiales, plantas o semillas su justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud (art. 668, incs. 1º y 3º);

169. SE EDIFICA EN SUELO AJENO

Hay que distinguir lo que

a) Si no

El caso de plantas o semillas ajenas en el suelo

- b) Si el dueño del suelo ha procedido sin justa causa de error, pero no a sabiendas, esto es, con ligereza, sin motivos suficientes para equivocarse, está obligado a pagar al dueño de los materiales, plantas o semillas su justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, y además de todo ello será obligado al resarcimiento de perjuicios (art. 668, incs. 1º, 2º y 3º);
- c) Si el dueño del suelo ha procedido a sabiendas de que los materiales, plantas o semillas eran ajenas, debe su justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, y además debe el resarcimiento de los perjuicios, y quedará sujeto a la acción criminal competente (art. 668, incs. 1º, 2º y 3º);
- d) Si el dueño de los materiales, plantas o semillas tuvo conocimiento del uso que se hacía de ellos, sólo habrá lugar al pago de su justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, sea que el dueño del suelo haya usado los materiales, plantas o semillas con justa causa de error, o sin ella, o a sabiendas (art. 668, incs. 1º y 2º).

En estos casos la verdad es que hay compraventa de los materiales, plantas o semillas si el dueño del suelo paga su precio, o permuta si paga otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud.

169. SE EDIFICA, PLANTA O SIEMBRA CON MATERIALES PROPIOS EN SUELO AJENO

Hay que distinguir si el dueño del suelo tuvo o no conocimiento de lo que hacía el dueño de los materiales, plantas o semillas.

a) *Si no tuvo conocimiento.*

El dueño del terreno tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título "De la reivindicación", o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses corrientes por todo el

tiempo que lo haya tenido en su poder; y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios (art. 669, inc. 1°).

Si elige hacerse dueño del edificio, plantación o sementera, para saber lo que debe indemnizar hay que distinguir si el que edificó, plantó o sembró está de buena o mala fe, y establecido ello, aplicar las normas sobre mejoras y frutos que establecen los arts. 907, 908, 909, 910, 911, 912 y 913.

b) Si tuvo conocimiento.

Para recuperar el terreno debe pagar el valor del edificio, plantación o sementera (art. 669, inc. 2°).

170. CONCE

Es un
entrega
faculta
e intenc

- Es u
na p

- Es u

171. ENTREG

- La e
una j

- Much
expre
dible
entre

Siempre

Pero no s
ces la ent

CAPÍTULO VII

LA TRADICIÓN

170. CONCEPTO

Es 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 (art. 670, inc. 1°).

- Es un acto jurídico bilateral, es una convención que se perfecciona por el acuerdo de voluntades del tradente y del adquirente;
- Es un modo de extinguir obligaciones, es un pago.

171. ENTREGA Y TRADICIÓN

- La entrega es el acto material por el que se traspa una cosa de una persona a otra;
- Muchos autores sostienen que Bello confunde o emplea mal las expresiones entrega y tradición, que son jurídicamente inconfundibles, ya que la tradición importa transferencia del dominio, y la entrega no siempre la significa.

Siempre que hay tradición, hay entrega real o simbólica.

Pero no siempre que hay entrega hay tradición, ya que muchas veces la entrega de una cosa sólo da al que la recibe la mera tenencia

suya. Por ejemplo, en el comodato, en el arrendamiento, en la prenda, etc.

La entrega sería el género y la tradición la especie.

Se citan, entre otros, como casos en que Bello confundiría o emplearía mal dichos términos, los de los artículos 2174 y 1920.

Nosotros pensamos que Bello no confundió o mal empleó los términos entrega y tradición, considerando su mentalidad romanista.

Los romanos distinguían la *nuda traditio*, que consistía en entregar a un tercero la tenencia material de una cosa, sin desprenderse del ánimo de señor y dueño, de la "tradicito", que era el modo de adquirir el dominio definido en el art. 670.

Bello emplea la expresión tradición comprendiendo tanto la "nuda traditio" como la "tradicito" de los romanos. Pero tenía muy claro cuándo la tradición transfería el dominio, daba la posesión o daba la tenencia de la cosa.

Así, en el art. 2174 dice que el comodato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa, y en el art. 2197 dice que no se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la *tradicito transfere el dominio*.

Como se puede ver, en ambos artículos se emplea la expresión tradición, pero en el caso del mutuo se aclara que esa tradición transfere el dominio; luego, en la tradición a que se refiere el art. 2174 no se transfere el dominio, se trata de la "nuda traditio" de los romanos.

En el art. 1443 se dice que el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere, y sabemos que son contratos reales la prenda, el comodato, el depósito y el mutuo. Los tres primeros son títulos de mera tenencia, pero el mutuo es translaticio de dominio. Es decir, en el art. 1443 la expresión tradición comprende tanto la "nuda traditio" como la "tradicito" de los romanos.

En los arts. 682 y 683 también se emplea la expresión tradición sin que se transfiera el dominio, pero haciendo nacer posesión. El pri-

mero
cosa
la tra
señal
traden

En el
creen
usar la
las obl
o tradit

El vend
pero la
hacerla
cosa aje
una cos

En resur
presione
tradicito"
la entreg
del domi

Quizá hu
transfere

172. CARACTER

a) Es un

Ya vin
gacion

b) Puede

Ello dep
ejemple
onerosa

mero de ellos dice que si el *tradente* no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre...; y el segundo expresa que la *tradición* da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el *tradente* carecía.

En el art. 1824, relativo a las obligaciones del vendedor, los autores creen ver confirmada la confusión en que habría incurrido Bello al usar las expresiones entrega y tradición. Dice el referido artículo que las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos, la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida.

El vendedor siempre está obligado a hacer entrega de la cosa vendida, pero la tradición, en el sentido de transferir el dominio, sólo podrá hacerla cuando él es dueño de esa cosa, y sabemos que la venta de cosa ajena es válida (art. 1815) y que cuando el vendedor ha vendido una cosa ajena no podrá transferir el dominio.

En resumen, creemos que Bello no confundió o empleó mal las expresiones tradición y entrega. Las usó comprendiendo la "nuda traditio" y la "trading" romanas. Es decir, como término genérico de la entrega (simple traspaso material de una cosa) y de transferencia del dominio.

Quizá hubiese sido preferible limitar la expresión tradición a la transferencia del dominio.

172. CARACTERÍSTICAS DE LA TRADICIÓN

a) *Es un modo de adquirir el dominio entre vivos.*

Ya vimos qué es una convención y un modo de extinguir obligaciones.

b) *Puede ser onerosa o gratuita.*

Ello dependerá del título que sirve de antecedentes a la tradición. Por ejemplo, será gratuita si su causa eficiente es una donación. Será onerosa si su antecedente es una compraventa o una permuta.

c) *Es un modo de adquirir derivativo.*

Esto significa que el derecho del adquirente se mide por el del tradente.

Sabemos que nadie puede transferir más derechos que los que tiene (art. 682, inc. 1º).

El derecho del adquirente procede del derecho del tradente.

d) *Es un modo de adquirir generalmente a título singular.*

Sin embargo, puede ser a título universal cuando se transfiere el derecho de herencia (arts. 1909 y 1910).

173. COSAS QUE SE PUEDEN ADQUIRIR POR TRADICIÓN

Por tradición pueden adquirirse no sólo el dominio de las cosas corporales, sino todos los derechos reales (art. 670, inc. 2º).

Pueden transferirse los derechos personales, y su tradición está tratada en los arts. 1901 y siguientes, en el Título XXV del Libro IV "De la cesión de derechos", párrafo "De los créditos personales".

El derecho de herencia puede adquirirse por tradición, y ésta se regula en los arts. 1909 y 1910.

En resumen, por tradición puede adquirirse el dominio y todos los derechos reales y personales. Es decir, pueden adquirirse las cosas corporales e incorpóreas, incluso las universalidades como la herencia.

174. REQUISITOS DE LA TRADICIÓN

- a) Concurrencia de dos partes, el tradente y el adquirente;
- b) Consentimiento del tradente y del adquirente;
- c) Título translaticio de dominio;
- d) Entrega de la cosa.

175. CONCU

Estas p

Se llama
de la cos
por la tra
nombre

176. REQUISIT

a) Debe
debe s
dente
transfi
que no

b) Debe te
cicio, la
que los
sus repr

177. REQUISITOS CIÓN

- Debe te
siendo la
es incap

- A este re
Alessand
ejercicio,
adquirent

(65) Citado por Vodana
pág. 315.

175. CONCURRENCIA DE DOS PARTES

Estas partes son el tradente y el adquirente.

Se llama *tradente* la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre, y *adquirente* la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre (art. 671, inc. 1º).

176. REQUISITOS DEL TRADENTE PARA QUE PUEDA TRANSFERIR EL DOMINIO

- a) Debe tener la facultad de transferir el dominio. Esto significa que debe ser dueño de la cosa o del derecho que transfiere. Si el tradente no es dueño de la cosa, la tradición no es nula sino que no transfiere el dominio. Por eso el art. 1575 es incorrecto al decir que no es válido el pago en ese caso.
- b) Debe tener capacidad de ejercicio. Si no tiene capacidad de ejercicio, la tradición, que es un acto jurídico, es nula. Naturalmente que los incapaces pueden actuar representados o autorizados por sus representantes legales (art. 671, inc. 2º).

177. REQUISITOS DEL ADQUIRENTE PARA QUE PUEDA ADQUIRIR POR TRADICIÓN

- Debe tener capacidad de ejercicio pues, como hemos dicho, siendo la tradición un acto jurídico, bilateral, si una de las partes es incapaz, la tradición es nula;
- A este respecto debemos hacer presente que hay autores como Alessandri que estiman que el tradente debe tener capacidad de ejercicio, es decir, aptitud para disponer de la cosa, y que al adquirente le basta con tener capacidad de goce. (65)

(65) Citado por Vodanovic, Antonio, *Derecho Civil*, T. II, "De los Bienes", Nascimento, 1957, pág. 315.

En nuestro concepto, tanto el tradente como el adquirente deben tener capacidad de ejercicio pues, como lo hemos dicho en varias oportunidades, al ser la tradición una convención, para que sea válida se necesita la capacidad de ejercicio de ambas partes. Ello, por otra parte, está corroborado en el art. 1575, inc. 2º para el tradente y en el art. 1578 N° 1 para el adquirente.

Naturalmente que el adquirente, además, debe tener capacidad de goce. En consecuencia, sería nula la tradición hecha entre cónyuges no divorciados perpetuamente cuando el título que se invoca es la compraventa, que está prohibida entre cónyuges no divorciados perpetuamente por el art. 1796.

178. EFECTOS DE LA TRADICIÓN CUANDO EL TRADENTE NO ES DUEÑO DE LA COSA QUE SE PRETENDE TRANSFERIR

En este caso, faltaría uno de los requisitos del tradente, cual es la facultad de transferir el dominio, y produce los siguientes efectos:

- a) El adquirente no adquiere el dominio, ya que nadie puede transferir más derechos que los que tiene.
- b) Sin embargo, esa tradición es válida, a pesar de que el art. 1575 dice que el pago, en que deba transferirse la propiedad, y la tradición en esa especie de pago, no es válida sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada. Pero la solución al problema referido no está en el art. 1575, sino en los arts. 682 y 683.

Hay que tener presente que la ley da validez a la venta de cosa ajena (art. 1815). Consecuencialmente debe tener validez el pago que se haga en virtud de ella.

Naturalmente que el comprador no va adquirir el dominio en virtud de ese pago, pero pasará a ser poseedor de dicha cosa y podrá ganarla por prescripción adquisitiva en conformidad al art. 683.

- c) Como lo acabamos de decir, si el tradente no es dueño de la cosa objeto de la tradición, el adquirente pasa a ser poseedor de

ella y
(art. 1

d) Si el t
él o a
los de
entreg

e) Si des
adquie
desde

f) Lo mis
por un

179. CONSENTIM

Como todo
timiento de

Si falta el c
inexistente.

Hacemos pr
tencia, sino
más en favor
la vía de la r

Como saber
ratificarse.

Sin embargo
si faltó el co
retroactivam

Hay autores c
de los princip

(66) Vodanovic, Anton

ella y puede adquirir el dominio por prescripción adquisitiva (art. 683).

- d) Si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, el adquirente sólo adquiere por dicha tradición los derechos transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada (art. 682, inc. 1°).
- e) Si después de hecha la tradición de una cosa ajena, el tradente adquiere el dominio de ella, se reputa que el adquirente es dueño desde la tradición (arts. 682, inc. 2°, y 1819).
- f) Lo mismo sucede si el dueño de la cosa ratifica la tradición hecha por un tercero (arts. 672, inc. 2°, y 1818).

179. CONSENTIMIENTO DEL TRADENTE Y DEL ADQUIRENTE

Como todo acto jurídico bilateral, la tradición requiere del consentimiento de las partes (arts. 672, inc. 1°, y 673, inc. 1°).

Si falta el consentimiento de una o de ambas partes, la tradición es inexistente.

Hacemos presente que los arts. 672 y 673 no se refieren a la inexistencia, sino que hablan de validez, lo que podría ser un argumento más en favor de los que sostienen que la inexistencia se hace valer por la vía de la nulidad absoluta.

Como sabemos, ni la inexistencia ni la nulidad absoluta pueden ratificarse.

Sin embargo, los incisos 2°s. de los arts. 672 y 673 dan a entender que si faltó el consentimiento en la tradición, ésta podría ser ratificada retroactivamente.

Hay autores que piensan que es así y que la ley ha modificado el rigor de los principios generales en materia de consentimiento. (66)

(66) Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 316.

Nosotros no creemos que ésa sea la solución correcta y pensamos que la tradición en que falta la voluntad de las partes es inexistente. Nos parece que la ratificación a que se refiere el art. 672 es la que hace el dueño de la cosa entregada cuando el tradente no lo era. El art. 673 es relativo al pago hecho a otra persona que el acreedor, ratificado por éste (art. 1677). (67)

180. TRADICIÓN HECHA POR MANDATARIOS O POR REPRESENTANTES LEGALES

Como la generalidad de los actos jurídicos, la tradición puede hacerse por medio de mandatarios o representantes legales (art. 671, inc. 2º). El inc. 4º del art. 671 dice que la tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado se entiende hecha por o al respectivo mandante.

Por su parte, el art. 674 expresa que, para que valga la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal.

Creemos que este artículo incurre en un error. Los actos del mandatario que ha excedido los límites de su mandato no son nulos, son inoponibles al mandante, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2160, inc. 1º, sin perjuicio de que si el mandatario, por una necesidad imperiosa, sale de los límites del mandato, se convierte en agente oficioso (art. 2122). (68)

En el caso de los representantes legales que actúan fuera de los límites de su representación legal puede haber nulidad, inoponibilidad o la sanción que se establece en los arts. 255, 256, 390 y siguientes y 1757.

En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal (art. 671, inc. 3º).

(67) C. S., R., T. 30, sec. 1º, pág. 164.

(68) R., T. 49, sec. 2º, pág. 26; C. S., R., T. 53, sec. 1º, pág. 112.

En
trac
que
raic
para
que

Tan
dad

181. EL E

Com
fuerz
se rel
las re

Los a
conte
en la
tradit

a) E

El
tra
es

Se
tra
an
nc
pa
va

b) E

El
de

En este caso, no puede sostenerse que se actúe sin consentimiento del tradente, ya que éste, al obligarse, consintió por el mismo hecho en que su acreedor tendría la facultad de hacer vender todos sus bienes raíces o muebles, presentes o futuros, exceptuados los no embargables, para el pago de su crédito, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2465 que establece el derecho de prenda general de los acreedores.

También es representante legal del tradente el partidor, en conformidad con lo dispuesto en el art. 659 del Código de Procedimiento Civil.

181. EL ERROR EN LA TRADICIÓN

Como todo acto jurídico, la tradición puede estar viciada por error, fuerza o dolo. El código, sin embargo, en el título de la tradición sólo se refiere al error. En consecuencia, el dolo y la fuerza se rigen por las reglas generales.

Los artículos 676, 677 y 678 se refieren al error en la tradición, y contemplan el error en la identidad de la especie que debe entregarse, en la persona del adquirente, en su nombre, en cuanto al título de la tradición y al error de los mandatarios o representantes legales.

a) *Error en cuanto a la identidad de la cosa que debe entregarse.*

El art. 676 dice que se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse.

Según este artículo, si hay error sobre la identidad de la cosa, la tradición no es válida, es nula. Creemos que en el caso que analizamos, la tradición no es nula, sino que es inexistente, ya que no habría consentimiento. También podría servir este artículo para los que sostienen que la inexistencia sólo puede hacerse valer por la vía de la nulidad absoluta.

b) *Error en la persona.*

El art. 676 sanciona con la nulidad el error en cuanto a la identidad de la persona del adquirente.

FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD CATÓLICA

La regla general en materia de error en cuanto a la identidad de las partes es que no vicie la voluntad, salvo que se trate de un acto intuitu personae (art. 1455).

Hay autores que creen que la tradición es un acto intuitu personae, ya que el tradente debe pagar a su acreedor (art. 1576). Esto, a pesar de que el título de la tradición no sea un contrato intuitu personae, pues piensan que una vez celebrado el contrato, como el pago que extinguirá la obligación sólo será el hecho al acreedor, aunque se haya padecido error en la persona al celebrar el contrato y ese error no vicie la voluntad, sí la viciaría si el error se produce en el pago (tradición).

Otros piensan que el que sufre error en cuanto a la persona del acreedor ha hecho un pago indebido y debe proceder conforme lo disponen los arts. 2295 y siguientes, relativos al cuasicontrato de pago de lo no debido, sin perjuicio de su obligación de pagar al verdadero acreedor.

Hacemos presente que el art. 1576 dice que para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor mismo, pero que estimamos más acertada la segunda posición a que nos hemos referido en el párrafo anterior.

El error en cuanto al nombre del adquirente no vicia la voluntad (art. 676, inc. 2°).

c) Error en cuanto al título de la tradición.

El error en cuanto al título de la tradición está tratado en el art. 677 y se refiere a dos situaciones.

La primera tiene lugar cuando una sola de las partes supone un título translaticio de dominio, como cuando, por una parte, se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, y, por otra, se tiene el ánimo de recibir a título de donación.

La segunda tiene lugar cuando por las dos partes se suponen títulos translaticios de dominio, pero diferentes, como si por una de las partes se supone mutuo, y por otra, donación.

En
obst
el ac
tal e

d) Erro

Este
hubie

182. TÍTULO T

Según el
translati

a) Conce

Es el c
703, in

Los pr
venta,
(arts. 6

La tran
también
persona
quede c
domini
translat

b) Requisi

Debe se

Si el títu
haga en

(69) C. S., R., T. II, s

(70) C. S., R., T. 29, s

En ambos casos nos hallamos frente a un error esencial u obstáculo (art. 1453) que, en nuestro concepto, hace inexistente el acto por falta de voluntad, a pesar de que el art. 677 dice que tal error invalida la tradición. (69)

d) Error sufrido por los mandatarios o representantes legales.

Este error tiene las mismas consecuencias y sanciones como si hubiera sido sufrido por el representado (art. 678).

182. TÍTULO TRASLATICIO DE DOMINIO

Según el art. 675, para que valga la tradición se requiere un título translaticio de dominio.

a) Concepto de título translaticio de dominio.

Es el que por su naturaleza sirve para transferir el dominio (art. 703, inc. 3°).

Los principales títulos translaticios de dominio son la compra-venta, la permuta, la donación entre vivos, el aporte en sociedad (arts. 675, inc. 1°, y 703, inc. 3°).

La transacción, cuando recae sobre un objeto no disputado, también es título translaticio de dominio. Por ejemplo, si dos personas se disputan una cosa y convienen que una de ellas se quede con la cosa disputada y que le dé a la otra un objeto de su dominio; en cuanto se refiere al objeto no disputado, es título translaticio de dominio.

b) Requisitos del título.

Debe ser válido en sí y respecto de la persona a quien se confiere.

Si el título adolece de algún vicio de nulidad, la tradición que se haga en virtud de él no transfiere el dominio. (70)

(69) C. S., R., T. II, sec. 1°, pág. 431; T. 45, sec. 1°, pág. 263.

(70) C. S., R., T. 29, sec. 1°, pág. 273.

El título, además, debe ser válido respecto de la persona a quien se confiere. Así, el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges (art. 675, inc. 2°). Lo mismo sucede con el título de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente (art. 1796).

Si el título requiere de solemnidades, es necesario cumplir con ellas para que se transfiera el dominio.

183. LA ENTREGA DE LA COSA

El término "entrega" significa en la tradición la materialización del acuerdo de las partes de transferir el dominio del tradente al adquirente.

Esta "entrega" es diferente según se trate de bienes muebles, inmuebles, de derechos personales, de frutos y productos, del derecho de herencia y de las servidumbres.

184. TRADICIÓN DE LOS DERECHOS REALES SOBRE UNA COSA CORPORAL MUEBLE

Según el art. 684, la tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio y figurando esta transferencia por uno de los medios que el mismo artículo indica.

La entrega en esta clase de tradición puede ser real o ficta.

a) *Entrega real.*

Es la que se hace físicamente, sea traspasando materialmente el tradente la cosa al adquirente, sea permitiendo el tradente al adquirente la aprehensión material de una cosa presente (art. 684 N° 1).

b) *Entrega ficta.*

Es la que se hace por medio de una ficción, en la que determinados hechos o actos se consideran entrega.

Se acostumbra a entender por entregas fictas: la entrega simbólica, la entrega de larga mano o "longa manu", la entrega por breve mano o "brevi manu" y el constituto posesorio.

La terminología anterior viene del Derecho Romano y la verdad es que no tiene razón de ser. El código no la emplea y si nosotros lo hacemos es porque así acostumbran a hacerlo los autores.

c) *Entrega simbólica.*

Tiene lugar cuando en vez de la entrega de la cosa objeto de la tradición se realizan algunos de los siguientes hechos:

- Cuando se entregan al adquirente las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa (art. 684 N° 3);
- Cuando se entrega el conocimiento, carta de porte o factura en los casos de venta de mercaderías, que vienen en tránsito por mar o por tierra (art. 149 N° 1 del Código de Comercio);
- Cuando se fija por el comprador, con consentimiento del vendedor, su marca en las mercaderías vendidas (art. 149 N° 2 del Código de Comercio);
- Cuando el tradente se encarga de poner la cosa a disposición del adquirente, en el lugar convenido (art. 684 N° 4);
- Los casos de tradición simbólica que hemos señalado en esta letra no son taxativos.

d) *Entrega de larga mano o "longa manu".*

Es la que se realiza cuando el tradente muestra la cosa, al adquirente (art. 684, N° 2).

Naturalmente que además de mostrar la cosa el tradente debe ponerla a disposición del adquirente.

e) *Entrega por breve mano o "brevi manu".*

Es la que tiene lugar cuando el mero tenedor de la cosa la retiene con ánimo de dueño porque celebró un acto translaticio de dominio con el dueño de ella. Por ejemplo, cuando el arrendatario retiene la cosa arrendada porque se la compró al dueño; cuando el comodatario retiene la cosa porque el comodante se la dio en pago de una obligación suya (art. 685, N° 5 parte primera).

f) *Constituto posesorio.*

Tiene lugar cuando el dueño de la cosa celebra un contrato en que retiene la mera tenencia de la cosa que pasa a ser de otra persona.

Naturalmente que tendrá que haber celebrado un acto translaticio de dominio con dicha persona.

Por ejemplo, si el dueño de una cosa se la vende a otra persona y celebra con ella un contrato de arrendamiento en que se obliga como arrendatario (art. 684, N° 5, segunda parte).

g) *Entrega de frutos y productos de un predio.*

Se efectúa cuando se separan las piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio y que se toman de él *con permiso del dueño*. La tradición se perfecciona en el momento de la separación (art. 685, inc. 1°).

- Aquél a quien se deban los referidos frutos o productos podrá entrar a cogerlos al predio, fijándose día y hora de común acuerdo con el dueño (art. 685, inc. 2°);
- Creemos que si no se produce el acuerdo entre el dueño y el que tiene derecho para coger los frutos o productos, será el juez el que debe fijar el día y hora para hacerlo;
- No vemos inconveniente para que la entrega de los frutos pendientes o productos se haga en las formas fictas que

185. TRADICIÓN INMUEBL

La tradición es distinto derechos del título

Más adelante Bienes Ra

Hacemos y requiere de predios ur

186. TRADICIÓN

La tradición crítica pública aceptarlo. Es se establece título de la t

187. TRADICIÓN D

El patrimonio por causa de

Una vez mue de herencia y

contempla el art. 684; sin embargo, hay jurisprudencia en contra. (71)

185. TRADICIÓN DE LOS DERECHOS REALES SOBRE UNA COSA CORPORAL INMUEBLE

La tradición misma y la entrega que ella supone según el art. 670, que es distinta a la entrega material, se efectúa, cuando se trata de derechos reales sobre una cosa corporal inmueble, por la inscripción del título en el Registro del Conservador (art. 686).

Más adelante estudiaremos las inscripciones y el Conservador de Bienes Raíces.

Hacemos presente que la tradición de un derecho de servidumbre no requiere de inscripción, salvo de la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos.

186. TRADICIÓN DE UN DERECHO DE SERVIDUMBRE

La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por la escritura pública en que el tradente expresa constituirlo, y el adquirente aceptarlo. Esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato en que se establece la obligación de conceder la servidumbre y que es el título de la tradición del derecho real de servidumbre (art. 698).

187. TRADICIÓN DEL DERECHO DE HERENCIA

El patrimonio del difunto se adquiere por los herederos por sucesión por causa de muerte al fallecer el causante.

Una vez muerto el causante, el heredero puede enajenar su derecho de herencia y si lo hace habrá que hacer tradición de él.

(71) C. S., 17 julio 1878, G. 1878, N° 2608, pág. 1083.

Al hablar de tradición del derecho de herencia nos estamos refiriendo a la universalidad, no a bienes particulares que la integren.

No hay disposición en el código que determine la forma en que debe hacerse la tradición del derecho de herencia.

La jurisprudencia mayoritaria sostiene que siendo la herencia una universalidad distinta de los efectos que la componen, aunque en ella haya inmueble, no es necesaria la inscripción del título para que se efectúe su tradición. (72)

Como no hay reglas especiales para la tradición del derecho de herencia, hay que aplicar el art. 670, y según esa disposición, la tradición del derecho de herencia puede verificarse por cualquier medio que revele la intención del tradente de transferirlo y la del adquirente de adquirirlo.

Serían formas de hacer la tradición del derecho de herencia el hecho de que en la escritura de compraventa se exprese la voluntad de transferir la herencia por parte del vendedor y la voluntad de adquirirla por el comprador; el hecho de que, vendida una herencia, el comprador pida la posesión efectiva o su inscripción o la inscripción especial de herencia.

A veces será necesaria la inscripción de la cesión del derecho de herencia, pero no para efectuar su tradición, sino para otros efectos que estudiaremos más adelante.

Hacemos presente que la cesión del derecho de herencia está tratada en los arts. 1909 y 1910.

188. TRADICIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES

La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro se verifica por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario (arts. 699 y 1901).

(72) R., T. 62, sec. 4ª, pág. 479; C. S., R., T. 37, sec. 1ª, pág. 527; C. Concepción, R., T. 56, sec. 2ª, pág. 305.

Esta en
puede se
debe se
suyo. Pe
hacerse
voluntac

Hacemo
produzca
cada por

También
chos pers
que esta r
sin embar
de transm
especiales

189. EFECTOS D

Ya vimos
de la cosa

Cuando el
transfiere e

Como la tra
tenía el trad
los mismos
hipoteca, el

190. ¿CUÁNDO PU

Como la reg
ples, la tradi
diatamente c

Si para cump
plazo o condi

Esta entrega puede ser real cuando el título consta por escrito. Pero puede ser simbólica. Si el título no consta por escrito, necesariamente debe ser simbólica, permitiendo al cesionario tener el crédito por suyo. Por ejemplo, si se quiere ceder el crédito del mutuante, podrá hacerse una escritura de cesión en que el mutuante manifieste su voluntad de ceder el crédito y el cesionario de adquirirlo.

Hacemos presente que para que la cesión de un derecho personal produzca efectos contra el deudor y contra terceros debe ser notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (art. 1902).

También hacemos presente que al referimos a la tradición de derechos personales nos estamos refiriendo a los créditos nominativos y que esta materia está tratada en los arts. 1901 a 1908. No se refiere, sin embargo, a las letras de cambio, pagarés, cheques y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales, aunque sean nominativos.

189. EFECTOS DE LA TRADICIÓN

Ya vimos los efectos de la tradición cuando el tradente no es dueño de la cosa o del derecho que transfiere.

Cuando el tradente es dueño de la cosa que entrega, la tradición transfiere el dominio.

Como la tradición es un modo de adquirir derivativo, el dominio que tenía el tradente pasa al adquirente en las mismas condiciones y con los mismos gravámenes. Así, si la cosa estaba gravada con una hipoteca, el adquirente la recibe con la hipoteca.

190. ¿CUÁNDO PUEDE EXIGIRSE LA TRADICIÓN?

Como la regla general es que los actos jurídicos sean puros y simples, la tradición, que es consecuencia de ellos, puede pedirse inmediatamente después de celebrado el contrato.

Si para cumplir la obligación, que será precisamente la tradición, hay plazo o condición suspensiva, no puede exigirse la tradición sino una

vez vencido el plazo o cumplida la condición (arts. 680, inc. 1º, y 681).

Tampoco podrá hacerse la tradición si hay decreto judicial que retenga el pago (arts. 681 y 1578 N° 2).

Pensamos que si se entrega la cosa que se debe bajo condición suspensiva y después se cumple la condición, el que la recibió se entiende dueño desde la tradición, ya que la condición suspensiva opera con efecto retroactivo.

Naturalmente que esa entrega no transfiere el dominio mientras no se cumple la condición.

191. TRADICIÓN BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA

Si se hace la tradición bajo la condición resolutoria, el adquirente se hace dueño de la cosa desde el momento en que se le hace la tradición. Claro que ese dominio puede perderse si se cumple la condición.

Cumplida la condición, se entiende que el adquirente jamás fue dueño de la cosa, y que el tradente siempre conservó el dominio, ya que la condición resolutoria opera con efecto retroactivo.

Si el adquirente, pendiente la condición resolutoria enajena la cosa o la grava con algún derecho real, tendrá lugar lo dispuesto en los arts. 1490 y 1491; es decir, si la cosa es mueble, el tradente no podrá reivindicarla contra terceros de buena fe, y si es inmueble, sólo podrá resolverse la enajenación o gravamen cuando la condición conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

Hay autores que creen que respecto de la tradición no tiene lugar la condición resolutoria tácita, porque el art. 680 dice que la condición, en la tradición, debe expresarse. La verdad es que la condición expresa o tácita se establece o contiene en el título de la tradición, en el contrato que le sirve de causa próxima. En consecuencia, no vemos por qué no tendría lugar lo prevenido respecto de la condición resolutoria tácita en la tradición. Por consiguiente, declarada la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, deberá

proced
1487;
entiene
dispue
gravad

192. CONTRA

La prim
la entree
dida, au
se haya
de una c
aunque
comprad
dominio

Por su pa
minio sin
el de con
resolució
dor.

Como se p
luta contra
rirse lo dis
con lo dis
cación en
no sean la
aporte en
reservánde
socios. Se
transfiere c

Fuera de la
cual es la e
tos y en la C
venta no se
menos que

procederse a las prestaciones recíprocas conforme lo previene el art. 1487; el adquirente pierde el dominio que tenía sobre la cosa, que se entiende haber pertenecido siempre al tradente, y tiene aplicación lo dispuesto en los arts. 1490 y 1491 si el adquirente ha enajenado o gravado la cosa en el tiempo intermedio.

192. CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 680 INCISO SEGUNDO Y 1874

La primera de las disposiciones mencionadas expresa que verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición. Es decir, este artículo expresa que el vendedor, aunque entregue la cosa puede reservarse el dominio hasta que el comprador le pague el precio, y si éste no le paga, no adquiere el dominio de la cosa.

Por su parte, el art. 1874 dice que la cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no produce otro efecto que el de conferir derecho al vendedor para demandar el precio o la resolución del contrato, pero el dominio fue adquirido por el comprador.

Como se puede ver, se trata de dos disposiciones que están en absoluta contradicción. Ante esa contradicción creemos que debe preferirse lo dispuesto en el art. 1874 que es norma especial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13. Estimamos que el art. 680 tiene aplicación en otros actos jurídicos y respecto de otras condiciones que no sean la de pagar el precio en la compraventa. Por ejemplo, en un aporte en sociedad en que un socio aporta en propiedad una cosa reservándose el dominio mientras no hagan los aportes los otros socios. Se trata de una tradición bajo condición suspensiva, que no transfiere el dominio mientras no se cumpla la condición.

Fuera de la razón dada para preferir el art. 1874 al 680 tenemos otra, cual es la evolución que sufrieran estas disposiciones en los Proyectos y en la Comisión Revisora. En los primeros se disponía que en la venta no se transfería el dominio mientras no se pagara el precio, a menos que se asegurara su pago a satisfacción del vendedor, o se

vendiera a plazo. Es decir, en los Proyectos la reserva del dominio se subentendía. La Comisión Revisora no aceptó esa disposición y dejó el art. 680 como está, es decir, la reserva del dominio debía pactarse. Posteriormente, en el art. 1874 ni siquiera se aceptó eso y se estableció la norma que no da valor a ese pacto. (73)

(73) C. S., R., T. 59, sec. 1ª, pág. 261.

EL CONS

193. NORMAS I
LAS INSCR

De acuerd
más los de
dades de l

Las norm
Código C
Bienes Ra
Nueva Org
la Ley N° 1
de Conserv
normas par
poblacione

También s
especiales,
tro de Con

194. LOS CONSE

Son los min
bienes raíces
piamente m

CAPÍTULO VIII

EL CONSERVADOR DE BIENES RAICES Y LAS INSCRIPCIONES

193. NORMAS POR LAS QUE SE RIGEN EL CONSERVADOR DE BIENES RAICES Y LAS INSCRIPCIONES

De acuerdo al art. 696, un reglamento especial determinará en lo demás los deberes y funciones del Conservador, y la forma y solemnidades de las inscripciones.

Las normas fundamentales que rigen esta materia, además del Código Civil, son, el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces; el D.F.L. N° 247 de 20 de mayo de 1931 sobre una Nueva Organización del Conservador de Bienes Raíces de Santiago; la Ley N° 16.665 sobre Reconstitución de Inscripciones en Registro de Conservadores de Bienes Raíces; y la ley N° 16.741, que establece normas para saneamiento de los títulos de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular.

También se refieren a esta materia diversas leyes sobre prendas especiales, sobre el Conservador de Vehículos Motorizados y Registro de Conductores, etc.

194. LOS CONSERVADORES

Son los ministros de fe encargados de los registros conservatorios de bienes raíces, de comercio, de minas, de acciones de sociedades propiamente mineras, de asociaciones de canalistas, de prenda agraria,

de prenda industrial, especial de prenda y demás que les encomienden las leyes (art. 446 del Código Orgánico de Tribunales).

Si en un departamento no hubiere Conservador, el Notario será a su vez Conservador.

Los arts. 446 a 452 del Código Orgánico de Tribunales se refieren a los Conservadores.

195. LIBROS QUE LLEVA EL CONSERVADOR DE BIENES RAICES

- a) El Repertorio;
- b) El Registro de Propiedad;
- c) El Registro de Hipotecas y Gravámenes;
- d) El Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar;
- e) El Índice General (arts. 21, 31 y 43 del Reglamento).

196. EL REPERTORIO

a) *Concepto.*

Es el libro en que el Conservador anota todos los títulos que se le presenten para ser inscritos (arts. 21 del Reglamento de Registro Conservatorio de Bienes Raíces).

b) *Obligación del Conservador de anotar los títulos en el Repertorio.*

El Conservador, en ningún caso, dejará de anotar en el Repertorio el título que se le presente para ser inscrito, ya sea que el motivo que encontrare para no hacer la inscripción sea en su concepto de efectos permanentes o transitorios y fáciles de subsanar.

c) *Caducidad de las anotaciones en el Repertorio y su conversión en inscripción.*

Las anotaciones en el Repertorio caducarán a los dos meses de su fecha si no se convirtieren en inscripción (art. 15 del Reglamen-

to), y se convertirán en inscripción cuando se haga constar que se ha subsanado la causa que impedía la inscripción (art. 16 del Reglamento).

Convertida la anotación en inscripción, surte ésta todos los efectos de tal *desde la fecha de la anotación*, sin embargo, de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra (art. 17 del Reglamento). Pero no puede renovarse si no se convierte en inscripción a los dos meses. (74)

d) *Forma como se lleva el Repertorio.*

La forma material como se lleva el Repertorio está en el art. 24 del Reglamento.

A todo requirente, en el acto que lo pida, dará el Conservador copia de la anotación en el Repertorio (art. 69 del Reglamento).

e) *Inscripción de títulos incompatibles con el anotado en el Repertorio.*

La Corte Suprema ha dicho que la anotación presuntiva en el repertorio sólo importa para determinar la fecha de la inscripción, pero que no impide otras inscripciones aunque sean incompatibles con las anotadas. Es más, ha dicho que la ley autoriza las referidas inscripciones cuando el art. 17 del Reglamento expresa que, convertida la anotación en inscripción, surte ésta todos los efectos de tal *desde la fecha de la anotación*, sin embargo, de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra. (75)

f) *¿Qué sucede si entre la anotación presuntiva y el transcurso de los dos meses se inscribe una prohibición judicial de enajenar?*

Creemos que si la anotación presuntiva se convierte en inscripción, la inscripción de la prohibición queda sin efecto por lo dispuesto en el art. 17 del Reglamento.

(74) C. S., R., T. 37, sec. 1ª pág. 113; T. 54, sec. 1ª, pág. 393.

(75) C. S., R., T. 45, sec. 1ª pág. 392.

197. EL REGISTRO DE PROPIEDAD

Es el libro en que se inscriben las translaciones de dominio (art. 32, inc. 1º, del Reglamento).

Como todo Registro, contendrá un índice por orden alfabético, destinado a colocar separadamente el nombre de los otorgantes, el apellido de los mismos y el nombre del fundo, materia de la inscripción (art. 41 del Reglamento).

Se inscribirán en este Registro las cancelaciones, subinscripciones y demás concernientes a las inscripciones que se hagan en él (art. 33 del Reglamento).

198. EL REGISTRO DE HIPOTECAS Y GRAVÁMENES

Es el libro en que se inscriben las hipotecas, los censos, los derechos de usufructo uso y habitación, los fideicomisos, las servidumbres y otros gravámenes semejantes (art. 32, inc. 2º, del Reglamento).

También contendrá el índice que hemos mencionado en el número anterior, y se inscribirán en este Registro las cancelaciones, subinscripciones y demás concernientes a las inscripciones que se hagan en él (art. 33 del Reglamento).

199. EL REGISTRO DE INTERDICIONES Y PROHIBICIONES DE ENAJENAR

Es el libro en que se inscriben las interdicciones y prohibiciones de enajenar e impedimentos relacionados con el art. 53 Nº 3 del Reglamento (art. 32, inc. 3º, del Reglamento).

Además, se inscribirán en este Registro las respectivas cancelaciones, subinscripciones y demás concernientes a las inscripciones hechas en él (art. 33 del Reglamento).

También contendrá el índice a que nos hemos referido en los números anteriores (art. 41 del Reglamento).

200. EL f

Es el
que s

Tanto
partic
tes, e
si es
trato
índice
inscri

201. TÍTULO

Deber

1º Lo
tul
cor
crip
rec

2º La
bien
caer
sión
vita

3º La r
men

4º Los
litac
finit
ficio
52 d

200. EL ÍNDICE GENERAL

Es el libro que se lleva por orden alfabético y que se forma a medida que se vayan haciendo las inscripciones en los tres Registros.

Tanto en las partidas del Índice General como en las de los índices particulares de cada Registro se enunciarán el nombre de los otorgantes, el nombre particular del fundo, la calle en que estuviere situado, si es urbano, y si es rústico, la subdelegación, la naturaleza del contrato o gravamen, la cita de la foja y número de la inscripción. El índice general citará también el Registro parcial en que se halle la inscripción (art. 44 del Reglamento).

201. TÍTULOS QUE DEBEN INSCRIBIRSE

Deberán inscribirse en el Registro Conservatorio:

- 1º Los títulos translaticios del dominio de los bienes raíces; los títulos de derechos de usufructo, uso, habitación, censo e hipoteca constituidos en inmuebles, y la sentencia que declare la prescripción adquisitiva del dominio o de cualquiera de dichos derechos;
- 2º La constitución de los fideicomisos que comprenden o afecten bienes raíces; la del usufructo, uso y habitación que hayan de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos; la constitución, división, reducción y redención del censo; la constitución de censo vitalicio, y la constitución de la hipoteca;
- 3º La renuncia de cualquiera de los derechos enumerados anteriormente;
- 4º Los decretos de interdicción provisoria y definitiva, el de rehabilitación del disipador y demente, el que confiera la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y el que conceda el beneficio de separación según el artículo 1385 del Código Civil (art. 52 del Reglamento).

Sobre los títulos que deben inscribirse haremos los siguientes comentarios:

- a) El N° 1 del art. 52 del Reglamento se refiere a la *tradición* del dominio, usufructo, uso, habitación, censo e hipoteca constituidos sobre inmuebles.

El N° 2, en cambio, se refiere a la constitución del usufructo, uso, habitación, censo e hipoteca.

Es decir, el N° 1 se refiere al caso en que el usufructuario, el censalista o el acreedor hipotecario *transfieran* sus respectivos derechos que ya están constituidos. El N° 2, en cambio, se refiere al caso en que el dueño de la finca *la da en usufructo, uso o habitación, o la grava* con hipoteca o censo.

- b) La referencia a los títulos translaticios de uso o habitación que hace el N° 1 del art. 52 del Reglamento es incorrecta, ya que se trata de derechos personalísimos que no pueden transferirse a otro (arts. 819 y 1464 N° 2).
- c) La sentencia que declara una prescripción se inscribe para hacerla oponible a terceros y para mantener la historia de la propiedad raíz (art. 2513).
- d) Las inscripciones que ordena el N° 4 del art. 52 del Reglamento, en general, tienen por objeto poner en conocimiento de terceros y hacer oponibles los actos a que se refieren.
- e) *Sanción cuando no se inscribe un título que debe inscribirse.* La sanción por el hecho de no inscribirse un título que debe inscribirse es la de que no se produce el efecto que señala la ley, en cada caso, para la respectiva inscripción. Por ejemplo, si no se inscribe un título translaticio del dominio, no se transfiere el dominio; si no se inscribe un derecho de usufructo, no nace ese derecho real. Así lo dice el Mensaje del código.

202. TÍTULO

Pueden

1° Tod
imm

2° Tod
en lo

3° El a
cual
la le

4° Toda
venc
mod
clase
del R

Hacemos
las prohi
ejercicio
no hacen
juicios q
art. 1464
y 297 del
naturalm

Para quienes estiman que la inscripción es, en ciertos casos, solemnidad de algunos actos, si se omite habría nulidad absoluta (art. 1682). (76)

Cuando la inscripción tiene por objeto hacer oponible un acto a terceros, la falta de inscripción acarreará la inoponibilidad (art. 150)

202. TÍTULOS QUE PUEDEN INSCRIBIRSE

Pueden inscribirse:

- 1º Toda condición suspensiva o resolutoria del dominio de bienes inmuebles o de otros derechos reales constituidos sobre ellos;
- 2º Todo gravamen impuesto en ellos que no sea de los mencionados en los números 1º y 2º del artículo 52, como las servidumbres;
- 3º El arrendamiento en el caso del art. 1962 del Código Civil y cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea permitido por la ley;
- 4º 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. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etc. (art. 53 del Reglamento).

Hacemos presente que, a pesar de lo dicho en el N° 4, creemos que las prohibiciones convencionales que embaracen o limiten el libre ejercicio del derecho de enajenar, si la enajenación se lleva a efecto, no hacen nula tal enajenación, sólo dan derecho para cobrar los perjuicios que corresponda. Pensamos así porque los N°s. 3º y 4º del art. 1464 se refieren a embargos y prohibiciones judiciales (arts. 296 y 297 del Código de Procedimiento Civil). Las prohibiciones legales, naturalmente, hacen nula la enajenación (arts. 10, 1466 y 1682). Las

(76) C. S., R., T. 14, sec. 1º, pág. 340.

prohibiciones convencionales sólo limitan o embarazan la enajenación, pero no la anulan.

203. LAS INSCRIPCIONES

Sobre las inscripciones veremos las siguientes materias:

- a) Finalidades de la inscripción;
- b) Conservador en que se hacen las inscripciones;
- c) Forma en que deben pedirse y hacerse las inscripciones;
- d) Negativa del Conservador a hacer una inscripción;
- e) Qué debe contener la inscripción;
- f) Inscripción de una finca que no estaba antes inscrita;
- g) Inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte;
- h) Inscripción de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva.

204. FINALIDADES DE LA INSCRIPCIÓN

En nuestro derecho la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces tiene las siguientes finalidades:

- a) Es la única manera de hacer *la tradición* del dominio y de los otros derechos reales constituidos sobre inmuebles, salvo el de servidumbre.

También es la única manera de *constituir derechos reales inmuebles*, salvo el de servidumbre (arts. 686 y 698);

- b) Sirve para dar *publicidad* a la propiedad raíz. Así lo dice el Mensaje del Código.

Las inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte, tienen esta finalidad, ya que ni el dominio ni la posesión se adquieren en ese caso por la inscripción. El dominio se adquiere por sucesión por causa de muerte, y la posesión, al momento de la delación de la herencia, en virtud de la ley.

Per
crip
c) Tier
d) Es p
(arts
Hac
sobre
e) Es so
del fi
tamer

205. CONSERV.

- a) La ins
derech
y 2º de
en que
tenece
oficina
art. 54,
Si el tít
en los
pertene
art. 54,
Si por
inmueb
diviso,
parte ad
correspe
Civil y a

(77) C. S. R. T. 20, se

Permite hacer *oponible* a terceros ciertos hechos, como la prescripción adquisitiva (art. 2513);

- c) Tiene por objeto *conservar la historia* de la propiedad inmueble;
- d) Es *prueba, requisito y garantía* de la posesión de los inmuebles (arts. 724, 728, 730, 2505, 924). (77)

Hacemos presente que no todos los autores están de acuerdo sobre esta materia;

- e) *Es solemnidad* de ciertos actos. Por ejemplo, para la constitución del fideicomiso sobre inmuebles por acto entre vivos o por testamento (art. 735).

205. CONSERVADOR EN QUE DEBEN HACERSE LAS INSCRIPCIONES

- a) La inscripción del título de dominio y de cualquier otro de los derechos reales sobre inmuebles a que se refieren los números 1° y 2° del art. 52 se hará en el Registro Conservatorio de la comuna en que esté situado el inmueble, y si éste por su situación pertenece a varias comunas, deberá hacerse la inscripción en la oficina de cada uno de ellas (art. 687, inc. 1° del Código Civil y art. 54, inc. 1° del Reglamento).

Si el título es relativo a dos o más inmuebles, deberá inscribirse en los Registros de todas las comunas a que por su situación pertenecen los inmuebles (art. 687, inc. 2° del Código Civil y art. 54, inc. 2° del Reglamento).

Si por un acto de partición se adjudican a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían proindiviso, el acto de partición, en lo relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada, se inscribirá en la comuna a que por su situación corresponda dicho inmueble o parte (art. 687, inc. 3° del Código Civil y art. 54, inc. 3° del Reglamento).

(77) C. S. R. T. 20, sec. 1°, pág. 301.

Las inscripciones a que se refiere esta letra se harán en el Registro de Propiedad o de Hipotecas y Gravámenes según corresponda.

- b) El decreto judicial que da la posesión efectiva debe inscribirse en la Oficina del Conservador del departamento en que haya sido pronunciado, en el Registro de Propiedad (art. 688 N° 1 del Código Civil, 55 N° 1 del Reglamento y 883 del C. de P.C.).

Si entre los bienes hereditarios hay inmuebles, la posesión efectiva se inscribirá además en el Conservador de Bienes Raíces de la comuna o agrupación comunal en que están situados los inmuebles (art. 883, inc. 3° del C. de P.C.).

- c) El testamento, si la sucesión es testamentaria, se inscribirá en el Registro y Conservador designados en la letra anterior.
- d) La inscripción especial de herencia, esto es, la que pone cada inmueble a nombre de todos los herederos, se hará en el Conservador o conservadores del departamento o departamentos, en que esté o estén situados los inmuebles (arts. 688 N° 2 y 687 del Código Civil y 55 N° 3 del Reglamento).
- e) La sentencia ejecutoriada en que se reconocen como adquiridos por prescripción el dominio o cualquier otro derecho real sobre inmuebles se inscribirá en el Registro de Propiedad del Conservatorio de Bienes Raíces de las comunas donde estuvieren situados los inmuebles (arts. 689 y 687 del Código Civil).
- f) Los decretos de interdicción, los que prohíben o limitan generalmente el derecho de enajenar y los demás que no se contraigan a determinado inmueble se inscribirán en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador del departamento en donde tenga su domicilio la persona sobre quien recae el decreto o prohibición. Se inscribirán también en el departamento o departamentos en que estén situados los inmuebles que les pertenezcan.

Si la prohibición o limitación recayere sobre un inmueble determinado, la inscripción deberá hacerse en el departamento o

(78) Vodanovic, Antón

(79) C. S., R., T. 24, s.

departamentos en que estuviere situado el inmueble (art. 56 del Reglamento).

- g) *¿Qué sucede si se hace una inscripción en un Registro distinto al que corresponde?* Por ejemplo, si se inscribe la constitución de un usufructo o de una hipoteca en el Registro de Propiedad.

Según Vodanovic (78), la jurisprudencia ha establecido que es nula la inscripción practicada en un Registro que no corresponde. Agrega que se considera que la inscripción no se ha realizado y que esta omisión, según la Corte Suprema, produce nulidad absoluta. Cita una sentencia de casación de fondo de 7 de noviembre de 1916, aparecida en la Revista, tomo 14, sec. 1ª, pág. 340, considerando 12, pág. 347.

Nosotros creemos que la inscripción en un Registro que no corresponde es nula, pero sólo la inscripción. No así la omisión de la inscripción en el Registro que corresponda. Esta omisión es sólo eso, omisión, y el título no se anula por ello y puede inscribirse en el correspondiente Registro.

- h) *Caso en que un inmueble está ubicado en dos o más comunas y se inscribe en el Conservador de una de ellas.* Podría pensarse que la inscripción es eficaz respecto de la parte del predio que está en la comuna en que se practicó la inscripción.

Sin embargo, la Corte Suprema estimó que una sola de las inscripciones, cuando se requieren varias, es ineficaz respecto de parte del predio. (79)

Hay que recordar que el art. 54, inc. 1º del Reglamento, dice que si el inmueble por su situación pertenece a varias comunas, *deberá* hacerse la inscripción en la oficina de cada una de ellas.

(78) Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 351.

(79) C. S. R., T. 24, sec. 1ª, pág. 205.

206. FORMA EN QUE DEBEN PEDIRSE Y HACERSE LAS INSCRIPCIONES

- a) Para llevar a efecto la inscripción, se exhibirá al Conservador copia auténtica del título respectivo, y del decreto judicial, en este caso, con certificación al pie del respectivo escribano, que acredite ser ejecutorio (arts. 690 del Código Civil y 57, inc. 1° del Reglamento).

Se exhibirán también los demás documentos necesarios, sean públicos o privados (art. 57, inc. 2° del Reglamento).

- b) Siempre que se transfiera un derecho que ha sido antes inscrito, se mencionará la precedente inscripción en la nueva (art. 692 del Código Civil y 80 del Reglamento).

- c) La inscripción de un embargo, secuestro, cesión de bienes o cualquier otro impedimento legal para enajenar un inmueble no podrá hacerse sin previo decreto del juez competente (art. 59 del Reglamento).

- d) Si la inscripción se refiere a minutas o documentos que no se guarden en el registro o protocolo de una oficina pública, se guardarán dichas minutas o documentos en el archivo del Conservador, bajo su custodia y responsabilidad (art. 694 del Código Civil y 85 del Reglamento). Es lo que sucede con los planos de división de bienes raíces. Se agregan numerados al final del respectivo Registro, por el mismo orden de inscripción. Al final del documento se pondrá un certificado igual al de los Registros, y en cada documento, cuyas páginas todas rubricará el Conservador, certificará la foja y el número de la inscripción a que se refiere (arts. 39 y 40 del Reglamento).

- e) Los interesados pueden pedir la inscripción por sí, por medio de personeros o de sus representantes legales.

Sólo si la inscripción se pide para transferir el dominio u otro derecho real sobre un inmueble, será necesario que el apoderado o representante legal presente el título de su mandato o representación; en las inscripciones de otro género bastará que exhiban la copia auténtica del título en virtud del cual demandan la inscrip-

ción (arts. 60 y 61 del Reglamento). Creemos que lo mismo es necesario cuando se constituye un derecho real de usufructo, uso o habitación.

Por lo expresado, es conveniente poner en las escrituras que sean títulos translaticios de dominio o de otro derecho real, el hecho de facultar al portador de copia autorizada de la escritura para solicitar las inscripciones que corresponda, pues, en ese caso, el título del mandato consta en la escritura.

- f) El Conservador sólo puede inscribir copias autorizadas de escrituras públicas y sentencias judiciales (art. 690, inc. 1° del Código Civil, y arts. 19 y 62 del Reglamento).
- g) Los instrumentos otorgados en país extranjero no se inscribirán sin previo decreto judicial que califique la legalidad de su forma y su autenticidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 16, 17 y 18 del Código Civil.

No obstante, el Conservador reputará legales y auténticas las copias e inscribirá los instrumentos otorgados en país extranjero si hubiesen pasado aquéllos y se hubieren dado éstas, con el sello de la Legación o Consulado, por un Ministro Plenipotenciario, un Encargado de Negocios, un Secretario de Legación o un Cónsul de Chile, con tal que estos dos últimos tengan título expedido por el Presidente de la República, y que el Ministro de Relaciones Exteriores haya abonado la firma autorizante (arts. 63 y 64 del Reglamento).

- h) En el acto de recibir el Conservador la copia auténtica, anotará su extracto en el Repertorio, bajo el número que le corresponde según el orden de su presentación, y con las enunciaciones enumeradas en el artículo 24 (art. 65 del Reglamento).

Esta solemnidad sólo podrá omitirse en el caso de que el requirente, persuadido de la justicia con que el Conservador rehúsa la inscripción, declare expresamente que desiste de ella y que retira su título (art. 67 del Reglamento).

- i) Si el Conservador admite el título para su inscripción, apuntará en él el número del Repertorio bajo el cual se haya anotado, el Registro parcial en que debe inscribirse y el número que en éste le corresponda (art. 68 del Reglamento).

Hará sin retardo la inscripción, conformándose a los títulos (art. 70 del Reglamento).

- j) Si dos o más personas demandaren a un tiempo inscripción de igual naturaleza sobre un mismo inmueble, las copias presentadas se anotarán bajo el mismo número (art. 66 del Reglamento).

- k) Se hará una sola inscripción, cualquiera que sea el número de los acreedores y deudores, si hay entre aquéllos unidad de derechos, o si son éstos solidarios, o indivisible la obligación (art. 71 del Reglamento).

Pero si resultare de un título que muchos deudores o fiadores hubiesen hipotecado los inmuebles que singularmente les corresponden, se verificarán tantas inscripciones cuantos los inmuebles sean (art. 72 del Reglamento).

- l) Las partidas de inscripción, en cada Registro parcial, se colocarán bajo el número que se les haya asignado en el Repertorio (art. 73 del Reglamento).

- m) Tendrá cada inscripción al principio, en el margen de la izquierda, una anotación que exprese la naturaleza del título y el número que le corresponda en el Repertorio (art. 76 del Reglamento).

- n) Las sumas se escribirán en guarismos y en letras, y no se usarán jamás abreviaturas (art. 77 del Reglamento).

- ñ) Verificada la inscripción, el Conservador devolverá su título al requirente, con nota de haberse inscrito, del registro, número y fecha de la inscripción, la fecha de la nota y la firma del Conservador. Se hará además mención en la predicha nota del contenido de las minutas o documentos que según el art. 85 deben quedar en poder del Conservador (art. 86 del Reglamento).

o) El i
ban
de l

p) A c
seg
rias,
83 c

207. NEGATI

Como l
anotar u
título.

a) Deb
inad
sent
tame
al pú
título
cont
Regl

Tam
de un
y de
otro
dido
pose
vado
los i

Los
lidac

b) ¿Qu
inse
de p

- o) El interesado, si quiere, podrá ocurrir con la copia ante el escribano originario, quien será obligado a trasladar la nota al margen de la escritura matriz (art. 87 del Reglamento).
- p) A continuación de la última palabra del texto de la inscripción seguirán las firmas de las partes, en los casos que fueren necesarias, debiendo cerrar la inscripción la firma del Conservador (art. 83 del Reglamento).

207. NEGATIVA DEL CONSERVADOR A HACER UNA INSCRIPCIÓN

Como lo dijimos anteriormente, el Conservador no puede negarse a anotar un título en el Repertorio, pero puede negarse a inscribir un título.

- a) Deberá negarse si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibile; por ejemplo, si no es auténtica la copia que se le presenta o no está en papel competente; si no está situado en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58; si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente, o si no contiene las designaciones legales para la inscripción (art. 13 del Reglamento).

También deberá rehusar el Conservador la inscripción si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas, y después de inscrito por uno de los compradores apareciere el otro solicitando igual inscripción; o si un fundo apareciere vendido por persona que según el Registro no es su dueño o actual poseedor. El rechazo durará hasta que se haga constar al Conservador que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda perjudicar la anotación.

Los fundamentos de toda negativa se expresarán con individualidad en el mismo título (art. 14 del Reglamento).

- b) *¿Qué debe hacerse si el Conservador se niega a hacer una inscripción?* La parte perjudicada con la negativa ocurrirá al juez de primera instancia del departamento, quien, en vista de esta

solicitud y de los motivos expuestos por el Conservador, resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda (art. 18 del Reglamento).

Si manda el juez hacer la inscripción, el Conservador hará mención en ella del decreto que la hubiere ordenado (art. 19 del Reglamento).

El decreto en que se niegue lugar a la inscripción es apelable en la forma ordinaria (art. 20 del Reglamento). Si se da lugar a la inscripción, el Conservador no puede apelar, pero no va a tener responsabilidad por la inscripción.

208. ¿QUÉ DEBE CONTENER UNA INSCRIPCIÓN?

- a) *Toda inscripción* principiará por la fecha de ella; expresará la naturaleza y fecha del título, los nombres, apellidos y domicilio de las partes y la designación de la cosa, según todo ello aparezca en el título; expresará además la oficina o archivo en que se guarde el título original; el nombre y linderos del fundo; y terminará por la firma del Conservador (art. 690, inc. 2º del Código Civil y 79 inc. final del Reglamento).
- b) La inscripción de un *testamento* comprenderá la fecha de su otorgamiento; el nombre, apellido y domicilio del testador; los nombres, apellidos y domicilios de los herederos o legatarios que solicitaren la inscripción, expresando sus cuotas o los respectivos legados (art. 691, inc. 1º del Código Civil y 79, inc. 1º del Reglamento).
- c) La inscripción de una sentencia o decreto comprenderá su fecha, la designación del tribunal o juzgado respectivo, y una copia literal de la parte dispositiva. Si ésta se refiere a la demanda o a otro libelo, se insertará literalmente lo que en la demanda o libelo se haya pedido (art. 691, inc. 2º del Código Civil y 79, inc. 2º del Reglamento).
- d) La inscripción de un *acto legal de partición* comprenderá la fecha de este acto, el nombre y apellido del juez partidor, y la designa-

ción de las partes o hijuelas pertenecientes a los que soliciten la inscripción (art. 691, inc. 3° del Código Civil y 79 inc. 3° del Reglamento).

- e) La inscripción de *títulos de propiedad* y de *derechos reales* contendrá: la fecha de la inscripción; la naturaleza, fecha del título y la oficina en que se guarda el original, los nombres, apellidos y domicilio de las partes, el nombre y linderos del fundo, la firma del Conservador (es decir los requisitos de toda inscripción).

Si se pidiere la inscripción de un título translativo del dominio de un inmueble o de alguno de los derechos reales que deben inscribirse según el art. 52 N° 1 del Reglamento, y en el título no apareciere facultado uno de los otorgantes o un tercero para hacer por sí solo la inscripción, será necesario además que las partes o sus representantes firmen la anotación.

En las transferencias que procedan de decretos judiciales no hay necesidad de que las partes firmen las anotaciones (art. 78 del Reglamento).

- f) La inscripción de *la hipoteca* contendrá:

1° El nombre, apellido y domicilio del acreedor, y su profesión si tuviere alguna; y las mismas designaciones relativas al deudor, y a los que como apoderados o representantes legales del uno o del otro requieran la inscripción.

Las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal o popular y por el lugar de su establecimiento; y se extenderá a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales de las personas naturales;

2° La fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentra.

Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se expresarán también la fecha de este acto y el archivo en que existe;

3° La situación de la finca hipotecada y sus linderos.

Si la finca fuere rural, se expresarán el departamento, subdelegación y distrito a que pertenezca y, si perteneciere a varios, todos ellos.

Si fuere urbana; la ciudad, villa o aldea y la calle en que estuviere situada;

4° La suma determinada a que se extiende la hipoteca en el caso de haberse limitado a determinada cantidad;

5° La fecha de la inscripción y la firma del Conservador (art. 2432 del Código Civil y 81 del Reglamento).

g) La inscripción de *cualquier otro gravamen*, contendrá, en lo concerniente, las mismas designaciones que la inscripción de la hipoteca (art. 81, inc. final del Reglamento).

Creemos que a dichos gravámenes, incluso a la hipoteca, también se les aplica el art. 78 del Reglamento, que mencionamos en la letra e).

209. FALTAS U OMISIONES EN LOS TÍTULOS

La falta absoluta en los títulos de alguna de las designaciones legales sólo podrá llenarse por medio de escritura pública (art. 82, inc. 1° del Reglamento).

Pero la designación de los herederos y legatarios a que se refiere el inc. 1° del artículo 79 del Reglamento, la designación del tribunal o juzgado respectivo, la copia literal de la parte dispositiva y la inserción literal de lo que se pida en la demanda o libelo, a que se refiere el inc. 2° del mismo art. 79, y la de los personeros y representantes legales que se requieren para la inscripción de la hipoteca, según el N° 1 del art. 81 el Reglamento, se salvarán por medio de minutas suscritas por las partes (art. 82, inc. 2° del Reglamento).

También se enmendarán y suplirán por minutas las designaciones defectuosas o insuficientes de los títulos (art. 82, inc. final del Reglamento).

Las em
cualqu
cripcio
en caso
Reglan

210. SANCIÓN INSCRIP

Si el re
a 695, l
la inscri
mientras
artículo
la poses
no tran

Si se tra
1682).

Sin em
dualiza
situació
de la in
venirse
(art. 24

Haceme
hipoteca

211. INSCRIP

Creemos
inscripci
correspo

(80) C. S., R., T.

(81) C. La Seren

Las enmendaduras o entrelíneas, la identificación de las personas y cualquier otro defecto relativo a la forma o solemnidades de las inscripciones deben ser salvadas antes de las firmas de la inscripción, y en caso de que no lo sean, se tendrán por no escritas (arts. 84 del Reglamento y 428 del Código Orgánico de Tribunales).

210. SANCIÓN A LA OMISIÓN DE LOS REQUISITOS QUE LA LEY EXIGE EN LAS INSCRIPCIONES

Si el requisito omitido lo establece el Código Civil en sus arts. 686 a 695, la sanción a esa omisión es la prevista en el art. 696, es decir, la inscripción no dará la posesión efectiva del respectivo derecho mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena. Es decir, la inscripción no es nula, sino que no da la posesión efectiva del derecho. Si se trata de un título translaticio, no transfiere el derecho. (80)

Si se trata de otro requisito, su omisión produce nulidad absoluta (art. 1682).

Sin embargo, estimamos que las designaciones relativas a la individualización de las partes, a la fecha y naturaleza del título y a la situación de la finca y sus linderos, no producen nulidad si por medio de la inscripción o del contrato o contratos citados en ella, puede venirse en conocimiento de lo que en la inscripción se eche de menos (art. 2433). (81)

Hacemos presente que la disposición citada es sólo relativa a la hipoteca, pero creemos que su contenido es de aplicación general.

211. INSCRIPCIÓN SIN PREVIA ANOTACIÓN EN EL REPERTORIO

Creemos que es nula, porque el art. 76 del Reglamento exige que la inscripción tenga anotada en el margen izquierdo el número que le corresponde en el Repertorio.

(80) C. S., R., T. 56, sec. 1ª, pág. 75.

(81) C. La Serena, 25 septiembre, 1885, G. 1885, N° 2551, pág. 1538.

Lo mismo sucede con la inscripción hecha después de caducada la anotación.

212. INSCRIPCIÓN DE UNA FINCA QUE NO ESTABA ANTES INSCRITA

Se refieren a esta materia los arts. 693 del Código Civil y 58 del Reglamento; siendo este último más completo y conteniendo lo que expresa el primero, lo transcribiremos:

"Para inscribir la transferencia por donación o contrato entre vivos de una finca que no ha sido antes inscrita, exigirá el Conservador constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público por medio de 3 avisos publicados en un periódico del departamento o de la capital de la provincia si en aquél no lo hubiere, y por un cartel fijado durante quince días por lo menos en la oficina del mismo Conservador, con las designaciones relativas a las personas que transfieran y a los límites y nombres de la propiedad, materia del contrato".

"El Conservador certificará el cumplimiento de los requisitos indicados en el inciso anterior al pie del cartel y procederá a protocolizar éste".

"Se sujetarán a las mismas reglas la inscripción o registro de la constitución o transferencia por acto entre vivos de los derechos de usufructo, uso, habitación, censo e hipoteca que se refieran a inmuebles no inscritos".

"La inscripción no podrá efectuarse sino una vez transcurridos treinta días contados desde el otorgamiento del certificado a que se refiere el inciso segundo".

En consecuencia, los requisitos que exigen los artículos mencionados para las inscripciones a que nos estamos refiriendo son:

- a) Tres avisos de la transferencia o constitución del derecho real, publicado en un periódico del departamento o de la capital de la provincia si en aquél no lo hubiere;
- b) Un cartel que dé cuenta de la transferencia o constitución del derecho real, fijado durante quince días por lo menos en la oficina

del
pers
dad,

c) Certi
señal

d) Proto
Hace
cuand
vivos
entre
e hipo
ferenc
habita

Los re
ejempl
cripción

e) Sanción
letras a
omisión

Otros c
requisit
leza del

Por último,
en el art. 69
efectiva del

213. SUBINSCRIPCIÓN

a) Las rect
modifica

(82) Id. (80).

del mismo Conservador, con las designaciones relativas a las personas que transfieran y a los límites y nombres de la propiedad, materia del contrato;

- c) Certificado del Conservador del cumplimiento de los requisitos señalados en las dos letras anteriores;
- d) Protocolización en el Registro que corresponda del certificado. Hacemos presente que los requisitos anteriores sólo se exigen cuando se trata de la transferencia por donación o contrato entre vivos del dominio de una finca o para la constitución por acto entre vivos de los derechos de usufructo, uso, habitación, censo e hipoteca. También son necesarios esos requisitos para la transferencia por acto entre vivos de esos derechos, salvo los de uso y habitación, que son intransferibles.

Los referidos requisitos no son necesarios en otros casos, por ejemplo, cuando se inscribe la sentencia que declara una prescripción adquisitiva.

- e) *Sanción de la omisión de las inscripciones mencionadas en las letras anteriores.* Algunos autores creen que la sanción a esa omisión es la inoponibilidad a terceros de la inscripción.

Otros creen que es la nulidad absoluta por haberse omitido un requisito o formalidad establecida en consideración a la naturaleza del acto (art. 1682).

Por último, otros piensan, y creemos que con razón, que la sanción en el art. 696, en consecuencia, la inscripción no dará la posesión efectiva del derecho a que se refiere. (82)

213. SUBINSCRIPCIONES Y CANCELACIONES

- a) *Las rectificaciones de errores, omisiones y cualquiera otra modificación que el Conservador tenga que hacer de oficio o a*

(82) Id. (80).

petición de parte, en conformidad al título que inscribió, las hará mediante subinscripción (art. 88 del Reglamento). Esta disposición es aplicable a las escrituras de aclaración que hacen las partes.

- b) *Las cancelaciones.* Son objeto de subinscripción las cancelaciones, sean totales o parciales, convencionales o decretadas por la justicia (art. 91 del Reglamento). Esta norma hay que analizarla en relación con el art. 728 relativo a la cesación de la posesión inscrita, y tener presente que una de las maneras en que cesa la posesión inscrita es mediante la nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro.

El Conservador no hará cancelaciones de oficio.

Sin embargo, cuando un poseedor inscrito transfiere su derecho a otro y se practica la nueva inscripción, el Conservador estará obligado a poner una nota de simple referencia a las posteriores que versen sobre el mismo inmueble (art. 92 del Reglamento).

- c) Las disposiciones relativas a la forma y solemnidades de las inscripciones son, en lo conducente, aplicables a las subinscripciones (art. 90).

214. PUBLICIDAD DE LOS REGISTROS CONSERVATORIOS

Los libros que lleva el Conservador son esencialmente públicos; por consiguiente, es permitido a cualquiera consultarlos en la misma oficina y tomar los apuntes que crea convenientes (art. 49 del Reglamento).

Además, el Conservador está obligado a dar cuantas copias o certificados se le pidan judicial o extrajudicialmente, acerca de lo que consta o no consta en sus registros (art. 50 del Reglamento).

Las referidas copias o certificados contendrán las subinscripciones y notas de referencia (art. 51, inc. 1º del Reglamento).

215. CERI

En lo do.

Es un los gr que se

Tamb hecho previe

Hacer referid otorga adquir

216. RESPON

Los Co bilidade

a) Deb cript en lo y sig del F

b) Pued pena activ Orgá mism

217. INSCRIPC

Muerta t bienes p

215. CERTIFICADO DE GRAVÁMENES, PROHIBICIONES Y LITIGIOS

En los estudios de títulos se acostumbra exigir el referido certificado.

Es un instrumento público en que el Conservador deja constancia de los gravámenes (hipotecas, usufructos, censos, etc.) y prohibiciones que se han inscrito respecto de un inmueble.

También da cuenta si el inmueble está en litigio. La verdad es que este hecho debe figurar en el certificado de prohibiciones conforme lo previenen los arts. 296 y 297 del Código de Procedimiento Civil.

Hacemos presente que a pesar de lo útiles que son los certificados referidos, no dan cuenta, como es natural, de los arrendamientos otorgados por escritura pública que no se han inscrito y que el adquirente de una finca debe respetar de acuerdo al art. 1962.

216. RESPONSABILIDAD DEL CONSERVADOR

Los Conservadores de Bienes Raíces tienen las siguientes responsabilidades.

- a) Debe indemnizar los daños y perjuicios que resulten de las inscripciones mal hechas o de los errores o descuidos en que incurra en los certificados. Esta responsabilidad se rige por los arts. 2314 y siguientes, relativos a los delitos y cuasidelitos civiles (art. 96 del Reglamento);
- b) Puede ser condenado a pagar multas y tiene otras sanciones penales por las faltas o delitos que cometa en el ejercicio de sus actividades (arts. 96 a 98 del Reglamento y 452 del Código Orgánico de Tribunales en relación con los arts. 440 a 445 del mismo código).

217. INSCRIPCIONES A QUE DA LUGAR LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

Muerta una persona, sus herederos adquieren el dominio de sus bienes por el modo de adquirir "sucesión por causa de muerte".

Adquieren, además, la posesión legal de la herencia. Todo ello, por regla general, al momento de fallecer el causante (arts. 955, 956, 722, 1344 y 688, inc. 1°).

Sin embargo, el art. 688 dice que el heredero no puede disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no precedan las inscripciones que señala.

Dichas inscripciones, indispensables para que los herederos puedan disponer de los inmuebles hereditarios, no tienen por objeto la transferencia del dominio. El heredero adquiere el dominio por sucesión por causa de muerte y no por tradición y es sabido que nadie puede adquirir el dominio por más de un modo. Si se adquirió por uno, no puede adquirirse por otro, ya que es imposible adquirir el dominio de lo que se es dueño.

En consecuencia, las inscripciones que ordena el art. 688 tienen otros objetivos: permitir la enajenación de los inmuebles hereditarios, mantener la historia de la propiedad raíz y que la persona a quien se enajena la cosa adquiera la posesión real de cada inmueble.

218. INSCRIPCIONES QUE DEBEN PRACTICAR LOS HEREDEROS

Los herederos, como hemos dicho, para disponer de los inmuebles deben practicar las inscripciones que están contenidas, fundamentalmente, en los arts. 687 y 688.

Para disponer de los muebles deben practicar la inscripción de la resolución que da la posesión efectiva de la herencia (art. 25 de la Ley de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones). Dicha inscripción se hace en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces del Departamento donde se tramita la posesión efectiva.

Para disponer de los inmuebles, los herederos deben practicar las siguientes inscripciones:

- a) El decreto judicial que da la posesión efectiva (decreto judicial que reconoce a un heredero la calidad de tal). Este decreto se inscribirá en el Registro de Propiedad del departamento o los

departamentos en que haya sido pronunciado (art. 688 N° 1 del Código Civil, 882, inc. 3° del C. de P.C. y 25 de La Ley de Impuesto a las Herencias).

También debe inscribirse en el Registro de Propiedad del departamento o departamentos en que están situados los inmuebles hereditarios (art. 883, inc. 3° del Código de Procedimiento Civil, a contrario, sensu);

- b) Si la sucesión es testamentaria, se inscribirá al mismo tiempo el testamento (art. 688 N° 1). El testamento debe inscribirse en el Registro de Propiedad del departamento en que se tramita la posesión efectiva.

Aunque la ley no lo dice, es conveniente inscribir también el testamento en el Registro de Propiedad del departamento o departamentos en que estén situados los inmuebles;

- c) Hechas las inscripciones indicadas en las letras anteriores, debe practicarse la inscripción especial de herencia, que consiste en poner cada inmueble a nombre de todos los herederos. Esta inscripción deben hacerla los conservadores sin necesidad de otro trámite una vez hechas las inscripciones de la posesión efectiva y del testamento si lo hubiere (art. 883, inc. 2° del C. de P.C.).

Hechas todas las referidas inscripciones, los herederos pueden disponer de consuno (en conjunto) de los inmuebles hereditarios (art. 688 N°s. 1° y 2° y 687, incs. 1° y 2°). Ello sin perjuicio de lo que la Ley de Impuesto a las Herencias previene al respecto y que ya veremos;

- d) El acto de partición en lo relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada (arts. 688 N° 3 y 687, inc. 3°). La inscripción de la adjudicación se hará en el Registro de Propiedad del departamento o departamentos a que por su situación corresponda dicho inmueble o parte (art. 687, inc. 3°).

Inscrita la adjudicación, el adjudicatario puede disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que por la participación le hayan cabido (art. 688 N° 3);

- e) El art. 54 de la Ley de Impuesto a las Herencias prohíbe a los notarios autorizar las escrituras de adjudicación de bienes hereditarios o de enajenación o disposiciones en común que hagan los asignatarios, y a los conservadores inscribirlos, sin que en ellas se inserte el comprobante de pago de impuesto.

Se exceptúan de lo dispuesto en el referido artículo las adjudicaciones hechas en juicios de partición constituidos legalmente o en que los asignatarios hubieren otorgado garantía para el pago de la contribución. También se exceptúan de lo dicho las escrituras de partición y las de cesión de derechos hereditarios.

Para que gocen del privilegio referido, los compromisos particionales deberán ser ejercidos por abogados que nombre la justicia ordinaria, o cuyo nombramiento sea sometido a su aprobación para los efectos del impuesto de herencia, si no lo debiere prestar por otra causa, por ejemplo, por algunas incapacidades de los partícipes (art. 54 de la Ley de Impuesto a las Herencias).

La garantía a que se refiere el art. 54 recién citado podrá consistir en depósito de dinero a la orden judicial, prenda sobre valores mobiliarios, fianza hipotecaria o primera hipoteca. En algunos casos se puede admitir segunda hipoteca. Podrán aceptarse, también, otras garantías calificadas por el Servicio de Impuestos Internos (art. 55 de la Ley de Impuesto a las Herencias).

Las garantías de pago del impuesto se ofrecerán al Servicio de Impuestos Internos y sólo surtirán los efectos que señala Ley de Herencias cuando dicha oficina les prestare su aprobación (art. 56 de la referida ley).

Aun sin garantía pueden enajenarse inmuebles hereditarios, siempre que, a juicio del Servicio de Impuestos Internos, no hubiere menoscabo del interés fiscal (art. 58 de la Ley de Herencias).

Por último, los herederos, los árbitros partidores y los albaceas con tenencia de bienes están obligados a velar por el pago de la contribución de herencia, ordenando su entero en arcas fiscales, o reservando, o haciendo reservar los bienes que sean necesarios

219. POSESIÓN

Aunque
concepto

a) *Pose*
el he
gene
sión

b) *Pose*
recon

c) *Pose*
de un
Requ

Nos hem
sión "po
sentido.
hemos de
real. (83)

(83) Claro Solar, I

con tal fin, a menos que se hayan otorgado algunas de las garantías a que nos hemos referido anteriormente. En consecuencia, y salvo que se hubiere otorgado garantía legal, no podrán proceder a la entrega de legados, sin deducir o exigir previamente la suma que se deba por concepto de contribución (art. 59 de la Ley de Herencias).

Creemos que si se infringen las disposiciones anteriores, la sanción no es la nulidad del acto de adjudicación, entrega o enajenación, sino la establecida en los arts. 70 y 71 de la Ley de Herencias. Esto es, hacer codeudores solidarios del pago del impuesto a los notarios, conservadores, partidores, albaceas y herederos, sin perjuicio de la multa que establecen esos artículos.

219. POSESIÓN LEGAL, POSESIÓN EFECTIVA Y POSESIÓN REAL

Aunque la posesión será tratada más adelante, nos referiremos a estos conceptos.

- a) *Posección legal* es la que el heredero adquiere de la herencia por el hecho de haberse deferido ésta (art. 722). La delación, por regla general, se produce al fallecer el causante (art. 956). Esta posesión no requiere ni de corpus ni de animus;
- b) *Posección efectiva* de la herencia es la resolución judicial que reconoce a un heredero su calidad de tal;
- c) *Posección real* es la definida en el art. 700 y consiste en la tenencia de una cosa (corporal o incorporal) con ánimo de señor o dueño. Requiere de corpus y animus.

Nos hemos referido a estos tres tipos de posesión porque la expresión "posesión efectiva" la emplean los arts. 688 y 696 en distinto sentido. El art. 688 la emplea en su sentido jurídico, tal como la hemos definido. Pero el art. 696 la emplea en el sentido de posesión real. (83)

(83) Claro Solar, Luis. ob. cit., T. VII, págs. 370 a 374.

220. SANCIÓN A LA INFRACCIÓN DEL ART. 688

La Corte Suprema, en diversas sentencias, fue evolucionando en relación a cuál era la sanción de la enajenación de un inmueble hereditario sin que se hubieran hecho las inscripciones que prescribe el art. 688 hasta llegar a la solución que la mayoría de la doctrina considera como la correcta.

- a) En sentencia de 12 de mayo de 1905 (R., T. II, sec. 1ª, pág. 393) sostuvo que el contrato o título de la enajenación era nulo absolutamente, porque el art. 688 era prohibitivo y de orden público en cuanto tenía por objeto la organización de la propiedad inscrita y su historia;
- b) En sentencia de 26 de noviembre de 1908 (R., T. VI, sec. 1ª, pág. 266) dijo que la nulidad se extendía a las ventas forzadas en juicio ejecutivo;
- c) En 1909, el 24 de agosto, sostuvo que la nulidad se refería sólo a las ventas voluntarias y no a las forzadas (R., T. VII, sec. 1ª pág. 117);
- d) En sentencias de 16 de noviembre de 1910 y de 22 de noviembre de 1912 (R., T. VIII, sec. 1ª, pág. 433, y R., T. X, sec. 1ª, pág. 54) manifestó que lo nulo no era la compraventa sino la enajenación de los inmuebles;
- e) Por último, en diversas sentencias posteriores, la jurisprudencia ha dicho que la sanción para las enajenaciones de inmuebles hereditarios sin que se hayan practicado las inscripciones que prescribe el art. 688 no es la nulidad del título ni de la enajenación, sino que es la establecida en el art. 696, esto es, la no adquisición de la posesión efectiva (real) de la cosa o derecho enajenado por parte del adquirente, mientras no se practiquen las correspondientes inscripciones (R., T. XXVIII, sec. 1ª, pág. 205; R. id. pág. 350);
- f) Hay quienes han criticado la solución de la Corte Suprema diciendo que la sanción del art. 696 no es aplicable sino a los títulos translaticios de dominio por estar ubicado en el título de la

221. INSCRIPCIÓN

El legatario que a su vez por sí

Sin embargo de ser en consecuencia propiedad entera; Pensamientos de los herederos legatarios otorgados y albañales exigidos.

222. INSCRIPCIÓN

La servidumbre de tránsito naturalmente tenerla oponerla

tradición, y que el art. 688 se refiere a inscripciones que no dicen relación ni a dominio ni a posesión. El art. 688 estaría mal ubicado en el título de la tradición. Proponen como solución el que el dominio no se traspase por el heredero al enajenar el bien sin que se hayan practicado las inscripciones contempladas en el art. 688, pero el adquirente pasaría a ser poseedor y podría ganarlo por prescripción.

221. INSCRIPCIÓN Y ENTREGA DE LEGADOS

El legatario de inmuebles es un legatario de especie o cuerpo cierto, que adquiere el dominio del inmueble legado, al fallecer el testador, por sucesión por causa de muerte.

Sin embargo, nosotros estimamos que los legados de especie deben ser entregados conforme lo previenen los arts. 1347 y 410, inc. 2°. En consecuencia, creemos que a fin de mantener la historia de la propiedad raíz, los herederos deben hacer la correspondiente escritura de entrega, escritura que inscribirá el Conservador de Bienes Raíces. Pensamos también, que lo corriente y conveniente es que los herederos hagan la inscripción especial de herencia respecto del inmueble legado. El art. 59 de la Ley de Herencias dice que salvo que se hubiere otorgado garantía legal del pago del impuesto, los herederos, partidores y albaceas no podrán proceder a la entrega de legados sin deducir o exigir previamente la suma que se deba por concepto de contribución.

222. INSCRIPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La sentencia que declara una prescripción debe inscribirse de acuerdo con lo que previenen los arts. 2513 y 689. Esta inscripción, naturalmente, no transfiere el dominio ni da posesión, que fue necesario tenerla para que operara la prescripción. Tiene por objeto hacerla oponible a terceros y mantener la historia de la propiedad raíz.

CAPÍTULO IX

LA POSESIÓN

223. CONCEPTO

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 (art. 700, inc. 1º).

224. LA POSESIÓN Y EL DERECHO DE DOMINIO

La posesión puede estar unida, y normalmente lo estará, con el dominio. El dueño de una cosa, generalmente, será su poseedor. Esta posesión del dueño tiene importancia para el ejercicio de las acciones posesorias.

Pero la posesión, también, puede estar separada del dominio. El dueño puede haber perdido la posesión de una cosa, que está siendo poseída por un tercero. Esta posesión separada del dominio tiene también importancia para el ejercicio de las acciones posesorias, pero por sobre todo para la prescripción adquisitiva, *que es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haber sido poseídas por cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492).*

Las normas del título "De la Posesión" se refieren, principalmente, a la posesión separada del dominio.

225. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

- a) *El corpus*, que consiste en la manifestación de un poder de dominación, *es la posibilidad de disponer de la cosa*. Es la exteriorización del derecho de propiedad, el hecho de conducirse respecto a la cosa como lo haría el propietario.

Creemos que la expresión "tenencia" que emplea el art. 700 está tomada en el sentido indicado.

- b) *El animus*, que es la intención de comportarse como propietario, como señor o dueño de una cosa.

Como se puede ver, el corpus refleja una situación de hecho; el animus tiene un carácter intencional.

Lo que hace que la tenencia de una cosa, que puede consistir en detentarla, se convierta en posesión es el animus.

Lo que caracteriza al animus es el hecho de que el tenedor de la cosa se conduzca como propietario suyo, pero ello no implica que deba tener la convicción de que es dueño efectivamente. Por ejemplo, el ladrón puede tener la posesión de la cosa robada según cómo se conduzca respecto de ella.

226. SEMEJANZAS ENTRE EL DOMINIO Y LA POSESIÓN

- a) Ambos se ejercen sobre *cosas determinadas*;
- b) *Ambos son exclusivos*, es decir, sólo admiten un titular. Esto no se opone a que existan varios copropietarios y varios coposeedores. Cada uno de ellos tiene limitadas sus facultades;
- c) *Las utilidades* que reporta el dominio *son parecidas* a las que reporta la posesión. El poseedor, en la práctica puede usar, gozar y disponer de la cosa.

227. DIFE

- a) E
p

- b) E
pi
el
pu
pe
pe
cc
du
la

- c) El
pe
ac

228. UTILI

- a) El
qu
su

- b) El
3°)

- c) Si
24

229. COSAS

Son su
guient

227. DIFERENCIAS ENTRE EL DOMINIO Y LA POSESIÓN

- a) *El dominio es un derecho. La posesión es un hecho, por lo menos para la mayoría de los autores*"; (84)
- b) *El dominio sólo se puede adquirir por un modo. La posesión puede tenerse por varios títulos (art. 701). Nadie puede adquirir el dominio por un modo si ya lo adquirió por otro, pues no se puede adquirir algo de que ya se es dueño. En cambio, si una persona posee una cosa por un título, la puede poseer por otro; por ejemplo, si una persona vende a otro una cosa ajena, el comprador pasa a poseer en virtud de la tradición; si después el dueño le lega esa cosa, pasará a poseerla cuando los herederos se la entreguen;*
- c) *El dominio está protegido por la acción reivindicatoria, la posesión por las acciones posesorias y, en algunos casos, por la acción publiciana (art. 894).*

228. UTILIDADES QUE PRESTA LA POSESIÓN

- a) *El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo (art. 700, inc. 2°). Es decir, está amparado por una presunción simplemente legal de que es dueño;*
- b) *El poseedor de buena fe se hace dueño de los frutos (art. 907, inc. 3°);*
- c) *Sirve para ganar el dominio de la cosa por prescripción (art. 2492).*

229. COSAS SUSCEPTIBLES DE POSESIÓN

Son susceptibles de posesión sólo las cosas comerciales. Por consiguiente, no se pueden poseer las cosas que la naturaleza ha hecho

(84) C. S., R., T, 26, 1ª, pág. 302; T. 5, sec. 1ª, pág. 277.

comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público. Es decir, las cosas que no están en el comercio, las cosas que no son susceptibles de propiedad privada.

Se pueden poseer tanto las cosas corporales como las incorporales (art. 715). Tal como lo dice el Mensaje del Código, los derechos reales son susceptibles de posesión. Creemos que las servidumbres discontinuas y las inaparentes son susceptibles de posesión, aunque no puedan ganarse por prescripción, como lo veremos más adelante.

Sin embargo, no todos están de acuerdo en cuanto a si los derechos personales son susceptibles o no de posesión. El código, en su art. 1576, por ejemplo, habla de "posesión del crédito", y creemos que lo hace correctamente, pues *estimamos que se puede detentar un crédito con ánimo de señor o dueño. Además, creemos que los créditos pueden ganarse por prescripción adquisitiva*. Por ejemplo, si una persona se hace pasar por mandataria del acreedor sin serlo y cede el crédito, el cesionario podrá ganarlo por prescripción adquisitiva de diez años, y el crédito puede no haberse extinguido por la prescripción extintiva por tener un plazo pendiente, por ejemplo.

Por lo demás, el art. 715 no distingue entre derechos reales y personales.

Reconocemos, con todo, que la mayor parte de los autores estima que los derechos personales no pueden ganarse por prescripción adquisitiva, y cita al respecto el art. 2498, que no los menciona entre las cosas que pueden ganarse por esa prescripción.

En todo caso, *los créditos se pueden ganar por prescripción adquisitiva cuando forman parte de una herencia y ésta se gana de ese modo*. Pero lo que se gana es el dominio sobre el derecho personal.

230. CLASES DE POSESIÓN

La posesión se clasifica en:

a) *Viciosa inútil y no viciosa útil.*

La posesión *viciosa* puede ser violenta o clandestina

231. POSESIÓN

a) *Conca*

Según
proce
la bu
puede
fe. cor
irregu

Si el t
tradi

Posesión *no viciosa* es la que no es violenta ni clandestina.

b) *Regular e irregular.*

c) *Tranquila y no tranquila.*

Para algunos, posesión tranquila es la que no es violenta ni clandestina. Es decir, para ellos los conceptos de posesión no viciosa y tranquila son idénticos.

Para otros, posesión tranquila es la que no es violenta ni clandestina y sin que el poseedor haya sido demandado por el dueño o por otro poseedor. (85)

La posesión tranquila es la única que habilita para intentar las acciones posesorias (art. 918).

Hacemos presente que hay autores que llaman a la posesión viciosa, inútil, y a la no viciosa, útil, y que estiman que sólo esta última habilita para ganar el dominio por prescripción adquisitiva (de ahí que usen esa terminología).

231. POSESIÓN REGULAR

a) *Concepto.*

Según el art. 702, incs. 2° y 3°, *se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como, viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.*

Si el título es translaticio de dominio, es también necesaria la tradición.

(85) C. S., R., T. 26, sec. 1°, pág. 446.

b) *Requisitos de la posesión regular.*

- 1º Justo título;
- 2º Buena fe inicial, y
- 3º Tradición, si el título que se invoca es translaticio de dominio.

232. EL TÍTULO

Antes de analizar lo qué es título justo e injusto, veremos el concepto de título para la posesión y la clasificación de los títulos, clasificación que se aplica tanto al título justo como al injusto.

a) *Concepto de título para la posesión.*

Es el hecho o acto jurídico que hace nacer la posesión en una persona.

Los modos de adquirir el dominio, por regla general, son títulos para la posesión cuando por alguna razón no han hecho adquirir el dominio. Por ejemplo, si alguien ocupa una cosa mueble, que cree no pertenece a nadie, con ánimo de hacerla suya, y esa cosa pertenecía a otra persona, el ocupante no adquirirá el dominio por ocupación, pero pasará a ser poseedor de la cosa; si una persona hace tradición de una cosa ajena, el adquirente no se hace dueño de la cosa pero se hace poseedor de ella (art. 683).

b) *Clasificación de los títulos.*

Crítica al art. 703: El art. 703, que debió referirse a los títulos de la posesión, es confuso, ya que clasifica los títulos desde el punto de vista del dominio. Dice: "El justo título es constitutivo o translaticio de dominio".

"Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción".

“Son translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos”.

“Pertenece a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición”.

“Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión”.

“Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo”.

La tradición es un modo de adquirir el dominio que requiere de un título translaticio, como la compraventa, la permuta, la donación entre vivos, etc.

Sin embargo, la tradición, cuando el tradente no es dueño, es el título de la posesión del adquirente.

La verdad es que no hay títulos translaticios para la posesión. Creemos que todos ellos son constitutivos, ya que la posesión principia en el poseedor.

Los llamados títulos declarativos de posesión, que también lo son para el dominio, como las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, la verdad es que no hacen nacer posesión ni dominio, y para determinar cuándo el poseedor o dueño fue tal, hay que remontarse a algún título de posesión o de dominio anterior. Estos títulos no hacen otra cosa que singularizar la posesión o el dominio que se tenía proindiviso con otros (arts. 718 y 1344). El art. 703 es incorrecto al dar el carácter de títulos translaticios a las sentencias de adjudicación y a los actos legales de partición. Los referidos títulos sólo lo son para la posesión en el caso excepcional de la accesión de posesiones que estudiaremos en la prescripción.

Los títulos para la posesión son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte, el apoderamiento y la entrega real o ficta en el caso de los inmuebles no inscritos.

La prescripción no es un título para la posesión, ya que es un modo de adquirir el dominio que supone la posesión, que debe ser anterior a la consumación de la prescripción.

La ocupación es título para la posesión cuando alguien ocupa una cosa que pertenece a otro y cree que carece de dueño.

La accesión es título para la posesión cuando una persona posee una cosa, sin ser dueña, y algo se junta a la cosa poseída. Por ejemplo, una persona es poseedora de un inmueble, sin ser su dueño, y ese inmueble crece en virtud del aluvión; el terreno de aluvión pasa a ser poseído por el poseedor del terreno que aquél incrementó.

La tradición es título de posesión cuando el tradente no es dueño de la cosa que pretende transferir.

La sucesión por causa de muerte es título para la posesión de la herencia cuando ésta es ocupada por un heredero aparente (arts. 1264, 1269 y 2512). Los legatarios poseen las cosas legadas cuando tienen el corpus y el animus. Lo mismo sucede con los herederos respecto de cada bien en particular. Pero la posesión del heredero y la del legatario de especies se retrotraen al momento de la delación, y, en definitiva, al de la muerte del causante (art. 1239).

El apoderamiento es título para la posesión de acuerdo al art. 729 que estudiaremos más adelante.

Los títulos translaticios de dominio a que se refiere el art. 703 son los contratos o actos jurídicos que son el antecedente de la tradición que, a su vez, puede ser modo de adquirir el dominio o título para la posesión.

Como dice el inciso 5º del art. 703, las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión, porque reconocen situaciones anteriores a ellas.

Lo
o d

Hay
cho
pue
títul
de e

En r
estár
mod
títul

233. TÍTULOS

Como im
en justos

234. JUSTO TÍTULO

No hay un
decirse qu
posesión r

Título just
el art. 704.

235. TÍTULOS IN

Podríamos
aparente o

(86) C. Tacna, 22 ju

Lo mismo sucede con las transacciones que se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes (art. 703, inc. final). (86)

Hay que tener presente que las transacciones no transfieren derechos, y en ese sentido el art. 703, inc. final, es incorrecto. Pero pueden servir de título para una tradición y, en este caso, no son títulos para la posesión, sino que lo es la tradición que en virtud de ellas se haga.

En resumen, estimamos que en el art. 703 todos los conceptos están confundidos, y que más bien ha querido referirse a los modos de adquirir el dominio originarios y derivativos y a los títulos de estos últimos.

233. TÍTULOS JUSTOS E INJUSTOS

Como implícitamente ya lo dijimos, los títulos se clasifican, también, en justos e injustos.

234. JUSTO TÍTULO

No hay una definición precisa y clara de lo que es justo título. Podría decirse que es el hecho o acto jurídico que es apto para hacer nacer posesión regular.

Título justo es el que no es injusto, según la enumeración que hace el art. 704.

235. TÍTULOS INJUSTOS

Podríamos decir que título injusto es el que por ser falsificado, aparente o nulo no habilita para hacer nacer posesión regular.

(86) C. Tacna, 22 junio, 1914, G. 1914, T. I, pág. 381.

Los títulos injustos están taxativamente enumerados en el art. 704, que dice:

"No es justo título:

- 1º *El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende;*
- 2º *El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo;*
- 3º *El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que, debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido, y*
- 4º *El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc. Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido".*

236. TÍTULO FALSIFICADO (ART. 704 N° 1)

Esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende.

La jurisprudencia ha dicho que es falso un título cuando no ha sido realmente otorgado por las personas que aparecen interviniendo en el acto, o cuando no ha sido realmente autorizado por el funcionario que aparece interviniendo en dicho acto, o cuando ha sido adulterado en términos que cambien su naturaleza jurídica. (87)

237. TÍTULO CONFERIDO POR UNA PERSONA EN CALIDAD DE MANDATARIO O REPRESENTANTE LEGAL DE OTRA SIN SERLO (ART. 704 N° 2)

Se trata del caso en que una persona se atribuye la calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo.

(87) C. S., R., T. 24, sec. 1ª, pág. 188, consid. 2º, pág. 192.

Pense
título:
to, o c
tiene i
para v
de farr

238. TÍTULO

La nul

La vali
la ratifi
conferi

239. TÍTULO

Es el ap

240. LA BUEN

Es la lea

Sin emb
la concie
legítimos

Así, en l
persuasí
enajenar
contrat (a

El que tie
está de ma
y "persua

Recordan
fe inicial.

Pensamos que también caen en la sanción del N° 2 del art. 704 los títulos otorgados por mandatarios que exceden el título de su mandato, o el representante legal que actúa respecto de bienes en que no tiene la representación. Por ejemplo, si se da un mandato especial para vender una casa y el mandatario vende un automóvil; si el padre de familia vende un bien perteneciente al peculio profesional del hijo.

238. TÍTULO QUE ADOLECE DE ALGÚN VICIO DE NULIDAD (ART. 704 N° 3)

La nulidad que hace injusto un título puede ser absoluta o relativa.

La validación de un título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título (art. 705).

239. TÍTULO PUTATIVO (ART. 704 N° 4)

Es el aparente.

240. LA BUENA FE

Es la lealtad, la probidad, la ausencia de mala intención.

Sin embargo, para los efectos de la posesión regular, la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio (art. 706, inc. 1°).

Así, en los títulos translaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrat (art. 706, inc. 2°).

El que tiene dudas sobre la legitimidad de la adquisición del dominio está de mala fe, ya que el código emplea las expresiones "conciencia" y "persuasión".

Recordamos que para que haya posesión regular basta con la buena fe inicial. Si después de iniciada la posesión, el poseedor sabe que el

que le vendió la cosa, por ejemplo, no era su dueño, la posesión regular continúa aunque el poseedor esté de mala fe (art. 702, inc. 2°).

La buena fe es una cuestión de hecho que debe ser establecida por el juez.

Además, es personal. La buena o mala fe no se traspasan de un poseedor a otro. Hay que establecerlas considerando cada caso en particular.

241. EL ERROR Y LA BUENA FE

- a) Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe (art. 706, inc. 3°).

Como lo dice la disposición, el error de hecho para que no se oponga a la buena fe debe *ser justo*, es decir, excusable, por ejemplo, si se compra algo a un menor que dice ser mayor y que tiene apariencia de tal. Pero no sería justo el error si se compra algo a un menor que dice ser mayor, pero no tiene apariencia de tal.

- b) Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (art. 706, inc. final). Ello se debe a que nadie puede alegar ignorancia de la ley desde que ésta haya entrado en vigencia (art. 8°). Por ejemplo, si se compra un inmueble a un pupilo y no se hace en pública subasta, no podrá alegarse la ignorancia de la ley que exige la pública subasta para sostener que la posesión es de buena fe.

242. PRESUNCIÓN DE LA BUENA FE

La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley ha establecido la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse (art. 707). Si alguien alega posesión regular, no tiene que probar su buena fe; le basta con exhibir su justo título. El que se oponga a ella debe probar la mala fe.

Como lo dice el art. 707, hay casos en que la ley establece presunciones de mala fe. Por ejemplo, el error de derecho (art. 706, inc. final);

el ha
exist
exist
naria

243. LA TR

Como
transl
inc. 3°

La pos
regarl
menos
(art. 70

En com
mueble:

244. LA POSE

a) *Conc*

Es la
regul

b) *Ben*
la po

1° Ti

de
la

La
gu

2° An

ria
(ar

el haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido o su existencia por parte de los poseedores de sus bienes (art. 96 N° 6); la existencia de un título de mera tenencia en la prescripción extraordinaria (art. 2510 N° 3), etc.

243. LA TRADICIÓN

Como hemos dicho, para ser poseedor regular, si se invoca un título translaticio de dominio, es necesaria, también la tradición (art. 702, inc. 3°).

La posesión de una cosa a vista y paciencia del que se obligó a entregarla (título translaticio de dominio) hará presumir la tradición, a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título (art. 702, inc. final).

En consecuencia, la presunción de tradición sólo se aplica en los muebles y a las servidumbres, que no requieren de inscripción.

244. LA POSESIÓN IRREGULAR

a) *Concepto:*

Es la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular (art. 708).

b) *Beneficios que reporta la posesión irregular. Comparación con la posesión regular:*

1° Tanto el poseedor irregular como el regular pueden ganar el dominio de la cosa por prescripción. Pero el poseedor irregular lo gana en un lapso más largo.

La posesión regular lleva a la prescripción ordinaria. La irregular a la extraordinaria;

2° Ambas posesiones están protegidas por las acciones posesorias. Pero la irregular no está protegida por la acción publicana (art. 894);

3° La presunción de que el poseedor es dueño se aplica tanto a la posesión regular como a la irregular.

245. POSESIONES VICIOSAS

Son la violenta y la clandestina (art. 709).

246. POSESIÓN VIOLENTA

a) *Concepto y generalidades.*

Es la que se adquiere por la fuerza (art. 710, inc. 1°). Para que haya posesión violenta, la violencia debe haber existido al iniciarse la posesión. Si después cesa la violencia, la posesión sigue siendo violenta.

Con todo, también es poseedor violento el que en ausencia del dueño se apodera de la cosa y volviendo el dueño le repele (art. 711).

Para que estemos en presencia de posesión violenta, es indiferente que la violencia se haya ejercido contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la posea sin serlo, o contra el mero tenedor de la cosa (art. 712, inc. 1°).

Igual cosa sucede respecto de la persona que ejerce la violencia. Se es poseedor violento no sólo cuando se ejecuta la violencia por el poseedor, sino cuando se ejecuta por sus agentes. También es indiferente si los agentes ejecutan la violencia con consentimiento del poseedor o que una vez ejecutada sea ratificada expresa o tácitamente (art. 712, inc. 2°).

La violencia, la fuerza, puede ser *actual o inminente* (art. 710, inc. 2°). En este artículo la expresión "actual" está tomada en el sentido de vías de hecho, y la palabra "inminente" en el sentido de amenazas de un daño futuro.

247. Po

a)

b)

248. POSE

La m
porq

b) *Características del vicio de violencia.*

Es un *vicio relativo*, es decir, sólo puede hacerse valer por la víctima de la violencia. Por ejemplo, si al actual poseedor de una cosa de que no es dueño se le priva violentamente de la posesión, él puede hacer valer la violencia del que le privó de la cosa. Pero el verdadero dueño no puede hacer valer esa violencia, ya que no la hubo respecto de él.

247. POSESIÓN CLANDESTINA

a) *Concepto y generalidades.*

Es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (art. 713).

La clandestinidad de la posesión se opone a su publicidad. Pero no respecto de todas las personas sino sólo respecto de los que pueden oponerse a la posesión.

La clandestinidad puede viciar la posesión en cualquier momento; y una posesión que se inició públicamente puede transformarse en clandestina.

b) *Características del vicio de clandestinidad.*

1º Es un *vicio relativo*: Sólo puede alegarla el que tiene derecho para oponerse a la posesión que se le ocultó. Por ejemplo, el verdadero dueño de la cosa; el poseedor regular de ella;

2º Es un *vicio temporal*: Cuando la posesión se hace pública respecto de los que puedan oponerse a ella, cesa la clandestinidad y la posesión deja de ser viciosa.

248. POSESIÓN VICIOSA Y POSESIÓN INÚTIL.

La mayoría de los autores estiman que la posesión viciosa es inútil, porque no habilita para ganar el dominio de la cosa por prescripción.

Sin embargo, hay otros que estiman que los conceptos de posesión viciosa y no viciosa no se relacionan con los conceptos de posesión regular e irregular, y que puede haber posesión regular viciosa y posesión irregular viciosa que permiten llegar a la prescripción adquisitiva.

Un caso de posesión regular viciosa sería el siguiente: una persona adquiere la posesión de una cosa de buena fe, con justo título y previa tradición, suponiendo que el título sea translaticio de dominio, por ejemplo, una compraventa. Posteriormente, se da cuenta que el verdadero dueño de la cosa no es el vendedor sino un tercero y le oculta a éste su posesión.

Un caso de posesión irregular viciosa sería el siguiente: una persona se apodera violentamente de una cosa, pero con ánimo de señor o dueño y después continúa poseyendo en forma clandestina. Se trataría de una posesión de mala fe, que quedaría comprendida en los casos de posesión irregular del artículo 708, y que permitiría ganar el dominio por prescripción extraordinaria de acuerdo al art. 2510, aunque sea clandestina.

De lo dicho se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- a) La posesión regular puede ser clandestina, pero no desde su inicio porque sería de mala fe; b) La posesión irregular puede ser clandestina desde el principio; c) La posesión regular no puede jamás ser violenta porque sería de mala fe; d) La posesión irregular puede ser violenta, ya que no requiere de título (arts. 708 y 2510).

249. LA MERA TENENCIA

a) *Concepto.*

Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (art. 714, inc. 1º). Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno (art. 714, inc. 2º).

El código, en el art. 714, inc. 1º, señala como meros tenedores al acreedor prendario, al secuestre, al usufructuario, al usuario y al

250. LA POS

El artíc

"Sec

suce

la su

"Pos

serie

Esta ide

que tiene el derecho de habitación. Pero hay varias personas más que son meros tenedores, por ejemplo: el depositario en el depósito propiamente dicho, el comodatario, el arrendatario, etc.

Se puede ser mero tenedor al ejercer un derecho real como el usufructo, el uso o la habitación, y se puede ser mero tenedor en virtud de un título personal, como el arrendatario, el comodatario, el depositario.

b) Características de la mera tenencia.

- 1º Consiste en detentar algo sin ánimo de dueño, reconociendo dominio ajeno.

El poseedor tiene ánimo de dueño. Por eso el código llamó tenencia al elemento de la posesión y mera tenencia a la institución a que nos estamos refiriendo.

A pesar de que entre tenencia y mera tenencia creemos que existen diferencias, lo que distingue, categóricamente, a la mera tenencia de la posesión es, fundamentalmente, el ánimo.

- 2º Es inmutable o indeleble, jamás se transforma en posesión, ni aun en el caso del art. 2510 N° 3 que menciona el art. 716 y que estudiaremos más adelante.

250. LA POSESIÓN NO SE TRANSMITE NI SE TRANSFIERE

El artículo 717 es categórico al respecto. Dice ese artículo:

"Sea que se suceda el título universal o a título singular, la posesión del sucesor, principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios.

"Podrá agregarse en los mismos términos a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores".

Esta idea es repetida por el inciso 1º del art. 2500, que dice:

Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 717".

Confirman lo expresado en los artículos citados las disposiciones de los arts. 683, 688 y 727.

Sin embargo, hay artículos que parecieran estar en pugna con lo dicho. Por ejemplo, el art. 696 se refiere a la transferencia de la posesión; igual cosa hace el art. 725 al referirse a la tenencia.

El inciso 2º del art. 2500 dice que la posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende posee a nombre del heredero.

El inciso señalado es criticable por muchas razones. Da a entender que la posesión del causante es continuada por los herederos, con lo que pugna con el inciso 1º del mismo artículo y con el art. 717.

Además, dice que la herencia yacente posee y todos sabemos que la herencia yacente no es persona jurídica y que no puede "poseer". Por último, dice que la herencia yacente posee a nombre del heredero, es decir, no sería poseedora sino mero tenedor o representante del heredero para poseer.

Hay que tener presente que los arts. 869 del Proyecto de 1853 y 866 a) del Proyecto Inédito decían que la posesión de la herencia se transmitía. El código cambió las ideas que se expresan al respecto en dichos proyectos. Es posiblemente por eso que Bello incurre en tantas imprecisiones al tratar la posesión.

El hecho de que la posesión principie en el poseedor tiene la ventaja de que puede mejorar la posesión de su antecesor y si éste, por ejemplo, era poseedor irregular, el sucesor puede ser poseedor regular y ganar el dominio en un lapso de tiempo inferior.

Cuando un poseedor agrega a su posesión la de su antecesor, se la apropia con sus calidades y vicios (art. 717, inc. 1º). (88)

(88) C. S., R., T. 63, sec. 1º, pág. 169.

251. ADQ

a) Pa

1º

2º

3º

4º

b) Mo
dan

1º

2º S

c) Capa

Respe

les so

puede

la pue

Tratár

sobre

251. ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN*a) Por quiénes puede tomarse la posesión:*

- 1º Personalmente por el que trata de adquirir la cosa para sí;
- 2º Por sus mandatarios;
- 3º Por sus representantes legales (art. 720);
- 4º Por agentes oficiosos. Pero en este caso son necesarios el conocimiento y aceptación del interesado (art. 721, inc. 2º).

b) Momento en que se entiende adquirida la posesión por el mandante, representado legalmente o interesado.

- 1º El mandante y el representado legalmente adquieren la posesión desde el momento en que el mandatario o representante legal la toman a nombre de ellos, aunque lo ignoren (art. 721, inc. 1º). Esto es así, dado lo dispuesto en el art. 1448 que establece que lo hecho por el representante se entiende hecho por el representado.
- 2º Si el que toma la posesión a nombre de otro no es su mandatario ni representante, vale decir, es un agente oficioso, el interesado no adquiere la posesión sino en virtud de su conocimiento y aceptación, esto es, desde que ratifica lo hecho por el agente oficioso, pero la ratificación opera con efecto retroactivo, al momento en que fue tomada la posesión a su nombre (art. 721, inc. 2º).

c) Capacidad para adquirir la posesión.

Respecto de los bienes raíces, no se modifican las reglas generales sobre capacidad para que pueda adquirirse la posesión, y la pueden adquirir por sí las personas capaces. Los incapaces sólo la pueden adquirir por intermedio de sus representantes legales.

Tratándose de cosas muebles, se modifican las reglas generales sobre capacidad, y los relativa y absolutamente incapaces pueden

adquirir la posesión de cosas muebles, salvo los dementes y los infantes. Es decir, pueden adquirirla los relativamente incapaces, los impúberes que no sean infantes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.

Sin embargo, todos los incapaces, sean relativos o absolutos (que pueden adquirir la posesión de cosas muebles), para ejercer los derechos de poseedores necesitan de la autorización competente (art. 723).

252. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN DE LAS COSAS MUEBLES

Si entendemos por corpus la manifestación de un poder de dominación, la posibilidad de disponer de la cosa, para adquirir la posesión es necesario el corpus y el animus, aunque la mera tenencia siga en poder de otro. Por ejemplo, en el caso del constituto posesorio.

La tenencia, en sentido de corpus, es opuesta a la mera tenencia, en que se reconoce dominio ajeno.

253. CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN DE LAS COSAS MUEBLES

La posesión de las cosas muebles se conserva mientras se conserve el corpus y el animus, o sólo el animus aunque no se tenga el corpus, hallándose la cosa bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero (art. 727). Naturalmente que en este caso el poseedor no tiene el corpus, ya que, si ignora el lugar del paradero de la cosa, no podrá disponer de ella, no podrá materializar su poder de dominación.

El hecho de que el poseedor entregue en mera tenencia la cosa a otra persona, no se opone al corpus (art. 725).

254. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN DE LAS COSAS MUEBLES

a) Por pérdida del corpus y del animus:

1º Cuando se enajena la cosa;

2º

b) Po

1º

2º

c) Po

Alg
pos

Nos
per
tene
pose
la co
ajen
seed

255. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN DE LAS COSAS INMUEBLES

Para est
inscritos

256. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN DE LAS COSAS INMUEBLES

Para det
inscritos

2º Cuando se abandona la cosa al primer ocupante. Se trata de la "res derelictae".

b) *Por pérdida del corpus:*

1º Cuando otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya (art. 726);

2º Cuando sin pasar la posesión a otras manos se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios (art. 2502 N° 1). Por ejemplo, cuando un animal bravío recobra su libertad (art. 619).

c) *Por pérdida del animus.*

Algunos autores estiman que ello ocurre en el caso del constituto posesorio.

Nosotros, en el caso del constituto posesorio, pensamos que, perdido el animus, se pierde el corpus, ya que distinguimos la tenencia en sentido de corpus de *la mera* tenencia, y el constituto posesorio es un caso en que el antiguo dueño o poseedor retiene la cosa como nuevo mero tenedor, esto es, reconociendo dominio ajeno. Luego, falta en él el corpus y el animus, el dueño o poseedor ha enajenado la cosa.

255. ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES

Para estudiarlas, hay que distinguir según se trate de inmuebles no inscritos o inscritos.

256. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS

Para determinar cómo se adquiere la posesión de los inmuebles no inscritos y qué posesión se adquiere, hay que distinguir cuál es el

antecedente en que se funda tal adquisición. Los referidos antecedentes son:

- a) El simple *apoderamiento* de la cosa, con ánimo de señor o dueño;
- b) Un título *no traslativo* de dominio, es decir, un título *constitutivo* de dominio o la sucesión por causa de muerte;
- c) Un título *translativo* de dominio.

257. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS CUANDO SE INVOKA EL SIMPLE APODERAMIENTO CON ÁNIMO DE SEÑOR O DUEÑO

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 726 y 729, el simple *apoderamiento* de un inmueble no inscrito, con ánimo de señor o dueño, hace nacer posesión en el que se *apodera* del inmueble, y el que tenía la posesión la pierde.

Para adquirir esa posesión no se requiere inscripción alguna.

Lo dicho parece estar en contradicción con lo dispuesto en el art. 724. Sin embargo, como lo veremos más adelante, no existe tal contradicción.

En resumen, si alguien, pretendiéndose dueño, se *apodera* de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde, y la adquiere el que se *apoderó* del inmueble, y esto aunque haya sido en forma violenta o clandestina, aunque lo haya usurpado (art. 729); y para adquirir esa posesión no se necesita inscripción alguna.

Creemos que esta posesión será siempre irregular, porque el que se *apodera* del inmueble sabe que pertenece a otra persona, natural o jurídica, o al Fisco (art. 590), luego, siempre va a estar de mala fe.

258. A

SE

La

m

a)

b) L

N

yi

ni

Er

Ju

in

258. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS CUANDO SE INVOCA UN TÍTULO NO TRANSLATIVO DE DOMINIO

Los títulos que se podrían invocar son la sucesión por causa de muerte, la ocupación, la accesión y la prescripción.

a) La sucesión por causa de muerte

Los sucesores adquieren la posesión legal de la herencia al momento de la delación (arts. 688 y 722), y, en definitiva, de la apertura de la sucesión, esto es, al fallecer el causante, por el efecto retroactivo de la condición. Cada heredero adquiere, en forma particular, la posesión del inmueble que se le adjudique, en el momento en que tuvo el corpus y el animus conjuntamente con los otros (arts. 718 y 1344). Para adquirir la referida posesión no se requiere de ninguna inscripción, ya que se adquiere por el ministerio de la ley. Y será regular o irregular según exista buena o mala fe y según se trate de un heredero real o putativo.

El legatario adquiere la posesión de las cosas legadas cuando le son entregadas, es decir, cuando tiene el corpus y el animus, y para adquirirla no necesita de inscripción.

Las inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte, como ya lo estudiamos, no tienen por objeto adquirir el dominio ni la posesión; tienen por objeto dar publicidad y mantener la historia de la propiedad raíz y permitir su disposición.

b) La ocupación.

No puede invocarse como antecedente de la posesión de inmuebles, ya que la ocupación supone que la cosa ocupada no pertenezca a nadie, y los inmuebles siempre pertenecen a un particular o al Estado (art. 590).

Jurídicamente, una persona puede apoderarse de un inmueble no inscrito, pero no puede ocuparlo.

c) *La accesión.*

El que posee un inmueble no inscrito se hace poseedor del terreno que acceda a él. Esta posesión, tal como la de la cosa a que acceda, no necesita de inscripción, y será regular o irregular según lo sea la de la cosa principal.

d) *La prescripción.*

Ya estudiaremos que la prescripción no es título o antecedente para la posesión, ya que la supone y ésta es requisito de aquélla.

259. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS CUANDO SE INVOCA UN TÍTULO TRANSLATICO DE DOMINIO

a) *Poseción regular.*

Para adquirir la posesión regular de un inmueble no inscrito, cuando se invoca un título translatico de dominio, es indispensable la inscripción, ya que ésa es la única forma de hacer la tradición de los inmuebles, salvo las servidumbres (arts. 686, 696 y 698), y la tradición es un requisito indispensable de la posesión regular cuando se invoca un título translatico de dominio (art. 702, inc. 3°).

Como en el caso que analizamos se tratará de la primera inscripción, hay que cumplir con las formalidades prevenidas en los arts. 693 del Código Civil y 58 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.

b) *Poseción irregular.*

Algunos autores estiman que sin la inscripción no se puede adquirir ni aun la posesión irregular de los inmuebles no inscritos, ya que el art. 724 dice que si la cosa es de aquéllas cuya tradición deba hacerse por la inscripción en el Registro del Conservador, nadie puede adquirir posesión de ella sino por este medio, y el referido artículo no distingue entre posesión regular e irregular. Para ellos, tratándose de inmuebles, la inscripción, cuando se

260. Adqui

- a) Si
de
inn

(89) C. S., R.,

invoca un título translaticio de dominio, es un requisito para la posesión sin distinciones. Es decir, hacen primar el referido artículo sobre el art. 708 en relación con el 702. (89)

Otros autores creen que la inscripción no es necesaria para adquirir la posesión irregular de los inmuebles no inscritos cuando se invoca un título translaticio de dominio. Para ellos basta con la entrega material del inmueble, el apoderamiento. Estiman que si el art. 729 hace nacer posesión irregular en el que se apodera violentamente o clandestinamente de un inmueble no inscrito, con mayor razón la adquiere el que recibe el inmueble invocando un título translaticio de dominio.

Citan también, como argumento en su favor, lo preceptuado en los arts. 728 y 730. Dice el primero de esos artículos: "Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito no adquiere posesión de ella, ni pone fin la posesión existente". Luego, si el título no está inscrito, el que se apodera de la cosa, sea que invoque o no un título translaticio de dominio, adquiere posesión de ella y pone fin a la posesión existente.

Dice el inciso 2º del art. 730: "Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni adquiere por la otra, sin la competente inscripción". En consecuencia, si el que tiene un inmueble no inscrito se da por dueño de él y lo enajena, se pierde por una parte la posesión y se adquiere por la otra, aun sin la competente inscripción (art. 730, inc. 1º).

260. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES INSCRITOS

- a) Si se invoca un título no translaticio de dominio, no se requiere de inscripción para adquirir la posesión regular o irregular de los inmuebles inscritos.

(89) C. S., R., T. 22, sec. 1º, pág. 978.

Lo que dijimos de la sucesión por causa de muerte, la ocupación, la accesión y la prescripción para los inmuebles no inscritos tiene aplicación respecto de los inscritos.

El simple apoderamiento de un inmueble inscrito no hace nacer posesión (art. 729 en contrario sensu).

- b) Si se invoca un título translaticio de dominio, estimamos, pero reconocemos que no todos están de acuerdo en ello, que tanto para adquirir la posesión regular como la irregular se necesita de la inscripción.

Ello se desprende de diversas disposiciones, como son los arts. 724, 728, 729, a contrario sensu, 730 inc. 2º y 2505.

Por lo demás eso es lo razonable, ya que el sistema del código tiene por objeto principal proteger la posesión inscrita.

261. CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS

Como respecto de los inmuebles no es posible la figura que describe el art. 727, su posesión se conserva mientras se conserve el corpus y el animus.

Nosotros creemos que el caso del N° 2 del art. 2502, esto es, cuando sin haber pasado la posesión a otras manos se hace imponible el ejercicio de actos posesorios por haberse inundado permanentemente una finca no es un caso de pérdida del corpus en el sentido de manifestación del poder del dueño. Creemos que mientras la finca está inundada, el poseedor, por ejemplo, puede enajenarla.

262. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS

- a) *Por pérdida del corpus y del animus:*

- 1º Cuando se enajena el inmueble;

- 2º Cuando se abandona. En este caso el abandono no es al primer ocupante, ya que la ocupación no tiene lugar respecto de los

263. Co

Co
mi
la i

Ya
ad
cor

264. CAI

El a
la i

Indi

a) l

b) l

c) l

265. CAN

Se tr
brar

inmuebles. Pero puede tener lugar el apoderamiento (art. 729).

b) Por pérdida del corpus.

Cuando alguien se apodera del inmueble no inscrito con ánimo de hacerlo suyo (arts. 726 y 729).

Hacemos presente que el mero tenedor, si se apodera de la cosa, si la usurpa, no se hace poseedor de ella (arts. 730, 716 y 719).

263. CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN INSCRITA

Conforme lo previene el art. 728, la posesión inscrita se conserva mientras subsista la inscripción y se pierde sólo por la cancelación de la inscripción.

Ya vimos que el apoderamiento de un inmueble inscrito no hace adquirir ni aun posesión irregular de acuerdo a los arts. 728, 729, a contrario sensu, 730 y 2505.

264. CANCELACIÓN DE UNA INSCRIPCIÓN

El art. 728 dice, para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele.

Indica, además, la manera cómo se cancela la inscripción, esto es:

- a) Por voluntad de las partes;
- b) Por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, y
- c) Por decreto judicial.

265. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN POR VOLUNTAD DE LAS PARTES

Se trata de un acuerdo de voluntades en el que las partes que celebraron el acto jurídico, que fue título de la inscripción, convienen en

dejarlo sin efecto. Por ejemplo, se vende un inmueble y se inscribe a nombre del comprador; posteriormente comprador y vendedor convienen en dejar sin efecto la compraventa y en cancelar la inscripción.

El acuerdo de voluntades que pone fin a una inscripción debe constar por escritura pública ya que las cancelaciones que hace el Conservador de Bienes Raíces, mediante subinscripciones, deben constar en esa clase de instrumento o en sentencia judicial (arts. 57, 90 y 91 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces).

266. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN POR DECRETO JUDICIAL

Tiene lugar cuando en un juicio una de las partes obtiene que se le reconozca la posesión que aparecía a nombre de otro por existir una inscripción en su favor. Por ejemplo, cuando el reivindicante obtiene sentencia en su favor y el poseedor vencido había inscrito el título del que emanó su posesión (alguien le vendió el inmueble del reivindicante haciéndose pasar por mandatario suyo).

Esta forma de cancelación, al igual que la estudiada en el número anterior, se hace mediante una subinscripción al margen de la inscripción que se cancela.

267. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN POR UNA NUEVA INSCRIPCIÓN EN QUE EL POSEEDOR INSCRITO TRANSFIERE SU DERECHO A OTRO

Hemos dejado para el último este caso, que es el más frecuente, por ser el que da origen a los principales problemas. Ejemplo de él sería el siguiente: una persona que es dueña de un inmueble inscrito se lo vende a otra, y esta segunda persona inscribe el inmueble a su nombre, inscribiendo el contrato de compraventa. Esta forma de cancelación se produce automáticamente, por el hecho de practicarse la segunda inscripción, conforme lo dice a la letra el art. 728. (90)

(90) C. S., R. T. 41, sec. 1ª, pág. 275.

(91) C. S., R

(92) C. S., R

Veremos a continuación algunos problemas que presenta la forma de cancelación a que nos estamos refiriendo.

a) *Un título injusto cancela la inscripción anterior.*

La jurisprudencia así lo ha reconocido y con razón. (91)

Los arts. 728 y 2505 que se refieren a la cancelación de la inscripción, no distinguen si el título es justo o injusto.

Si la inscripción del título injusto no operara la cancelación de la inscripción, no cesaría la posesión inscrita ni empezaría la nueva posesión, y el que obtuvo la inscripción no podría ganar el dominio por prescripción, ya que no estaría poseyendo, lo que es absurdo desde el momento que el art. 2510 N° 1 permite ganar por prescripción sin título alguno. Con mayor razón se podrá ganar la prescripción con título injusto que con ninguno.

b) *Significado de la expresión "competente" inscripción a que se refiere el art. 730, inc. 2°.*

Se ha discutido el significado de la expresión "competente" que se exige para que la nueva inscripción cancele la anterior y haga nacer posesión.

Para algunos "competente" inscripción es la que emana del poseedor inscrito anterior, aunque sea en forma aparente, ya que es la única, según ellos, que cancela la inscripción anterior, pues es la única en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro (art. 728). Serían casos aparentes en que se aplicaría lo dicho aquéllos en que una persona se hace pasar por mandatario de otra y enajena un inmueble inscrito del segundo y se practica la inscripción a nombre del comprador; o aquél en que una persona vende una cosa, inscrita a nombre de otro, como si fuera dueño, y después adquiere el dominio de ella, por ejemplo, por sucesión por causa de muerte (arts. 682, inc. 2°, y 1819). (92)

(91) C. S., R. T. 78, sec. 1ª, pág. 5, consid. 3º a 5º, pág. 6.

(92) C. S., R., T. 30, sec. 1ª, pág. 206.

Para otros, la competente inscripción a que se refiere el art. 730, inciso 2º es aquella que se hace cumpliendo con los requisitos que para las inscripciones establece el Reglamento del Conservador. Sostienen que esta inscripción también cancela a la anterior, no por lo dicho en el art. 728, sino por lo expresado en el art. 730, inc. 2º. (93)

Este artículo, expresa y concisamente, se está poniendo en la posibilidad que un usurpador se dé por dueño del inmueble inscrito y lo enajene a su nombre y haya competente inscripción. Luego, no necesariamente será competente inscripción la que emane del poseedor anterior.

La verdad es que la doctrina que analizamos en primer lugar no explica el art. 730, inc. 2º, y por eso nos parece más acertada la segunda teoría, que es la que sigue la más moderna jurisprudencia.

c) *Inscripción de papel.*

En todo caso, no es competente inscripción que habilite para poseer la que no va acompañada de la tenencia con ánimo de señor o dueño. Sin esos elementos no hay posesión. Si el art. 724 exige la inscripción para la posesión de ciertos bienes, ello no significa que baste esa sola inscripción para que haya posesión. Para que exista es indispensable el corpus y el animus. En resumen, las inscripciones de papel no dan posesión. (94)

d) *¿Es necesariamente la inscripción para que el adquirente del usurpador de un inmueble no inscrito adquiera la posesión?*

Creemos que, conforme lo disponen los arts. 726, 729, 708, 702 y 730, inc. 1º, para adquirir la posesión irregular no se requiere inscripción.

(93) C. S., R., T. 46, sec. 1º, pág. 311.

(94) C. S., R., T. 48, sec. 1º, pág. 581.

268. REC

La le
sesi
inter

Se re
tenta

Se re
intent

Las ac
916).

269. LAS PR

La ley
prueba

a) Si s
pos
719

Si s
sost
se t
en r

b) Si s
mer

Si s
sost
que
nom

De acuerdo a los arts. 702 y 724, para adquirir posesión regular es necesaria la inscripción (art. 686).

268. RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN

La ley establece la ficción de que el que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio (art. 731).

Se recupera legalmente la posesión de los inmuebles cuando se intentan las acciones posesorias, la reivindicatoria y la *publiciana*.

Se recupera legalmente la posesión de los bienes muebles cuando se intentan las acciones reivindicatoria y *publiciana*.

Las acciones posesorias no tienen lugar respecto de los muebles (art. 916).

269. LAS PRESUNCIONES EN LA PRUEBA DE LA POSESIÓN

La ley ha establecido una serie de presunciones en relación con la prueba de la posesión.

a) Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega (art. 719, inc. 1°).

Si se ha empezado a poseer a nombre propio, es suficiente con sostenerlo. La parte contraria deberá demostrar que la posesión se transformó en mera tenencia o que el poseedor se transformó en mandatario suyo para poseer (art. 720);

b) Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

Si se toma la posesión a nombre de otro, a éste le basta con sostener eso. El mandatario o representante legal deberá probar que la posesión a nombre ajeno se transformó en posesión a nombre propio (art. 719, inc. 2°);

- c) Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio (art. 719, inc. 3°).

Todas las presunciones mencionadas en las letras anteriores son simplemente legales.

270. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN

En nuestro derecho la posesión es un hecho. Ello queda claramente establecido en el art. 717, que dice que sea que se suceda a título universal o a título singular, la posesión del sucesor principia en él. Es decir, la posesión no se transmite por sucesión por causa de muerte ni se transfiere por acto entre vivos.

Con todo, hay quienes estiman que la posesión es un derecho real, ya que es un conjunto de facultades que se ejerce sobre una cosa, sin respeto a determinada persona; conjunto de facultades que está protegido por la ley, lo que le da el carácter de derecho. Agregan que la posesión como todo derecho real está protegida por acciones reales, como serían las acciones posesorias y la acción publicana. Por último, dicen que los arts. 696 y 728 hablan de la transferencia de la posesión, y que el art. 2500, inc. 2°, expresa que la posesión principia por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre de los herederos, dando a entender que la posesión se transmite por causa de muerte.

Hacemos presente que la posesión no está mencionada entre los derechos reales que señala el código que, como sabemos, son de creación legal y enumeración taxativa (aunque no necesariamente en el Código Civil).

271. LA POSESIÓN Y LA COMUNIDAD

Así como se puede ser codueño, se puede ser coposeedor.

Hay coposesión cuando una cosa es poseída proindiviso por varias personas. Cuando hay comunidad de posesión.

Div.
con.
secc
toda

El c
pose
la fa
sigu
siva
pose
pose

Las c
indiv
com
dida
se ex
la vo

272. LA POSESIÓN

Cons
poses
Esta r

273. LA POSESIÓN

Al di
poses
ni el a
La po
cuand
Norm
poses

Dividida la comunidad, como las sentencias de adjudicación operan con efecto retroactivo, se entiende que el adjudicatario ha sido poseedor exclusivo de la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión (art. 718, inc. 1°).

El código agrega que "podrá", pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y esto es lo curioso, porque el adjudicatario tiene la facultad de hacerlo si quiere, la ley no lo obliga a ello. Por consiguiente, si el adjudicatario no quiere agregar a su posesión exclusiva la posesión que existió durante la indivisión, el título de su posesión será la adjudicación, que para este efecto es constitutivo de posesión.

Las enajenaciones que hubiere hecho por sí solo mientras duró la indivisión y los derechos reales que hubiere constituido sobre la cosa común subsistirán sobre la parte adjudicada si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiera a más, no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios (art. 718, inc. 2°).

272. LA ACCESIÓN DE POSESIONES

Consiste en que el poseedor puede agregar a la posesión propia la posesión de una serie no interrumpida de antecesores (art. 717).

Esta materia la estudiaremos con más detención en la prescripción.

273. LA POSESIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS Y DE LAS ESPECIES LEGADAS

Al diferirse la herencia, los herederos adquieren su posesión legal, posesión que concede la ley aunque el heredero no tenga ni el corpus ni el animus (art. 722).

La posesión real de cada bien hereditario la adquieren los herederos cuando tienen el corpus y el animus respecto de dicho bien.

Normalmente la posesión legal de la herencia va a coincidir con la posesión real de los bienes hereditarios. Sin embargo, puede darse el

caso de que un heredero tenga la posesión legal de la herencia y no tenga la posesión real de algún bien hereditario o de todos ellos, por ejemplo, porque ignora su calidad de heredero. Se producirá en este caso una laguna en la posesión real de los bienes hereditarios.

Si hay un heredero putativo que posea los bienes hereditarios, o si hay otra persona que por cualquiera circunstancia los posea, no se produce la laguna en la posesión que hemos mencionado. Pero se puede dar el caso de que los bienes hereditarios no sean poseídos por nadie y que el heredero ignore su calidad de tal.

Bello solucionó parcialmente el problema que hemos planteado, y mediante una ficción supone que la herencia yacente posee a nombre del heredero (art. 2500, inc. 2º). En consecuencia, si transcurrido algún tiempo después de la muerte del causante el heredero adquiere el corpus y el animus, se entiende que tuvo la posesión desde la muerte del causante, ya que el bien fue poseído en su nombre por la herencia yacente.

La solución que dio Bello supone la declaración de yacencia de la herencia. Sin embargo, podemos pensar que la expresión "herencia yacente" que contiene el inc. 2º del art. 2500 está tomada en un sentido más amplio, en el sentido de herencia no aceptada.

La solución a que nos hemos referido tiene el inconveniente en hacer poseer a entes que no son personas la herencia yacente y la herencia no aceptada.

Podríamos pensar que lo que quiso decir el art. 2500, al dar la posesión a la herencia yacente que posee a nombre del heredero, es que la posesión del heredero se retrotrae a la apertura de la sucesión.

Esta solución, más sencilla, no tiene el inconveniente de hacer poseer a una entidad que no es persona y sirve, además, para la posesión de bienes cuya existencia ignora el heredero después de haber aceptado la herencia y que no son poseídos por nadie. Por ejemplo, el causante era poseedor de un caballo que dio en arriendo a un tercero; fallece el causante y el heredero acepta la herencia; después el arrendatario le entrega el caballo. En el ejemplo propuesto no hay herencia yacente ni herencia no aceptada que puedan poseer el caballo a nombre

del h
de q
inco
su an

En c
probl
el ani

¿Quié
adqui

Aplica
podría
que te
tario.

La otra
se retro

Esta úl
herede
en el P
Proyect
mite al
es defe
causant
se entie
mismo :

del heredero. En consecuencia, tendríamos que llegar a la conclusión de que el referido caballo no es poseído por nadie, lo que tiene el inconveniente de impedir que el heredero agregue a su posesión la de su antecesor, ya que hubo una laguna entre ambas posesiones.

En cuanto al legatario de especies, nos encontramos con el mismo problema. El legatario adquiere la posesión cuando tiene el corpus y el animus sobre la especie legada.

¿Quién posee en el tiempo intermedio mientras el legatario no adquiere el corpus y el animus respecto de la especie legada?

Aplicando las soluciones que hemos analizado para el heredero, podríamos concluir que los herederos poseen a nombre del legatario, que tendrían la representación legal para poseer a nombre del legatario.

La otra solución sería la de considerar que la posesión del legatario se retrotrae al momento de la apertura de la sucesión.

Esta última solución, al igual que la segunda que dimos para los herederos, tiene asidero en el derecho romano y en lo preceptuado en el Proyecto Inédito del Código Civil. El art. 866 a) del referido Proyecto Inédito establece que la posesión de la herencia se transmite al heredero que acepta, desde el momento en que la herencia le es deferida, aunque el heredero lo ignore. Es decir, la posesión del causante continúa hasta que el heredero acepta y, una vez que acepta, se entiende que tuvo la posesión desde la delación de la herencia. Lo mismo se expresa en el art. 869 del Proyecto de 1853. (95)

(95) R., T. 34, sec. 2ª, pág. 70.

CAPÍTULO X

LA PRESCRIPCIÓN

274. CONCEPTO

Es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492, inc. 1°).

Como vemos el código define conjuntamente la prescripción adquisitiva y la extintiva.

275. ¿SE JUSTIFICA LA PRESCRIPCIÓN?

No todos están de acuerdo en cuanto a que la prescripción se justifique. Algunos creen que es una institución inmoral que legaliza la usurpación de bienes o el no pago de las obligaciones.

Creemos que el tema excede lo que pretendemos con este trabajo.

Sin embargo, estimamos que la prescripción adquisitiva se justifica. No siempre el poseedor es un usurpador. Generalmente él ha cuidado y mejorado la cosa que gana por prescripción. El la ha hecho producir. El dueño, por regla general, ha sido descuidado e indiferente con la cosa que es poseída por otro.

La prescripción adquisitiva consolida las situaciones y hace estables los derechos.

Además, como en nuestro país la inscripción no es prueba de dominio, los plazos de prescripción sirven para demostrar que quien aparece como dueño de algo es tal. Si una persona adquiere un inmueble por tradición, inscribiéndolo, no necesita probar el dominio de sus antecesores hasta el origen de la propiedad del inmueble de que se trata. Si la inscripción ha durado diez años, es dueño del inmueble pues si no lo adquirió por tradición, lo adquirió por prescripción.

La verdad es que la importancia mayor de los plazos de prescripción está en servir de prueba del dominio, no en la consumación de la prescripción.

No ocurre lo mismo con la prescripción extintiva. No nos parece justo que el deudor, que se sabe tal, si el acreedor ha sido benévolo y no le ha cobrado, o inclusive si ha sido descuidado y no lo ha perseguido, tenga como excusa para no pagar el transcurso del tiempo. Creemos que por ese motivo el legislador reconoció que el pago de una obligación prescrita tenía causa y enumeró entre las obligaciones naturales a las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción (art. 1470 N° 2).

276. NORMAS DE CARÁCTER GENERAL APLICABLES A LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y A LA EXTINTIVA

- a) Necesidad de alegar la prescripción;
- b) Renuncia de la prescripción;
- c) Personas que pueden prescribir y contra las cuales se puede prescribir.

277. NECESIDAD DE ALEGAR LA PRESCRIPCIÓN

Aunque hay autores que creen que la prescripción opera en virtud de sentencia judicial, fundados, principalmente, en el art. 2493 que dice que el que quiere aprovecharse de la prescripción debe alegarla (96),

(96) C. S., R., T. 51, sec. 1ª, pág. 325.

nosotr
del tie

Otra c
alegar

Pensa

a) Po
acc
tie

b) El
fav
pre
crip
gar

Est
hag

Qu
apl
pas

c) Si l
ser
se l
pla

Lo
sen
ció
cep
te c
se l

(97) C. S., R.,

nosotros creemos que opera de pleno derecho, por el solo transcurso del tiempo. (97)

Otra cosa es que para aprovecharse de ella el prescribiente debe alegarla y que el juez no puede declararla de oficio.

Pensamos así por las razones siguientes:

- a) Porque el art. 2514 dice que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige *solamente* cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones;
- b) El propio artículo 2493, en nuestro concepto, es un argumento en favor de esta posición. Dice: el que quiere aprovecharse de la *prescripción* debe alegarla. Es decir, una vez consumada la prescripción si el poseedor quiere aprovecharse de ella debe alegarla.

Esta disposición tiene por objeto impedir que los particulares se hagan justicia por sí mismos.

Que el juez no pueda declararla de oficio no tiene otro alcance que aplicar la regla general en materia procesal civil de que el juez es pasivo y sólo puede actuar a petición de parte.

- c) Si la prescripción operara en virtud de sentencia judicial, su fecha sería la de la notificación de la sentencia, y la verdad es que ésta se limita a reconocer un hecho, a reconocer que al vencerse el plazo de prescripción en ese momento se consumó ésta.

Los autores que creen que la prescripción opera en virtud de sentencia judicial, es decir que hay que hacerla valer como acción, sostienen que cuando en el juicio ordinario se opone la excepción de prescripción ésta ya debe estar declarada judicialmente o debe hacerse valer por la vía reconvenzional para que el juez se pronuncie previamente sobre ella.

(97) C. S., R., T. 20, sec. 1ª, pág. 280.

Como nosotros pensamos que la prescripción opera de pleno derecho, creemos que puede hacerse valer como excepción.

Esta materia la veremos con más detalle en el párrafo en que analizamos la forma cómo puede hacerse valer la prescripción.

Diremos en todo caso que en ciertas circunstancias el juez puede declarar de oficio la prescripción.

Tales casos son:

- a) La prescripción de la acción penal (art. 102 del Código Penal);
- b) La prescripción de la pena (art. 102 del Código Penal);
- c) La prescripción del mérito ejecutivo de un título (art. 442 del Código de Procedimiento Civil).

278. RENUNCIA DE LA PRESCRICIÓN

La prescripción es una institución de orden público, que interesa primordialmente a la sociedad ya que el legislador la estableció para consolidar los derechos, sin considerar el interés particular del prescribiente.

Consecuencia de ello es que la prescripción sólo puede renunciarse una vez cumplida, pues desde ese momento el interés general se transforma en individual (art. 2494, incs. 1º y 12).

a) *Clases de renuncia de la prescripción.*

- Puede ser expresa o tácita;
- Es expresa cuando se hace en términos explícitos;
- Es tácita cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor. Por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arrien-

do, o el que debe dinero paga intereses o pide plazo (art. 2494, inc. 2°).

b) Naturaleza jurídica de la renuncia de la prescripción.

Para algunos autores una vez alegada la prescripción, el derecho se incorpora al patrimonio del prescribiente o éste queda liberado de la deuda. Antes de alegarla, el prescribiente no se aprovecha de ella.

En consecuencia, si no se alega la prescripción, al renunciarla, no se hace salir ningún bien del patrimonio.

Por eso, la renuncia de la prescripción es un acto abdicatorio, por el cual el que puede aprovecharse de la prescripción manifiesta su voluntad de no hacerlo.

Como nosotros consideramos que la prescripción opera de pleno derecho, creemos que la renuncia de la prescripción es un acto de disposición que hace salir un bien del patrimonio del prescribiente, y que constituye un acto de liberalidad y de enajenación de un derecho.

Si la prescripción de un inmueble ha sido declarado por sentencia y se ha inscrito, creemos que debe inscribirse la renuncia por disponerlo así el N° 3 del art. 52 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Si la prescripción no ha sido declarada en sentencia, será necesario cancelar la inscripción del inmueble a nombre del poseedor que renunció la prescripción.

Por ser un acto de disposición es que el art. 2495 dice que no puede renunciar la prescripción sino el que tiene la facultad de enajenar.

Por lo demás, encontramos muy sutil la distinción entre actos abdicatorios y actos de enajenación.

c) *Capacidad para renunciar a la prescripción.*

La ley dispone que sólo puede renunciar a la prescripción el que puede enajenar. Es decir, exige capacidad de ejercicio (art. 2495).

Creemos que los incapaces pueden renunciar por medio de sus representantes legales. Claro que el representante puede verse expuesto a lo que resuelva el juez si el representado reclama por ese hecho.

Hay autores, como Somarriva (98), con el que estamos de acuerdo, que cree que los representantes legales no pueden renunciar a la prescripción de los inmuebles, ya que no pueden enajenarlos libremente. Estima sin embargo, que pueden renunciar a la prescripción de los muebles que por regla general pueden enajenar libremente.

d) *Inoponibilidad de la renuncia de la prescripción.*

La renuncia de la prescripción, como la renuncia de todo derecho, sólo afecta al que la hace. Por eso, el fiador, el deudor prendario y el deudor hipotecario pueden oponer al acreedor la prescripción renunciada por el deudor principal (art. 2496). (99)

279. PERSONAS QUE PUEDEN PRESCRIBIR Y CONTRA LAS CUALES SE PUEDE PRESCRIBIR

Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen libre administración de lo suyo (art. 2497).

De la lectura del artículo que acabamos de transcribir podría desprenderse que la prescripción no tiene lugar respecto de los incapaces. Como lo veremos a través de nuestro estudio, ello no es efectivo. Y,

(98) Somarriva U., Manuel, citado por Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 522.

(99) C. S., R., T. 9, sec. 1ª, pág. 139.

a pes
incap

280. CONC

Es un
cosas
requi

La pr
588).

281. CARA

a) Es

El
el

b) Es

El
el c

c) Es

Op
nue
va p
de p
arts

d) Gen

Sin
este

a pesar de que algunas prescripciones se suspenden en favor de los incapaces, ésta tiene lugar en contra de ellos.

280. CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Es un modo de adquirir las cosas ajenas, por haberse poseído las cosas durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492).

La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir el dominio (art. 588).

281. CARACTERÍSTICAS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

a) *Es un modo de adquirir originario.*

El derecho del prescribiente principia en él; no se toma en cuenta el derecho del antecesor;

b) *Es un modo de adquirir gratuito.*

El prescribiente no necesita hacer ningún desembolso para ganar el dominio por prescripción;

c) *Es un modo de adquirir entre vivos.*

Opera en vida del prescribiente. Si éste fallece, se inicia una nueva prescripción por sus sucesores, tal como inician una nueva posesión. Ello sin perjuicio de que pueden agregar a su tiempo de prescripción el de sus antecesores, conforme lo disponen los arts. 2500 y 717;

d) *Generalmente es un modo de adquirir a título singular.*

Sin embargo, se puede ganar por prescripción la herencia, y en este caso es a título *universal*.

282. REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

- a) Que la cosa sea susceptible de ganarse por prescripción;
- b) Posesión;
- c) Transcurso del tiempo;
- d) Que la posesión no esté interrumpida;
- e) Que no esté suspendida la prescripción.

283. COSAS QUE PUEDEN GANARSE POR PRESCRIPCIÓN

Por regla general todas las cosas pueden ganarse por prescripción, siempre que sean comerciables.

La mayoría de los autores estiman que los derechos personales no pueden ganarse por prescripción. Nosotros pensamos que se pueden ganar por prescripción ya que pueden poseerse (art. 715). Por ejemplo, si una persona se hace pasar por mandatario de otra y cede un crédito de ésta a un tercero, creemos que dicho tercero puede ganar por prescripción ese crédito. El código, por otra parte, habla de la posesión de los créditos (art. 1576, inc. final).

En todo caso, se ganan por prescripción el dominio y los demás derechos reales que no estén especialmente exceptuados (art. 2498).

284. COSAS QUE NO PUEDEN GANARSE POR PRESCRIPCIÓN

- a) Los derechos reales especialmente exceptuados, esto es, las servidumbres discontinuas de cualquier clase y las continuas inaparentes (arts. 882 y 917);
- b) Las cosas inkomerciables, es decir, las cosas comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público (art. 2498).

285. PRESCRIPCIÓN DE LA CUOTA DE UN COMUNERO POR OTRO COMUNERO

Algunos autores estiman que entre comuneros no tiene lugar la prescripción adquisitiva de la cuota de otro comunero porque siem-

pre est
a nom

Nosot
bles p
tenenc
tiempc
haberla
person

No hay
ros.

286. POSESIÓN

Ya estu
cemos p
adquirir

No puec
que se a
o de los a
2499, in

a) Acto

Son l
consa
ficar

b) Actos

Son l
porte
transi
inc. 3

pre estaría reconociendo dominio ajeno. Siempre estarían poseyendo a nombre propio y ajeno. (100)

Nosotros pensamos que las cuotas de los comuneros son prescriptibles por los otros comuneros desde que exista posesión, esto es, tenencia de la cuota con ánimo de señor o dueño, y transcurso del tiempo necesario. Un comunero puede poseer la cuota de otro. Puede haberla usurpado, o puede haberla comprado; por ejemplo, a una persona que se ha hecho pasar por mandatario del supuesto vendedor.

No hay ninguna norma que prohíba la prescripción entre comuneros.

286. POSESIÓN

Ya estudiamos este requisito de la prescripción. Sin embargo, hacemos presente que sólo el que tiene ánimo de señor o dueño puede adquirir por prescripción.

No pueden prescribir, en consecuencia, los meros tenedores, ni los que se aprovechan de la omisión de actos de mera facultad del dueño, o de los actos de mera tolerancia suya de que no resulta gravamen (art. 2499, inc. 1°).

a) *Actos de mera facultad.*

Son los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro (art. 2499, inc. final). Por ejemplo, edificar en terreno propio (art. 2499, inc. 2°).

b) *Actos de mera tolerancia.*

Son los que cada cual puede permitir a un extraño sin que importen gravamen. Por ejemplo, tolerar que el ganado del vecino transite por sus tierras eriales o que pascen en ellas (art. 2499, inc. 3°).

(100) C. S., R., T. 48, sec. 1°, pág. 553.

A veces puede ser dudoso si un acto constituye posesión o refleja mera tolerancia del dueño. En todo caso, es una cuestión de hecho que deberá ser resuelta por el juez.

287. TRANSCURSO DEL PLAZO. ACCESIÓN DE POSESIONES

Como veremos más adelante, el plazo para ganar por prescripción es distinto según se trate de prescripción ordinaria o extraordinaria. Esto es, según sea regular o irregular la posesión del prescribiente.

A continuación veremos la llamada *accesión de posesiones* que consiste en agregar a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores (arts. 2500 y 717).

La *accesión de posesiones* se aplica en materia de prescripción y de acciones posesorias (arts. 2500 y 920).

Para que tenga lugar la *accesión de posesiones* debe existir un vínculo jurídico entre el actual poseedor y el *antecesor*. Por eso el ladrón es poseedor pero no puede agregar a su posesión la del anterior poseedor ya que no es sucesor de éste, no es su causahabiente.

Además, las posesiones que se suman deben ser sucesivas y no interrumpidas (arts. 717 y 2500). No debe haber solución de continuidad entre las posesiones que se suman.

288. LA COPOSESIÓN Y LA ACCESIÓN DE POSESIONES

Sabemos que la adjudicación opera con efecto retroactivo y que el adjudicatario se entenderá haber poseído exclusivamente el bien adjudicado durante todo el tiempo que duró la indivisión (arts. 1344 y 718).

Sin embargo, el código no obliga al adjudicatario para sumar a su posesión personal la posesión transcurrida durante la indivisión, lo faculta para ello.

Si el a
currid
todos
título
de pos

Si el i
transc
adjudi
constit

289. REGLA

a) La
obl

b) Pue
la d
Per
agre

c) La p
vici

290. LA INTE

Los ele
sesión
dueño,
que otr

Si algu
la prese

Cuando
posesor
prescrip

Si el adjudicatario agrega a su posesión personal la posesión transcurrida durante la indivisión, no hay accesión de posesiones pues de todos modos es posesión propia y no de su antecesor. En este caso el título de su posesión será la sucesión por causa de muerte o el título de posesión en cuya virtud se adquirió ésta.

Si el adjudicatario no agrega a su posesión personal la posesión transcurrida durante la indivisión, el título de su posesión será la adjudicación, que para este solo efecto o que en este solo caso es título constitutivo de posesión.

289. REGLAS APLICABLES A LA ACCESIÓN DE POSESIONES

- a) La accesión de posesiones es una facultad del sucesor. No es obligatoria (arts. 717, 718 y 2500);
- b) Puede agregarse a la posesión propia no sólo la del antecesor sino la de una serie no interrumpida de antecesores (art. 717, inc. 2º). Pero no puede agregarse la de un antecesor mediato si no se agrega la del inmediato;
- c) La posesión que se agrega a la propia accede con sus calidades y vicios (art. 717, inc. 1º).

290. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Los elementos esenciales de la prescripción adquisitiva son la posesión de una cosa por un cierto lapso de tiempo y la inacción del dueño, esto es, el hecho de que el dueño no reclame por la posesión que otro ejerce en esa cosa.

Si alguno de estos elementos, posesión e inacción del dueño, faltan, la prescripción se interrumpe.

Cuando se pierde la posesión o se hace imposible el ejercicio de actos posesorios estamos en presencia de la interrupción natural de la prescripción.

Cuando cesa la inacción del dueño estamos en presencia de la interrupción civil de la prescripción.

a) Concepto de interrupción de la prescripción.

Como las causas de interrupción de la prescripción son varias, y sus efectos distintos, es difícil dar un concepto de la interrupción de la prescripción.

Podríamos decir que es la situación que se produce cuando se pierde la posesión, se hace imposible el ejercicio de actos posesorios o termina la inactividad del dueño, que produce el efecto de hacer perder el tiempo de prescripción transcurrido o de descontarse el tiempo que duró la interrupción, según el caso.

b) Clases de interrupción de la prescripción.

Como ya lo dijimos, la interrupción de la prescripción puede ser natural o civil.

Hacemos presente que el código habla en algunos artículos de interrupción de la posesión (art. 2501), pero nosotros creemos que lo que se interrumpe no es la posesión sino la prescripción, como lo dice el código de diversas disposiciones.

Creemos que el efecto fundamental de la interrupción es el impedir la consumación de la prescripción. Pero estimamos que la posesión continúa salvo que la interrupción se produzca por pérdida de la posesión, y que si hay un nuevo poseedor, éste puede agregar a su posesión la del antecesor que tuvo interrumpida su prescripción. Naturalmente que esto es mientras no se dicta sentencia que haga recuperar la posesión pues en ese caso se entiende que el demandante jamás perdió la posesión (art. 731). Por ejemplo, si el poseedor de la cosa es demandado de reivindicación por el dueño y pendiente el juicio la enajena a un tercero que pasa a poseer la cosa, el segundo poseedor podrá agregar a su posesión la de su antecesor para consumir su prescripción.

291. I

S

a)

b)

Li

90

Er

có

se

du

Si

sin

al

y e

ble

Si

pie

rec

hab

Ha

de l

nos

por

292. INT

a)

291. INTERRUPCIÓN NATURAL DE LA PRESCRIPCIÓN

Se produce en los siguientes casos:

- a) Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada (art. 2502 N° 1);
- b) Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona (art. 2502 N° 2).

La interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración.

En el caso de la finca inundada, que es el ejemplo que señala el código, creemos que el poseedor conserva la posesión, y si las aguas se retiran antes de 5 años, sólo se descuenta al poseedor el tiempo que duró la inundación.

Si la inundación dura más de cinco años, no sólo se pierde la posesión sino que también se pierde el dominio anterior, y la heredad accede a los propietarios riberaños de acuerdo con lo dispuesto en el art. 653 y en los demás artículos relativos a la accesión de inmueble a inmueble según proceda.

Si se pierde la posesión por haber entrado en ella otra persona, se pierde todo el tiempo de prescripción anterior, a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído (art. 2502, inc. 2°).

Hacemos presente que el código al mencionar la recuperación legal de la posesión sólo se refiere a las acciones posesorias. Sin embargo, nosotros creemos que la misma regla se aplica a la acción publiciana por lo dispuesto en el art. 731.

292. INTERRUPCIÓN CIVIL DE LA PRESCRIPCIÓN

a) *Concepto.*

Es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño contra el poseedor.

b) *Requisitos:*

- 1º Debe intentarse una acción ante los tribunales de justicia. No basta una actuación privada;
- 2º La demanda debe ser notificada (art. 2503 N° 1);
- 3º Debe estar pendiente el plazo de prescripción. Esta no debe haberse consumado.

c) *¿Interrumpe la prescripción la demanda intentada ante tribunal incompetente?*

La jurisprudencia así lo ha dicho. Nosotros, sin embargo, creemos que el problema es discutible ya que podría considerarse como no legal la notificación ordenada por un tribunal incompetente. (101) En este caso, cesa la inactividad del dueño de la cosa.

d) *¿Las medidas prejudiciales interrumpen la prescripción?*

En principio nos parece que la prescripción se interrumpe por la solicitud de medidas prejudiciales, siempre que se notifiquen, dados los términos amplios que emplea el art. 2503 que dice que la interrupción civil es todo "recurso judicial" intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor, y las medidas prejudiciales pueden considerarse un "recurso judicial".

Además, con las medidas prejudiciales, al igual que con la demanda ante tribunal incompetente, cesa la inactividad del dueño de la cosa. (102)

e) *Efectos de la interrupción civil.*

La interrupción civil hace perder el tiempo de prescripción anterior.

(101) C. S., R., T. 44, sec. 1º, pág. 130.

(102) C. S., R., T. 29, sec. 1º, pág. 615.

Tie
ext
f) Ca
ción
1º
2º
3º S
N
293. PERSONA
a) La in
inter
Norm
b) La ir
2503
c) Si la
interr
tamb

Tiene lugar tanto respecto de la prescripción ordinaria como la extraordinaria.

f) Casos en que la demanda judicial no interrumpe la prescripción:

1º Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal (art. 2503 N° 1);

2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia (art. 2503 N° 2).

Si el recurrente se desiste de la demanda no puede demandar nuevamente al poseedor. El desistimiento de la demanda produce el efecto de cosa juzgada (art. 150 del Código de Procedimiento Civil).

Si se abandona la instancia no se pierden las acciones del recurrente sino sólo el procedimiento, y el recurrente puede demandar nuevamente al poseedor (art. 156 del Código de Procedimiento Civil);

3º Si el demandado obtuvo sentencia de absolución (art. 2503 N° 3).

293. PERSONAS QUE PUEDEN INVOCAR LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESIPCIÓN

a) La interrupción natural puede ser invocada por todo el que tenga interés en ello.

Normalmente será el dueño de la cosa;

b) La interrupción civil sólo puede invocarla el recurrente (art. 2503, inc. 2º);

c) Si la cosa pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de la otras (art. 2504).

294. CLASES DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

La prescripción adquisitiva puede ser ordinaria o extraordinaria (art. 2506).

El fundamento de la prescripción ordinaria es la posesión regular.

El fundamento de la prescripción extraordinaria es la posesión irregular.

295. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA

a) *Requisitos.*

- Posesión regular;
- Transcurso del plazo;
- Cosa susceptible de ganarse por prescripción;
- Que no haya interrupción de la prescripción;
- Que la prescripción no esté suspendida (art. 2507).

De estos requisitos sólo analizaremos los que no hayamos estudiado en los números anteriores.

296. TRANSCURSO DEL PLAZO

El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de dos años para los muebles y de cinco años para los inmuebles (art. 2508).

Las normas sobre cómo se computa el plazo están en los arts. 48, 49 y 50 que vimos al estudiar el "acto jurídico".

297. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA

a) *Concepto.*

Es un beneficio que la ley concede a ciertas personas y a la herencia yacente en cuya virtud no corre el plazo de prescripción en su contra mientras dura la causa de la suspensión.

b) *¿En favor de quiénes se suspende la prescripción?*

La prescripción ordinaria se suspende en favor de los incapaces, de la herencia yacente y siempre entre cónyuges (art. 2509).

Respecto de la mujer casada la prescripción ordinaria se suspende sólo en relación con los bienes que administra el marido. En consecuencia, no se suspende respecto de los bienes que administra como separada de bienes ni respecto de los bienes que integran su patrimonio reservado según el art. 150.

Sin embargo, la prescripción se suspende *siempre* entre cónyuges. En consecuencia, el marido no podrá ganar por prescripción un bien de su mujer aunque esté divorciada perpetuamente o separada totalmente de bienes (art. 2509, inc. final).

La mujer tampoco puede ganar por prescripción los bienes del marido.

c) *Efectos de la suspensión.*

Mientras dura la causa de la suspensión se detiene la prescripción, pero no se pierde el tiempo anterior a la suspensión, si hubo alguno (art. 2509, inc. 1º). Por ejemplo, una persona posee un bien mueble de otra durante un año; el dueño cae en demencia y al cabo de un año es rehabilitado; el poseedor deberá continuar prescribiendo por otro año contado desde que cesa la suspensión ya que no perdió el primer año de prescripción.

d) *Campo de aplicación de la suspensión de la prescripción.*

La suspensión opera en la prescripción adquisitiva ordinaria y en la extintiva de largo tiempo (arts. 2509 y 2520).

En consecuencia, no opera en la prescripción adquisitiva extraordinaria ni en la extintiva de corto plazo (arts. 2511, 2523 y 2524).

Sin embargo, parte de los autores estiman que la prescripción extraordinaria se suspende entre cónyuges ya que el art. 2509 dice

que entre ellos se suspende *siempre* la prescripción; además porque las mismas razones que justifican la suspensión entre cónyuges de la prescripción ordinaria existen en la extraordinaria; y porque el art. 2511 dice que la prescripción extraordinaria no se suspende en favor de las personas enumeradas en el art. 2509 y en los números de dicho artículo no figuran los cónyuges, que se mencionan en el inciso final.

Otros autores piensan que la prescripción extraordinaria no se suspende entre cónyuges por las razones siguientes:

- 1° Porque la suspensión es un beneficio de carácter excepcional que hay que interpretar en forma restrictiva;
- 2° Porque la expresión "siempre" que se usa en el art. 2509 se refiere al caso de cónyuges divorciados o separados de bienes;
- 3° Porque la expresión "enumeradas" que emplea el art. 2511 está tomada en el sentido de "mencionadas".

Recordemos, en todo caso, que entre el padre y el hijo de familia no hay suspensión tratándose de prescripción extraordinaria y no pareciera haber razón para que los cónyuges tengan un tratamiento diverso.

Hacemos presente por último, que las razones que se dan para que opere la suspensión entre cónyuges también se justificarían entre padres e hijos de familia. Tales razones son:

- 1° Que si hubiera prescripción entre cónyuges, ésta sería causa de perturbaciones en el matrimonio;
- 2° Como el marido es usufructuario de los bienes de la mujer, es un mero tenedor que no puede ganar el dominio por prescripción;
- 3° El marido, como representante legal de la mujer es el encargado de interrumpir las prescripciones en contra de ésta.

En relación con la prescripción extintiva de corto tiempo, tiene lugar la suspensión de la prescripción en la acción nulidad re-

lati
121

298. PRESCR

a) Req

- P
- T
- C
- C

b) Perú

El es
traon
años

c) El tít
cripc

Según
ha sid
extra

1° Pa
gu

2° Se
fal

Es de
posi

La ve
pues l
ganar

lativa (art. 1692) y en la acción de reforma del testamento (art. 1216, inc. 2°).

298. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA

a) *Requisitos.*

- Posesión irregular;
- Transcurso del plazo;
- Cosa susceptible de ganarse por prescripción;
- Que no haya interrupción de la prescripción.

b) *Período de tiempo.*

El espacio de tiempo necesario para ganar por prescripción extraordinaria tanto los muebles, como los inmuebles es de diez años (art. 2511).

c) *El título, la buena fe, la tradición y la mera tenencia en la prescripción extraordinaria.*

Según el art. 2510 el dominio de las cosas comerciables que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1° Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno;

2° Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo, de la falta de un título adquisitivo de dominio.

Es decir, para ganar por la prescripción extraordinaria basta la posesión irregular y el lapso de diez años.

La verdad es que lo dispuesto en el N° 2 del art. 2510 está de más, pues la buena fe no se necesita para tener posesión irregular y ganar por prescripción extraordinaria (art. 708).

La referencia que hace el artículo que analizamos a la existencia de un título de mera tenencia no significa que ésta pueda transformarse en posesión como lo dice el art. 716. Jamás la mera tenencia se transforma en posesión. Si existe mera tenencia y se reconoce dominio ajeno, no hay posesión. El art. 716 está equivocado.

La mencionada referencia sólo significa que si existe un título de mera tenencia respecto de una cosa es la que posteriormente se pasa a poseer, será necesario probar posesión por diez años (art. 2510, regla tercera). Por ejemplo, si una persona es arrendataria de otra y un tercero le vende la cosa arrendada diciendo que es suya, al comprador, que era el arrendatario de la primera persona a que nos hemos referido, se le presumirá mala fe respecto de dicha persona, y sólo ganará la cosa por prescripción si la ha poseído sin violencia ni clandestinidad respecto de ella, por diez años, y sin que el dueño (arrendador) pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa y tácitamente su dominio por el que alega la prescripción. (103)

299. PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS REALES QUE NO SON EL DOMINIO

La prescripción de los derechos reales que no son el dominio se rige por las mismas reglas que la prescripción de éste, salvo las excepciones que se mencionan en el art. 2512, relativas al derecho de herencia, al de censo y a las servidumbres (art. 2498).

300. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE CENSO

El derecho de censo se adquiere por la prescripción extraordinaria de diez años, aunque se haya poseído regularmente (art. 2512 N° 1). Luego, la prescripción del derecho de censo siempre es extraordinaria y no se suspende.

(103) C. S., R., T. 40, sec. 1ª, pág. 2.

301. PRESCRIPCIÓN

El heredero
herencia

Con toc
adquiere

Estimar
el código
se menciona

Lo dicho
prescripción
el art. 2512

La jurisprudencia
de herencia

Nosotros
se cuenta
efectiva

302. PRESCRIPCIÓN

Las servidumbres
por prescripción
882, inc.
mos, la ex
corresponde
ño del pre

Las servidumbres
prescripción d

(104) C. S., R., T. 3

301. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE HERENCIA

El heredero putativo adquiere, por regla general, el derecho de herencia en el lapso de diez años (art. 2512 N° 1).

Con todo, si al heredero putativo se le ha dado la posesión efectiva, adquiere la herencia en cinco años (arts. 1269 y 704).

Estimamos que esta prescripción de cinco años es ordinaria ya que el código llama "extraordinaria" a la prescripción de diez años que se menciona en el N° 1 del art. 2512.

Lo dicho tiene importancia porque si se considera "ordinaria" la prescripción de cinco años, se suspende en los términos que señala el art. 2509 que ya estudiamos.

La jurisprudencia ha dicho que el plazo de prescripción del derecho de herencia se cuenta desde la apertura de la sucesión. (104)

Nosotros pensamos, sin embargo, que la prescripción de cinco años se cuenta desde que se publica la resolución que da la posesión efectiva al heredero putativo.

302. PRESCRIPCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres discontinuas y las inaparentes no se pueden ganar por prescripción. Sólo pueden adquirirse en virtud de un título (art. 882, inc. 1°). Hacemos presente que en la disposición que analizamos, la expresión título está tomada en el sentido de tradición y su correspondiente título translaticio de dominio, efectuada por el dueño del predio sirviente.

Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la prescripción de cinco años (arts. 2512 N° 2 y 882).

(104) C. S., R., T. 33, sec. 1°, pág. 406.

Esta prescripción será ordinaria o extraordinaria según sea regular o irregular la posesión que le da origen. Pero el plazo siempre es de cinco años.

Si se trata de una prescripción ordinaria tiene lugar la suspensión de la prescripción a que se refiere el art. 2509 (art. 886).

303. EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

- a) El poseedor, una vez transcurrido el plazo de prescripción, se hace dueño de la cosa;
- b) La prescripción opera retroactivamente. Es decir, se entiende que el poseedor es dueño de la cosa no desde que se consumó o declaró la prescripción sino desde el inicio de su posesión. Esto no lo dice expresamente el código pero se desprende de algunas disposiciones como el art. 1736 N° 1.

304. ¿CÓMO PUEDE HACERSE VALER LA PRESCRIPCIÓN?

La prescripción adquisitiva puede hacerse valer como acción y como excepción.

Se hará valer como acción cuando el poseedor, una vez consumado el plazo de prescripción, pide que ésta se declare.

Se hará valer como excepción cuando demandado el poseedor por el dueño o por otro poseedor, la oponga para destruir la acción del demandante.

Hay autores que creen que la prescripción sólo puede hacerse valer como acción y que, en consecuencia, cuando se opone a la demanda, debe hacerse tal oposición a través de una reconvención.

No estamos de acuerdo con esos autores ya que el art. 309 N° 3 del Código de Procedimiento Civil dice que las excepciones deben oponerse en la contestación de la demanda y el art. 310 del mismo código dice que la *excepción* de prescripción podrá oponerse en

cualqu
escrito
la vista
por la v

Como l
sólo pu
conven
también

305. INSCRIP SITIVA

La sente
un bien
inscribir
ubicado
Reglame

El objeto
historia c
que decli

(105) C. S., R., T. 5

(106) C. S., R., T. 5

cualquier estado del juicio; pero que no se admitirá si no se alega por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda, casos en que no podría hacerse valer por la vía reconvencional.

Como hay jurisprudencia que dice que la prescripción adquisitiva sólo puede hacerse valer como acción (105) creemos, sin embargo, conveniente que cuando se oponga a la demanda como excepción, también se haga valer por la vía reconvencional. (106)

305. INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA QUE DECLARA UNA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

La sentencia que declara una prescripción adquisitiva del dominio de un bien raíz o de derechos reales en él, salvo el de servidumbre, debe inscribirse en el Registro Conservatorio del departamento en que está ubicado el inmueble (arts. 2513 y 689 del Código Civil y 52 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces).

El objeto de esta inscripción es sólo dar publicidad y mantener la historia de la propiedad raíz, y hacer oponible a terceros la sentencia que declaró la prescripción (art. 2513).

(105) C. S., R., T. 51, sec. 1ª, pág. 325.

(106) C. S., R., T. 54, sec. 1ª, pág. 71.

CAPÍTULO XI

LAS LIMITACIONES DEL DOMINIO

306. DERECHOS REALES LIMITADOS

Son los que no confieren todas las facultades del dominio. Por ejemplo, la facultad de gozar de la cosa en el derecho de habitación; la facultad de disponer de la cosa en el derecho de usufructo, uso y habitación.

Lo dicho es sin perjuicio de la facultad que tiene el usufructuario de disponer de su derecho de usufructo; facultad que no tiene el usuario ni el habitador.

Se les conoce como "desmembraciones" del dominio o como derechos reales en cosa ajena.

307. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

a) *Derechos reales limitados de goce o uso.*

Son aquellos que dando el uso o goce de la cosa, el titular no tiene todas las facultades que confiere el dominio al titular de este derecho.

Los derechos reales limitados de goce son, el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres.

En el fideicomiso, el derecho de dominio que tiene el propietario fiduciario, si bien es derecho de dominio con todos sus atributos, es limitado en cuanto el fiduciario debe conservar la integridad y valor de la cosa sobre la que recae la propiedad fiduciaria (art. 758).

b) Derechos reales limitados de garantía.

Son aquellos que sólo dan derecho sobre una cosa para hacer efectiva en ella una obligación.

Son, fundamentalmente, el derecho de hipoteca, el de prenda y el de censo.

308. DERECHOS REALES LIMITATIVOS DEL DOMINIO

Son los que limitan o restringen las facultades que otorga el derecho de dominio a su titular.

Por regla general, los derechos reales limitados son limitativos del dominio.

No lo es el fideicomiso ya que la limitación que tiene el propietario fiduciario es en beneficio del fideicomisario que no es titular de ningún derecho real. Es decir, la limitación le es impuesta por la ley y no por otro derecho real.

Tampoco lo serían los derechos de usufructo o uso sobre una cosa mueble abandonada al primer ocupante, pues si bien es cierto que el usufructo y el uso normalmente limitan al derecho de dominio, no lo harían en el caso propuesto por no existir tal derecho mientras la cosa no es ocupada por alguna persona.

309. LIMITACIONES DEL DOMINIO

Según el art. 732, el dominio puede ser limitado de varios modos:

- a) Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición;

b) Por pers

c) Por l

Ya hemo
plo, la h

También
derechos
derecho,
razón de

- b) Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra; y
- c) Por las servidumbres.

Ya hemos visto como hay otras limitaciones del dominio. Por ejemplo, la hipoteca, la prenda, el censo.

También hemos visto que hay limitaciones del dominio que no son derechos reales. Por ejemplo, las obligaciones reales, el abuso del derecho, las que derivan de la vecindad, las que se establecen en razón de la salubridad pública, etc.

CAPÍTULO XII

LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

310. CONCEPTO

Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición (art. 733, inc. 1°).

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso (art. 733, inc. 2°).

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria (art. 733, inc. 3°).

La propiedad que no está sujeta a pasar a otra persona en virtud de una condición, se llama propiedad absoluta. Es decir, propiedad absoluta se opone a propiedad fiduciaria.

311. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Generalmente intervienen tres personas:

- a) *El constituyente* que es el que da la cosa a otra persona con el gravamen de entregarla a un tercero en el evento de cumplirse una condición;
- b) *El propietario fiduciario* que es el que recibe la propiedad con el gravamen de restituirla a otra persona si se cumple una condición;

- c) *El fideicomisario* que es la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso. Es la persona que recibirá la propiedad si se cumple la condición.

Hacemos presente que en la propiedad fiduciaria pueden intervenir sólo dos personas, el constituyente y el fideicomisario. Es decir, puede no haberse designado o faltar por cualquier causa el fiduciario. En este caso, mientras pende la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos (art. 748).

312. EL DERECHO DE DOMINIO EN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Mientras no se transfiera la propiedad al fiduciario, el constituyente es el dueño de la cosa sobre la que recaerá la propiedad fiduciaria.

Transferida la propiedad al fiduciario, éste es el único dueño de la cosa. Su dominio está sujeto a una condición resolutoria.

El fideicomisario sólo tiene la mera expectativa de hacerse dueño de la cosa si se cumple la condición.

313. REQUISITOS DEL FIDEICOMISO

- a) Que la cosa sea susceptible de darse en fideicomiso;
- b) Que haya propietario fiduciario y fideicomisario;
- c) Que haya una condición por cuyo cumplimiento la propiedad pase del fiduciario al fideicomisario, y
- d) Que se cumpla con las solemnidades que la ley prescribe.

314. COSAS SOBRE LAS QUE SE PUEDE CONSTITUIR FIDEICOMISO

Según el art. 734 no se puede constituir fideicomiso sino sobre la totalidad de una *herencia* o sobre una *cuota determinada de ella*, o sobre uno o más *cuerpos* ciertos.

315. EL I

Ya h
de r

Deb
bran
com
ta, y
la re
fiduc

Ya h
do fa
fiduc
o sus

El co
rios,

Sienc
reche
inc. l

316. SUBS

El co
fideic
el fid

317. EL FI

Ya vi
ciario

a) El
fid

315. EL FIDUCIARIO

Ya hemos visto que es la persona que tiene la cosa con la obligación de restituirla al fideicomisario si se cumple una condición.

Debe existir el tiempo de deferirse el fideicomiso. Es decir, al celebrarse el contrato o fallecer el testador. Si se nombra en testamento como fiduciario una persona que no existe pero se espera que exista, y al fallecer el testador aún no ha llegado a existir esa persona, en la realidad, es fideicomisario y los herederos del testador son los fiduciarios.

Ya hemos visto que si el constituyente no nombra fiduciario, o cuando falta por cualquier causa, estando pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos (art. 748).

El constituyente puede nombrar no sólo uno, sino dos o más fiduciarios, pero no pueden ser sucesivos. Serán copropietarios.

Siendo dos o más los propietarios fiduciarios, habrá entre ellos derecho de acrecer hasta que se cumpla la condición (arts. 750 y 780, inc. 1°).

316. SUBSTITUTOS DEL PROPIETARIO FIDUCIARIO

El constituyente sólo puede nombrar sustituto al fiduciario cuando el fideicomiso se constituye por testamento y para el solo caso de faltar el fiduciario antes de fallecer el testador.

317. EL FIDEICOMISARIO

Ya vimos que es la persona que recibirá la cosa de manos del fiduciario en el caso de cumplirse una condición.

- a) El fideicomisario puede no existir al tiempo de constituirse el fideicomiso pero debe esperarse que exista (art. 737).

b) Debe existir a la época de la restitución (art. 738). Esta existencia debe producirse a más tardar en el plazo de cinco años, salvo que la condición de que penda la restitución sea la muerte del fiduciario pues en tal caso debe existir en ese momento (art. 739).

c) *Substitutos del fideicomisario*. El constituyente puede dar al fideicomisario los substitutos que quiera para el caso que deje de existir antes de la restitución, por fallecimiento u otra causa (art. 743, inc. 1°).

Estos substitutos pueden ser de diferentes grados, substituyéndose una persona al fideicomisario nombrado en primer lugar, otra al primer substituto, otra al segundo, etc. (art. 743, inc. 2°).

No se reconocerán otros substitutos que los designados expresamente en el respectivo acto entre vivos o testamento (art. 744).

Los referidos substitutos son vulgares, es decir, sólo pueden tener lugar cuando el fideicomisario falta antes de cumplirse la condición (art. 762).

d) El que constituye un fideicomiso puede nombrar no sólo uno, sino dos o más fideicomisarios (art. 742).

Si se nombran uno o más fideicomisarios de primer grado, y cuya existencia haya de aguardarse en conformidad al art. 737, se restituirá la totalidad del fideicomiso en el debido tiempo a los fideicomisarios que existan, y los otros entrarán al goce de él a medida que se cumpla respecto de cada uno la condición impuesta. Pero expirado el plazo de cinco años prefijado en el art. 739 no se dará lugar a ningún otro fideicomisario (art. 746).

e) *¿Qué sucede si no se nombra al fideicomisario?* Para algunos, por aplicación analógica del art. 748, el constituyente o sus herederos serían los fideicomisarios.

En nuestro concepto, en el caso propuesto no estaríamos en presencia de un fideicomiso sino en el de una simple condición resolutoria. El resultado es el mismo pues la propiedad vuelve al constituyente de la propiedad condicional o a sus herederos.

318. FIDEIC

Por di
buenos
posibil
fuese d

Por eso
código
sos suce
lo adqui

Si de he
cando la
inc. 1° d

Sin emb
y dice q
sucesivo
nombrad
decir, co
substitut

319. CONSTIT

El art. 73
vez en us
otra.

Mientras
propietar
usufructe

320. EXISTENC

La condic
solutoria
misario.

318. FIDEICOMISOS SUCESIVOS

Por diversas razones de orden social, el legislador no mira con buenos ojos la propiedad fiduciaria. El que tiene una cosa con la posibilidad de perderla, no la cuidará ni la hará producir como si fuese dueño absoluto.

Por eso el inc. 1º del art. 745, repitiendo la idea del Mensaje del código establece que se prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.

Si de hecho se constituyen fideicomisos sucesivos, la sanción, aplicando las reglas generales, debiera ser la nulidad absoluta por ser el inc. 1º del art. 745 una norma prohibitiva.

Sin embargo, el inciso 2º de dicho artículo da una solución distinta y dice que si de hecho se constituyeren dos o más fideicomisos sucesivos, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros. Es decir, considera a los fideicomisarios sucesivos al primero como substitutos.

319. CONSTITUCIÓN A LA VEZ DE UN USUFRUCTO Y DE UN FIDEICOMISO

El art. 736 dispone que una misma propiedad puede constituirse a la vez en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso a favor de otra.

Mientras pende la condición, el propietario fiduciario es el nudo propietario. Cumplida la condición antes de vencer el plazo del usufructo, el fideicomisario pasa a ser el nudo propietario.

320. EXISTENCIA DE UNA CONDICIÓN DE LA QUE DEPENDA LA RESTITUCIÓN

La condición de la que depende la restitución del fideicomiso es resolutoria para el propietario fiduciario y suspensiva para el fideicomisario.

El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la época de la restitución (art. 738, inc. 1°).

Dicha condición es un elemento de la esencia del fideicomiso.

A esta condición de existencia pueden agregarse otras copulativas o disyuntivamente (art. 738, inc. 2°).

Son condiciones *copulativas* las que deben cumplirse las unas y las otras. Si falta una condición copulativa, no tiene lugar la restitución. Por ejemplo, el fiduciario deberá restituir la cosa al fideicomisario si éste se recibe de abogado y va a Europa antes de expirar tres años. Si antes de expirar los tres años, el fideicomisario no va a Europa o no se recibe de abogado, no tiene lugar la restitución.

Son condiciones disyuntivas las llamadas a cumplirse las unas o las otras. Por ejemplo, el fiduciario deberá restituir la cosa si el fideicomisario va a Europa o se recibe de abogado antes de expirar tres años. Si éste va a Europa, tiene lugar la restitución aunque no se reciba de abogado.

En todo caso, junto con la o las condiciones copulativas o disyuntivas, debe cumplirse la condición de que el fideicomisario exista al tiempo de la restitución (art. 738).

Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución (art. 739, inc. 1°).

Estos cinco años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria. Esto es desde que se constituye el fideicomiso por acto entre vivos o cuando muere el testador (art. 739).

Cuando la muerte del fiduciario es el evento del que depende la restitución, nos hallamos frente a una condición porque además de la muerte del fiduciario se necesita que en ese momento exista el fideicomisario (art. 738). La sola muerte del fiduciario sería plazo.

Por
se re

La c
rales

321. FORM

Los f
otorg
inc. 1

La co
muebl
2°).

Hacen
gado a
testam
según
bunale

La insc
el Regi
vadores
Reglam

322. ROL DE

El inc. 2
compre
Registro

El incise
puede co
público,

Los autor
ordena el

Por razones obvias, en este caso no rige el plazo de cinco años a que se refiere el art. 739.

La condición de que pende la restitución, rompiendo las reglas generales sobre condición, no opera con efecto retroactivo.

321. FORMALIDADES DEL FIDEICOMISO

Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario (art. 735, inc. 1°).

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente Registro (art. 735, inc. 2°).

Hacemos presente que el fideicomiso constituido en testamento otorgado ante cinco testigos no lo es por instrumento público, pero dicho testamento, una vez protocolizado vale como instrumento público según lo dispone el N° 2 del art. 420 del Código Orgánico de Tribunales.

La inscripción del fideicomiso que ordena el art. 735 debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador o Conservadores que corresponda por la situación del inmueble (art. 32 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces).

322. ROL DE LA INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA EN EL FIDEICOMISO

El inc. 2° del art. 735 dice que la constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente Registro.

El inciso primero de ese artículo nos advierte que el fideicomiso no puede constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

Los autores no están de acuerdo en cuál es el Rol de la inscripción que ordena el inciso primero del art. 735 citado.

Vodanovic citando a Alessandri dice que la inscripción del fideicomiso constituido por acto testamentario representa una solemnidad. Según el mismo Vodanovic, a juicio de Claro Solar, la ley exige dicha inscripción como medio de evitar la solución de continuidad de las inscripciones y de dar amplia publicidad a las mutaciones de dominio. (107)(108)

El mencionado autor agrega que para Claro Solar en el fideicomiso constituido por acto entre vivos sobre un inmueble, el único Rol de la inscripción es el de representar la tradición de la propiedad fiduciaria del constituyente o fideicomitente al fiduciario. Pero que en el pensamiento de otros, como Alessandri, la inscripción, además de simbolizar la tradición del fideicomiso constituido entre vivos, sería solemnidad del acto constitutivo, de tal manera que si no se realiza no habría adquisición del dominio ni fideicomiso, pues el acto constitutivo adolecería de nulidad absoluta por falta de un requisito exigido en atención a la naturaleza del acto.

Cita, por último, una sentencia de la Corte Suprema en que dicho tribunal resolvió que aunque es efectivo que debe inscribirse la constitución de un fideicomiso que afecta a un inmueble, esta inscripción no es un requisito esencial para el valor del acto, y de consiguiente su omisión no trae consigo la nulidad del fideicomiso. (109)

Para determinar el Rol de la inscripción que ordena el art. 735 hay que establecer, previamente, dónde debe practicarse esa inscripción. Si debe hacerse en el Registro de Propiedad puede que sea la forma de hacer la tradición del inmueble objeto de la propiedad fiduciaria; si no debe hacerse en ese registro, no hay duda de que jamás será la forma de hacer la tradición del inmueble.

Según los artículos 31 y 32 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, se inscribirán en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, los fideicomisos.

(107) Vodanovic, Antonio, ob. cit., págs. 599 y 600.

(108) C. S., R., T. 24, sec. 1ª, pág. 455.

(109) Id. (108).

En
artí
fide
del
Reg

Otra
vivo
vám
tituc
fiduc

Hace
dad f
Prop
cuan
cual.
de la
La m
ducia

Es ev
mento
domi
fideic

En res
una ir
inmue
Regis
inscrip
que en
Regist
consti

¿Cuál

Para d

En consecuencia, armonizando el art. 735 del Código Civil y los artículos 31 y 32 del Reglamento recién citado, la inscripción del fideicomiso, que ordena la ley, jamás es la forma de hacer la tradición del inmueble que es objeto del mismo ya que debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes.

Otra cosa es que cuando se constituye el fideicomiso por acto entre vivos, además de la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes que ordena la ley, va a ser necesario inscribir dicha constitución en el Registro de Propiedad para que se traspase la propiedad fiduciaria del constituyente al propietario fiduciario.

Hacemos presente, sin embargo, que aunque se constituya la propiedad fiduciaria por acto entre vivos, esa inscripción en el Registro de Propiedad, traslativa de dominio, no es siempre necesaria. No lo será cuando el constituyente no designa propietario fiduciario caso en el cual, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 748, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos. La misma regla se aplica al caso de faltar por cualquier causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición.

Es evidente que en el caso de constituirse el fideicomiso por testamento la inscripción que ordena la ley no puede ser traslativa de dominio ya que el propietario fiduciario adquiere el dominio del fideicomiso por sucesión por causa de muerte.

En resumen, es claro que la ley, en el art. 735 del Código Civil ordena una inscripción para los fideicomisos que comprenden o afectan inmuebles. Es claro, también, que esa inscripción, debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes. Y, por último, es claro que esa inscripción no transfiere el dominio del fideicomiso, sin perjuicio de que en ciertos casos va a ser necesario practicar una inscripción en el Registro de Propiedad para que pase el dominio del fideicomiso del constituyente al propietario fiduciario.

¿Cuál es, entonces, el rol de la inscripción que ordena el art. 735?

Para determinarlo debemos responder a algunas interrogantes:

a) *¿Quién puede solicitar la inscripción del fideicomiso en el Registro de Hipotecas y Gravámenes?*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 60 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, pueden pedir la inscripción los interesados, por sí, por medio de personeros o de sus representantes legales.

Nos parece que el fideicomisario, una vez cumplida la condición, es interesado en que se practique la inscripción. Antes de cumplirse la condición, como sólo tiene una mera expectativa no nos parece interesado. Sin embargo, creemos que puede pedir que se practique la inscripción como medida conservativa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 761 inciso segundo. En esta forma, será oponible a terceros. De no hacerse así podría peligrar la propiedad en manos del fiduciario quien podría transferirla sin el cargo de mantenerla indivisa y sin quedar sujeta al gravamen de restitución que impone el art. 751. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del art. 761 tienen el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia. Llamamos la atención al hecho de que el inciso recién citado habla de "corporaciones y fundaciones *interesadas*" como fideicomisarias.

b) *¿Cómo puede solicitarse la inscripción?*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 57 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, para llevar a efecto la inscripción, se exhibirá al Conservador copia auténtica del título respectivo.

c) *¿Hasta cuándo puede pedirse la inscripción?*

Creemos que puede pedirse la inscripción en cualquier momento. Lógicamente, para que ella surta efecto deberá solicitarse mientras penda la condición, la que se tendrá por fallida si tarda más de cinco años en cumplirse, contados desde la delación de la propiedad fiduciaria (art. 739).

Si la condición consiste en la muerte del fiduciario podrá pedirse siempre que exista el fideicomisario a la fecha de la muerte y dentro de los respectivos plazos de prescripción.

Respondidas las interrogantes anteriores, llegamos a las siguientes conclusiones sobre el rol de la inscripción que menciona el art. 735.

1. No es solemnidad establecida en consideración a la naturaleza del acto. De serlo, la inscripción debería practicarse simultáneamente con el otorgamiento del instrumento público ya que al hacerse posteriormente se estaría ratificando un acto nulo absolutamente;
2. Tampoco es una solemnidad cuya omisión acarree la inexistencia del fideicomisario. Si así fuera, no podría solicitarse la inscripción por el fideicomisario, el que no sería tal sino desde la inscripción, y mientras ésta no se practique no habría ni fideicomiso ni fideicomisario; (110)
3. Creemos que la inscripción que ordena la ley sólo tiene por objeto hacer oponible la propiedad fiduciaria a terceros. Es posible que también tenga por objeto mantener la historia de la propiedad raíz y que por ello la ley ordene la práctica de esa inscripción. Hay que tener presente en este sentido que el art. 52 del Reglamento de Registro Conservatorio de Bienes Raíces menciona entre los títulos que deben inscribirse la constitución de los fideicomisos que comprenden o afectan bienes raíces (Nº 2). Sin embargo, recordamos que lo dispuesto en el art. 696 del Código Civil, no se aplica al fideicomiso en lo que a la inscripción a que nos estamos refiriendo dice relación pues no se menciona esa inscripción en los artículos anteriores al mencionado 696 que comienza con la frase: "Los títulos cuya inscripción se prescribe en los *artículos anteriores...*". El Reglamento no establece sanciones por la omisión de las inscripciones.

Por último, y recalando que la referida inscripción tiene por objeto hacer oponible la propiedad fiduciaria a terceros, no vemos inconveniente en que la restitución, esto es, la traslación de la pro-

(110) Id. (108).

piedad al fideicomisario (art. 733), se haga aunque no se haya inscrito el fideicomiso en el Registro de Hipotecas y Gravámenes.

323. LA RESTITUCIÓN

En el fideicomiso, se llama *restitución* la translación de la propiedad de manos del propietario fiduciario a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, esto es, al fideicomisario.

a) *¿Cuándo debe hacerse la restitución?*

La restitución debe hacerse una vez cumplida la condición de que pende.

Si la condición no se cumple en el plazo de cinco años, la propiedad se consolida en el fiduciario y se extingue la expectativa del fideicomisario (art. 739).

b) *Necesidad de inscripción en la restitución de fideicomisos que recaen sobre inmuebles.*

Aunque la condición de que pende la restitución del fideicomiso es resolutoria ordinaria para el propietario fiduciario y, en consecuencia opera de pleno derecho, creemos que la restitución debe inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, por lo menos para mantener la historia de la propiedad raíz y para que el fideicomisario adquiriera la posesión del inmueble objeto del fideicomiso.

Creemos que el instrumento público entre vivos o el testamento en que se constituye el fideicomiso contiene, respecto del fideicomisario, un título traslativo de dominio.

Según el Código Civil son títulos traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo (art. 703). Esta definición bien poco dice sobre lo que es en sí un título traslativo de dominio. Creemos que es tal el acto jurídico que contiene la voluntad de transferir el dominio o, que hace nacer la obligación de

transferirlo, sea que al hacerse la tradición éste se transfiera o no se transfiera. Por ejemplo, la compraventa es un título traslativo de dominio porque en ella el vendedor se obliga a transferir el dominio, aunque esto no se logra en algunos casos, como en el de la venta de cosa ajena.

Ahora bien, el acto entre vivos constitutivo del fideicomiso es traslativo de dominio respecto del propietario fiduciario y respecto del fideicomisario. En él, el constituyente manifiesta su voluntad de transferir el fideicomiso al propietario fiduciario (puede ser una compraventa por ejemplo). Al aceptar la constitución de la propiedad fiduciaria, el fiduciario, por ese hecho se está obligando a transferir la propiedad al fideicomisario en caso de cumplirse la condición. Si no hay fiduciario, el constituyente se está obligando a hacer esa transferencia al fideicomisario (art. 748).

Si el fideicomiso se constituye en testamento, éste no es título traslativo respecto del fiduciario. Es título del modo de adquirir derivativo sucesión por causa de muerte. En este caso el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria por sucesión por causa de muerte. Pero el fideicomisario la va a adquirir, en caso de cumplirse la condición, por tradición. Respecto de este último, el testamento es título traslativo de dominio, ya que impone al fiduciario la obligación de transferir la propiedad al fideicomisario.

Ahora bien, no siempre se va a poder inscribir el título constitutivo del fideicomiso sino que tendrá que extenderse una escritura de entrega ya que no siempre el cumplimiento de la condición consta de manera que el Conservador de Bienes Raíces se vea obligado a inscribir el título. Pero lo mismo sucede en las ventas con entrega bajo condición suspensiva. Por otra parte, si el fiduciario o el constituyente se niegan a hacer la restitución, habrá que ocurrir al juez para que le ordene. Si la condición de la restitución es la muerte del fiduciario, estimamos posible practicar la restitución mediante la inscripción del testamento acreditando la muerte del fiduciario con el correspondiente certificado de defunción.

Por las razones expuestas y de acuerdo con lo dicho en el art. 52 N° 1 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces

ces, creemos que esa inscripción es necesaria porque la disposición citada señala que deberán inscribirse en el Registro Conservatorio los títulos traslaticios de los bienes raíces.

Aclaremos desde ya que, en nuestro concepto, respecto de la propiedad fiduciaria sobre bienes raíces, normalmente habrá dos inscripciones, una relativa a su constitución en el Registro de Hipotecas y Gravámenes (arts. 52 N° 2 y 31 y 32 del Reglamento) y otra u otras relacionadas con las traslaciones de la propiedad, en el Registro de Propiedad.

En el caso de la sucesión por causa de muerte, las inscripciones relacionadas con la traslación de la propiedad (no necesariamente traspasan la propiedad) serán la de la posesión efectiva, la del testamento y las especiales de herencia o de entrega de legado respecto del fiduciario, y la de la restitución respecto del fideicomisario.

324. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

325. DERECHOS DE FIDUCIARIO

El propietario fiduciario es dueño de la cosa. Su dominio, sin embargo, está sujeto a condición resolutoria.

En su calidad de dueño, tiene los siguientes derechos:

- a) *Puede reivindicar el fideicomiso* si pierde su posesión (art. 893).
- b) *La propiedad fiduciaria puede "enajenarse" entre vivos y "transmitirse" por causa de muerte*, pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución bajo las mismas condiciones que antes (art. 751).

No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso si el fidu-

ciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determina el día de la restitución (arts. 751, inc. 2º y 1317, inc. final). La disposición citada contiene uno de los pocos casos en que el legislador expresamente permite una cláusula voluntaria de *no enajenar*.

- c) *El propietario fiduciario puede gravar la cosa*. Ya sabemos que los gravámenes constituyen enajenaciones, que el art. 751 expresamente permite.

Sin embargo, atendida la naturaleza resoluble de la propiedad fiduciaria, el art. 757 dispone que en cuanto a la imposición de hipotecas, censos, servidumbres y cualquier otro gravamen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de las personas que viven bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario a los del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el art. 761 tengan derecho para impetrar providencias conservatorias, no será obligado el fideicomisario a reconocerlos.

En consecuencia, para la imposición de gravámenes por parte del fiduciario se requiere:

- 1º Autorización judicial dada con conocimiento de causa;
- 2º Audiencia de las personas que señala el art. 761, esto es, el fideicomisario; o si éste es una persona que todavía no existe y cuya existencia se espera, sus ascendientes legítimos; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia.

Si no se cumple con las formalidades dichas, la constitución del gravamen es inoponible al fideicomisario (art. 757 parte final).

- d) *Inembargabilidad del fideicomiso*. La cosa dada en fideicomiso es inembargable mientras la posee el fiduciario (arts. 1618 N° 8 del Código Civil y 445 N° 14 del Código de Procedimiento Civil).

- e) *El fiduciario tiene la "libre administración" de las especies comprendidas en el fideicomiso, y podrá mudar su forma; pero conservando su integridad y valor (art. 758, inc. 1°).*
- f) *El fiduciario tiene derecho a "gozar" de los frutos del fideicomiso (arts. 754 y 790).*

326. OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO FIDUCIARIO

- a) *Debe "cuidar" la cosa.* Responde de culpa leve. Debe conservar la integridad y el valor de la cosa (art. 758).
- b) *Debe "hacer inventario solemne" de las cosas que recibe en fideicomiso (arts. 754 y 775).*

No está, sin embargo, obligado a prestar caución de conservación y restitución, sino en virtud de sentencia de juez, que así lo ordene como providencia conservatoria, impetrada en conformidad al artículo 761 (art. 755).

- c) *Cumplida la condición debe "restituir" la cosa al fideicomisario.*

Recordamos que la condición en el fideicomiso no opera con efecto retroactivo, y subsisten los actos que haya ejecutado legalmente el fiduciario mientras la tuvo en su poder.

- d) *Debe "indemnizar" los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa (art. 758, inc. 2°).*

327. PAGO DE LAS EXPENSAS

Para determinar quién *soporta*, en definitiva, las expensas que haya que hacer en el fideicomiso, hay que distinguir si se trata de expensas necesarias, ordinarias o extraordinarias; o de expensas no necesarias, útiles o voluptuarias.

Todas las expensas, mientras la cosa está en poder del fiduciario las *paga él*.

El art. 754 relativo a esta materia establece que el propietario fiduciario tiene sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargos del usufructuario, con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan.

a) Gastos necesarios ordinarios de conservación y cultivo.

Son los gastos indispensables de conservación y cultivo necesarios para hacer producir la cosa.

Como el fiduciario goza de los frutos, él debe hacer las referidas expensas sin que pueda exigir nada al fideicomisario (arts. 754 y 795).

Entre estas expensas necesarias ordinarias podemos incluir las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravado el fideicomiso y que se devenguen antes de cumplirse la condición (arts. 754 y 796 inc. 1°).

También pueden considerarse expensas necesarias ordinarias y debe pagarlas el fiduciario los impuestos periódicos fiscales y municipales que graven el fideicomiso antes de cumplirse la condición (art. 796, inc. 2°).

b) Gastos necesarios extraordinarios.

Se llaman también obras o refacciones necesarias mayores, y son las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa (art. 798).

Son de cuenta del fiduciario pero como también van a beneficiar al fideicomisario, llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario dichas expensas, reducidas a lo que con mediana inteligencia y cuidado debieron costar, y con las rebajas que van a expresarse:

1° Si se han invertido en obras materiales, como diques, puentes, paredes, no se le reembolsarán en razón de estas obras, sino lo que valgan al tiempo de la restitución;

2º Si se han invertido en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca, o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse sin comprometer los derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que hayan costado estos objetos una vigésima parte por cada año de los que desde entonces hubieran transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieran transcurrido más de veinte nada se deberá por esta causa (art. 756).

Hacemos presente que la parte final del artículo citado no tiene aplicación pues la condición no puede tardar más de cinco años en cumplirse (art. 739), salvo que sea la muerte del fiduciario la referida condición.

Ejemplo de expensa necesaria extraordinaria de conservación sería cambiar el techo de una casa, hacer una pared.

Ejemplo de expensa necesaria ordinaria de conservación sería pintar los troncos de los árboles con cal para evitar infecciones.

En ambos ejemplos se trata de la conservación de la cosa y se trata de gastos necesarios, pero el primero sucede a grandes intervalos y el segundo es periódico.

c) *Expensas útiles y voluptuarias.*

Expensas útiles son las que no siendo necesarias aumentan el valor venal de la cosa (art. 909, inc. 2º).

Expensas voluptuarias son las que consisten en objetos de lujo y recreo, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante (art. 911, inc. 2º).

En cuanto a estas mejoras útiles o voluptuarias el fiduciario no tendrá derecho a reclamar cosa alguna al fideicomisario, salvo en cuanto lo haya pactado con él.

Sin embargo, puede oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras hayan producido en las especies, hasta concurrencia de la indemnización que debiere (art. 759).

328. DERE

De ac
comi
oblig

329. DERE

330. DERE

El fic
algun
(art. 7

Pero c
derech

a) Pu
no
ve
co

b) Pu
ga
ma

En
75.

(111) C. Santia

(112) C. S., 10

Creemos que, además, el fiduciario puede retirar los materiales de las mejoras, útiles y voluptuarias, que pueda separar sin detrimento de la cosa, si el fideicomisario no se allana a pagarle el valor que tendrían los materiales una vez separados de la cosa (arts. 754 y 801). (111)

328. DERECHOS DE RETENCIÓN DEL FIDUCIARIO

De acuerdo a los arts. 754 y 800, el fiduciario podrá retener el fideicomiso hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que es obligado el fideicomisario.

329. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

330. DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO

El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo (art. 761, inc. 1°).

Pero como todo acreedor condicional (art. 1492) tiene un germen de derecho que le permite realizar ciertos actos.

- a) *Puede vender su expectativa.* Si se pueden vender las cosas que no existen pero se espera que existan, con mayor razón puede venderse la expectativa del fideicomisario. Se trataría de una compraventa aleatoria (art. 1813). (112)
- b) *Puede impetrar las providencias conservativas que le convengan.* Ello cuando la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario (art. 761, inc. 2°).

Entre esas medidas está la de que el fiduciario rinda caución (art. 755).

(111) C. Santiago, 27 noviembre 1886, G. 1886, T. II, N° 3671, pág. 2350.

(112) C. S., 10 enero 1918, G. 1918, 1ª sem., T. 16, pág. 59.

Tendrán el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia (art. 761, inc. 3º). Se trata, en el caso de los ascendientes, de una representación legal para ese efecto.

- c) *Tiene derecho a ser oído cuando el fiduciario quiera gravar la cosa.* Si no es oído o no lo son personas a que se refiere el art. 761, el gravamen no es nulo pero es inoponible al fideicomisario (art. 757).
- d) *Tiene derecho a reclamar la cosa una vez cumplida la condición.*
- e) *Tiene derecho a cobrar perjuicios por los menoscabos o deterioros que provengan del hecho o culpa del fiduciario (art. 758, inc. 2º).*

331. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

El fideicomisario debe reembolsar las expensas necesarias extraordinarias de acuerdo con lo previsto en el art. 756.

332. MUERTE DEL FIDEICOMISARIO ANTES DE CUMPLIRSE LA CONDICIÓN

Ya vimos que de acuerdo al art. 738, el fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la época de la restitución.

Concordante con esa disposición, el art. 762 establece que el fideicomisario que fallece antes de la restitución, no transmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere.

333. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

El art. 763 señala las causales por las que se extingue el fideicomiso.

a) Por la restitución.

Ya sabemos que es la translación de la propiedad al fideicomisario, esto es, a la persona a cuyo favor se ha constituido el fideicomiso (art. 733, inc. final).

b) Por la resolución del derecho de su autor.

Como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa, y se verifica la retroventa.

c) Por la destrucción de la cosa en que está constituido.

Ello es conforme lo prevenido en el art. 807 que dispone que el usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa fructuaria; si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante.

Creemos que lo dispuesto en el inc. 2º del art. 807 no se aplica al fideicomiso habida consideración a la naturaleza de esta institución. Si se da en fideicomiso un edificio, creemos que subsiste sobre el terreno aunque se destruya el edificio. Naturalmente que si el edificio destruido pertenece a una heredad, el fiduciario conserva su derecho y el fideicomisario su expectativa (art. 807, inc. 3º).

d) Por la renuncia del fideicomisario.

Ella debe hacerse antes de la restitución.

Si, conforme al art. 12, pueden renunciarse los derechos, con mayor razón pueden renunciarse las expectativas.

Naturalmente que la renuncia del fideicomisario es sin perjuicio de los derechos de los substitutos. Es decir, el fideicomisario,

cuando hay substitutos, no puede renunciar en favor del fiduciario.

e) *Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo.*

Ya estudiamos que toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución. Estos cinco años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria (art. 739).

f) *Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.*

Por ejemplo, cuando se da algo a una persona bajo la condición de que pase a otra al cumplirse una condición y el fiduciario fallece habiendo dejado como único heredero al fideicomisario.

Sucede lo mismo si el fiduciario compra la expectativa al fideicomisario.

334. TENEDOR FIDUCIARIO

Según el art. 749 si se dispusiere que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un *tenedor fiduciario*, que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes.

Las facultades administrativas de los curadores de bienes están en los arts. 473 y siguientes, particularmente en el art. 487.

Hacemos presente que el artículo que analizamos adolece de un grave error pues dice que la propiedad puede ser adquirida por el fideicomisario en caso de cumplirse o faltar la condición.

La verdad es que cuando falta la condición, el fideicomisario no adquiere la propiedad.

Cn
po
par

335. FID

Si p
fidu
resp

Cree
men

Pero
bos q
sario
cond
(arts.

336. FIDEN

Es el
exista
la libr

Hay a
benefi
éste te

En el f
la prop
le haya
fue sup

Creemos que Bello quiso referirse al cumplimiento de la condición positiva y de la negativa. Pero es necesario que ambas se cumplan para que el fideicomisario adquiera la propiedad.

335. FIDUCIARIO CON DERECHO DE GOZAR DE LA PROPIEDAD A SU ARBITRIO

Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro (art. 760, inc. 1°).

Creemos que en este caso el fiduciario no es responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su culpa o de su hecho.

Pero estimamos que sería responsable de los deterioros o menoscabos que provengan de su dolo o de su culpa grave y que el fideicomisario puede evitarlos implorando providencias conservativas. La condonación del dolo o de la culpa grave futuras no puede suponerse (arts. 1465 y 44, inc. 1° parte final).

336. FIDEICOMISO DE RESIDUO

Es el que sólo da derecho al fideicomisario para reclamar lo que exista al tiempo de la restitución por haberse concedido al fiduciario la libre disposición de la propiedad (art. 760, inc. 2°).

Hay autores que estiman que si las enajenaciones no se hacen en beneficio del fiduciario sino sólo para perjudicar al fideicomisario, éste tendrá derecho a cobrar perjuicios. (113)

En el fideicomiso de residuo, si el fiduciario enajena a título oneroso la propiedad, el fideicomisario no tiene derecho a reclamar lo que se le haya dado. El Proyecto de 1855 así lo establecía en el art. 907 pero fue suprimido en el código.

(113) Ver Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 627.

337. LAS SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

Los fideicomisos se llaman también sustituciones, sustituciones fideicomisarias.

Según Claro Solar,

"sustitución es en general el llamamiento o designación de una persona para que ocupe el lugar de otra que no acepta la liberalidad, o que antes de deferírsele éste llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extingan su derecho eventual. Cuando el llamamiento de la persona que debe ocupar el lugar de ésta se halle sujeta a una condición, se dice que la sustitución es fideicomisaria; en los demás casos la sustitución es vulgar". (114)

Por eso es que el art. 1164 dice que sustitución fideicomisaria es aquélla en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

Y agrega que la sustitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el título "De la propiedad fiduciaria".

(114) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. 8, N° 907.

338. GE

Non
don

Sin
terc

El c
pers
com

A su
los f

Los
tació
bres
pers
pers

339. CONC

El de
de ge

CAPÍTULO XIII

EL USUFRUCTO

338. GENERALIDADES

Normalmente el dueño de una cosa ejerce, como una facultad del dominio, el derecho de goce sobre esa cosa.

Sin embargo, ese derecho de goce puede, a veces, pertenecer a terceros.

El derecho de goce de los terceros puede emanar de un derecho personal, como en el arrendamiento, o puede ser un derecho real, como el usufructo.

A su vez, el derecho de goce de los terceros puede recaer sobre todos los frutos (usufructo) o sobre una parte limitada de ellos (uso).

Los derechos reales de goce, esto es, el usufructo, el uso y la habitación son los que en el Derecho Romano constituían las "servidumbres personales" ya que eran gravámenes impuestos en favor de las personas y no de los predios. La denominación de "servidumbres personales" fue suprimida en el código.

339. CONCEPTO

El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia,

y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible (art. 764).

Cuando el usufructo recae en cosas no fungibles se llama usufructo o usufructo propiamente dicho; cuando recae en cosas fungibles, se llama cuasiusufructo.

340. PERSONAS Y DERECHOS QUE SE DISTINGUEN EN EL USUFRUCTO

En el usufructo, necesariamente, hay dos personas, el nudo propietario, que estando despojado de las facultades de usar y gozar de la cosa, conserva la facultad de disposición; y el usufructuario, que tiene las facultades de uso y goce de la cosa (art. 765).

Además de las personas mencionadas puede existir el constituyente, si el usufructo se da a una persona y a otra la nuda propiedad. Si el dueño de la cosa le da en usufructo a otra, se confunden el constituyente y el nudo propietario.

Consecuencia de lo dicho es que en el usufructo concurren dos derechos, el del nudo propietario, que es la nuda propiedad, y el del usufructuario.

El usufructuario es mero tenedor de la cosa (arts. 714 y 725).

Sin embargo, es dueño de su derecho de usufructo (art. 583). Por eso puede reivindicarlo (art. 891).

341. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE USUFRUCTO

- a) Es un derecho *real* (arts. 577 y 764);
- b) Es un derecho *de goce*. El usufructuario ejerce las facultades de uso y goce que da el dominio. El usufructuario se hace dueño de los frutos naturales y civiles que produzca la cosa;
- c) En un derecho *limitado y limitativo* del dominio. Es una *limitación* del dominio (art. 732 N° 2).

342. COSAS

La ver
ción al
corpor
las no

343. USUFRU

La doc
usufruc
no pue

Tambié
referirs

Creemo
dado lo

Este últi
fungible
hace me

Es un derecho en cosa ajena. Es un título de mera tenencia (arts. 714 y 725);

- d) Tiene una *duración limitada*, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad (art. 765, inc. 2°);
- e) Es un derecho *sujeto a plazo* (art. 765, inc. 2°);
- f) Es *intransmisible* por causa de muerte (art. 773, inc. 2°).

La nuda propiedad puede transferirse por acto entre vivos, y transmitirse por causa de muerte (art. 773, inc. 1°).

342. COSAS SOBRE LAS QUE SE PUEDE CONSTITUIR USUFRUCTO

La verdad es que sobre esta materia el código no estableció limitación alguna. En consecuencia, pueden darse en usufructo las cosas corporales e incorporeales; las universalidades; las cosas fungibles y las no fungibles; las consumibles y no consumibles.

343. USUFRUCTO DE COSAS FUNGIBLES. CUASIUSUFRUCTO

La doctrina discute si el usufructo sobre cosas fungibles es o no es usufructo y parte de ella cree que el concepto tradicional de usufructo no puede aplicarse a las cosas fungibles.

También se discute si el código al referirse a cosas fungibles quiso referirse a las consumibles solamente. (115)

Creemos que esas discusiones no tienen cabida en nuestro derecho dado lo dispuesto en los arts. 764 y 789.

Este último artículo dice que si el usufructo se constituye sobre cosas *fungibles*, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual

(115) Vodanovic, Antonio, ob. cit., págs. 641, 642, 643.

cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo.

344. DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y EL CUASIUFRUCTO

- a) El usufructo es un derecho real; el cuasiusufructo hace nacer derechos personales;
- b) El usufructuario es mero tenedor de la cosa; el cuasiusufructuario se hace dueño de ella;
- c) El usufructuario es obligado a restituir la misma especie que se le dio en usufructo; el cuasiusufructuario sólo es obligado a entregar igual cantidad de cosas de igual calidad, o su valor en dinero;
- d) El usufructo recae sobre especies o cuerpos ciertos; el cuasiusufructo recae sobre cosas de género;
- e) En el usufructo el riesgo de la cosa es del nudo propietario; en el cuasiusufructo del cuasiusufructuario.

345. DIFERENCIAS ENTRE EL CUASIUFRUCTO Y EL MUTUO

La verdad es que estas dos instituciones son muy semejantes.

Según el art. 2196, el mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad. Por su parte, el art. 2197 dice que no se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.

Como se puede ver, salvo casos especiales que no es oportuno analizar, hay gran semejanza entre el mutuo y el cuasiusufructo.

Sin embargo, podemos señalar las siguientes diferencias:

- a) El cuasiusufructo puede constituirse por ley, por testamento o por contrato; el mutuo siempre es un contrato;

- b) El cuasiusufructuario está obligado a rendir caución de que restituirá otras tantas cosas del mismo género y calidad, o su valor. El mutuario no está obligado a rendir caución alguna;
- c) El cuasiusufructuario es obligado a confeccionar inventario solemne de las cosas que recibe. El mutuario no;
- d) El cuasiusufructo y el mutuo se extinguen por causales diversas.

346. ¿CÓMO PUEDE CONSTITUIRSE EL USUFRUCTO?

Según el art. 766, el derecho de usufructo se puede constituir de varios modos, que señala:

- a) *Por ley*, como el del padre de familia, sobre ciertos bienes del hijo;
- b) *Por testamento*;
- c) *Por acto entre vivos*, que puede ser donación, venta, permuta, etc.;
- d) *Por prescripción*.

Agreguemos que también puede constituirse:

- e) Por sentencia del partidor.

347. USUFRUCTO LEGAL

Es el que establece la ley.

El art. 810 dice que el usufructo legal del padre o madre de familia sobre ciertos bienes del hijo, y del marido, como administrador de la sociedad conyugal, en los bienes de la mujer están sujetos a las reglas especiales del título "De la patria potestad" y del título "De la sociedad conyugal".

En consecuencia, el código establece que son usufructos legales el del marido sobre los bienes de la mujer cuando se han casado en

régimen de sociedad conyugal y el del padre o madre de familia sobre ciertos bienes del hijo.

Hay quienes piensan que otro caso de usufructo legal es el de los poseedores provisorios en el caso de la muerte presunta.

a) *Usufructo del padre o madre de familia sobre ciertos bienes del hijo.*

El art. 243 dice que el padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados los casos que señala. Es decir, el padre tiene el usufructo de los bienes del hijo de familia que integran su peculio adventicio ordinario. No lo tiene respecto de los bienes que integran los peculios profesionales o industrial ni respecto de los bienes que integran el peculio adventicio extraordinario. No ahondaremos sobre estas materias pues se estudian en Derecho de Familia.

Sin embargo, diremos que el usufructo legal del padre sobre los bienes del hijo de familia tiene notables diferencias con el usufructo que estamos estudiando.

- 1° Por de pronto no es derecho real;
- 2° No da derecho de persecución;
- 3° No es embargable (art. 2466, inc. final);
- 4° El padre no está obligado a rendir caución de conservación y restitución (art. 245);
- 5° Tampoco es obligado a practicar inventario solemne, pero deberá llevar una descripción circunstanciada de los bienes en que tiene el usufructo desde que empiece a administrarlos (art. 249);
- 6° El usufructo del padre termina por la emancipación del hijo (art. 244).

Creemos que el usufructo del padre sobre los bienes del hijo no es un verdadero usufructo sino un derecho legal de goce sobre

determinados bienes del hijo en razón de la obligación que tiene el padre de criar, educar y establecer al hijo (art. 228).

Reconocemos, sin embargo, que en el fondo esto es cuestión de nombres.

b) Usufructo del marido sobre los bienes de la mujer cuando están casados en sociedad conyugal.

Aunque el art. 810 dice que este usufructo se rige por las reglas dadas en el título "De la sociedad conyugal", el código en ese título no se refiere al usufructo del marido sobre los bienes de la mujer.

Estimamos que, tampoco éste es un verdadero derecho de usufructo. Es un derecho legal de goce que tiene el marido como administrador de la sociedad conyugal, como compensación de la obligación que tiene la sociedad conyugal de pagar el mantenimiento de los cónyuges; el mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga de familia (art. 1740 N° 5).

El marido no tiene obligación de rendir caución ni de hacer inventario solemne de los bienes de la mujer. Tampoco es derecho real y es inembargable (art. 2466). Termina por la disolución de la sociedad conyugal.

c) Situación de los poseedores provisorios en la muerte presunta.

Estimamos que el derecho de los poseedores provisorios sobre los bienes del desaparecido es un derecho de dominio sujeto a la condición resolutoria de que el desaparecido reaparezca.

De considerarse que es un derecho de usufructo no coexistiría con la nuda propiedad ya que el posible nudo propietario estaría muerto y sus herederos son precisamente los poseedores provisorios.

348. USUFRUCTO VOLUNTARIO

Usufructo voluntario es el constituido por voluntad del hombre, manifestada en acto entre vivos o en testamento.

349. USUFRUCTO VOLUNTARIO CONSTITUIDO POR ACTO ENTRE VIVOS

El acto constitutivo del usufructo puede ser a título gratuito (donación) o a título oneroso (compraventa, aporte en sociedad, etc.).

El usufructo puede resultar de la enajenación de ese derecho, por ejemplo, cuando el propietario pleno vende el usufructo a un tercero; de la reserva del usufructo, por ejemplo, cuando el propietario pleno vende la nuda propiedad. En este caso lo que se enajena es la nuda propiedad. También puede resultar el usufructo de la enajenación de la nuda propiedad y del usufructo a distintas personas.

a) *Requisitos del usufructo constituido por acto entre vivos.*

Si el usufructo recae sobre cosas muebles es *consensual*, no requiere de formalidad alguna.

Si recae sobre inmuebles es *solemne*, no vale si no se otorga por instrumento público inscrito (art. 767).

El instrumento público a que se refiere el código es la *escritura pública*.

b) *Papel de la inscripción en el Registro Conservatorio.*

Para algunos la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes cumple dos funciones, la de ser solemnidad del acto constitutivo del derecho de usufructo conforme la letra del art. 767, y la de ser la forma de hacer nacer el derecho de usufructo conforme lo previenen los arts. 686 del Código Civil y 52 N° 2 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces. Hay jurisprudencia en este sentido. (116)

(116) C. S., R., T. 14, sec. 1ª, pág. 340.

350. USUFR

Cualq
usufru

Cuanc
sobre i
re el d

Natura
posesi
usufru

351. USUFRU

Tiene l
cosa fr
cuando
y el leg

(117) C. S., R., T

Otros, que en nuestro concepto están en lo cierto, estiman que la inscripción no es solemnidad del acto constitutivo del usufructo, sólo lo sería la escritura pública. La inscripción sería la forma de hacer nacer el derecho real de usufructo.

Si se considerara que la inscripción es una solemnidad del acto constitutivo del usufructo sobre inmuebles su omisión acarrearía la nulidad absoluta del acto constitutivo, pero ¿en qué momento? No hay duda que la inscripción hay que hacerla después de otorgada la escritura pública, pero ¿cuándo? Si el que debe practicar la inscripción se demora en hacerlo, estaría ratificando un acto nulo absolutamente. Todo ello nos parece ilógico. Creemos que del contrato otorgado por escritura pública nace el derecho personal para exigir la inscripción de la que nacerá el derecho real de usufructo. Así lo ha estimado la jurisprudencia. (117)

350. USUFRUCTO VOLUNTARIO OTORGADO POR TESTAMENTO

Cualquier testamento, solemne o privilegiado, sirve para constituir usufructo.

Cuando el usufructo se constituye por testamento, aunque recaiga sobre inmuebles no requiere de inscripción. El usufructuario adquiere el derecho real del usufructo por sucesión por causa de muerte.

Naturalmente que al inscribirse el testamento en los trámites de posesión efectiva va a quedar una constancia en dicha inscripción del usufructo.

351. USUFRUCTO CONSTITUTIVO POR PRESCRIPCIÓN

Tiene lugar cuando el que constituye el usufructo no es dueño de la cosa fructuaria, o cuando el usufructuario no es tal, por ejemplo cuando se constituye en testamento que es posteriormente revocado y el legatario posee el usufructo.

(117) C. S., R., T. 48, sec. 1ª, pág. 354; T. 51, sec. 1ª, pág. 605.

Como lo acabamos de decir, para ganar el usufructo por prescripción es necesario que el usufructuario no sea dueño de su derecho de usufructo sino su poseedor (art. 2498).

El tiempo necesario para ganar el usufructo por prescripción varía entre dos, cinco o diez años, según se trate de cosas muebles o inmuebles y de que la posesión del usufructuario sea regular o irregular (arts. 2508 y 2511 en relación el art. 2512).

Recordamos que la sentencia que declara una prescripción debe inscribirse para que sea oponible a terceros (art. 2513).

352. CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO POR SENTENCIA

Tiene lugar en el juicio de participación de bienes, en el caso del N° 6 del art. 1337 que dice que si dos o más personas fueren asignatarios de un predio, podrá el partidor con el legítimo consentimiento de los interesados separar la propiedad del usufructo, habitación o uso para darlos por cuenta de la asignación.

No vemos ningún impedimento para aplicar esa norma a los bienes muebles.

Para algunos, la constitución del usufructo por sentencia no es tal sino que lo es en forma voluntaria ya que requiere del legítimo acuerdo de los interesados.

353. LIMITACIONES QUE IMPONE LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

- a) Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos (art. 769, inc. 1°).

El usufructo es *sucesivo* cuando se concede a varias personas para que lo gocen unas en pos de las otras.

El usufructo es *alternativo* cuando se concede a varias personas para que lo gocen en forma sucesiva para que al terminar el

354. DURACIÓN

Según el c. 1° de la ley 17.252, el usufructo dura toda la vida del usufructuario.

El usufructo puede ser vitalicio o por tiempo determinado.

usufructo de la última vuelve a la primera y así sucesivamente. Por ejemplo, doy en usufructo una cosa a A por dos años, transcurridos los cuales gozará B del usufructo por otros dos años cuando este plazo venza volverá el usufructo a A por dos años.

Si de hecho se constituyeren usufructos sucesivos o alternativos, los usufructuarios posteriores al primero se considerarán como substitutos, para el caso de faltar éste antes de deferirse el usufructo (art. 769, inc. 2°).

El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado (art. 769, inc. 3°).

Como se puede ver, es posible designar substitutos al usufructuario, pero estas substituciones son siempre vulgares.

- b) Se prohíbe constituir usufructo alguno bajo una condición o a un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio. Si de hecho se constituyere, no tendrá valor alguno (art. 768, inc. 1°).

Creemos que lo que no vale es el usufructo, no la condición. Estimamos que en el caso a que se refiere la disposición citada no puede considerarse que el usufructo es puro y simple ya que no es esa la voluntad del constituyente.

Con todo, si el usufructo se constituye por testamento, y la condición se hubiere cumplido, o el plazo hubiere expirado antes del fallecimiento del testador, valdrá el usufructo (art. 768, inc. 2°).

354. DURACIÓN DEL USUFRUCTO

Según el inc. 2° del art. 765 el usufructo tiene una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad.

El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario (art. 770, inc. 1°).

Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario (art. 770, inc. 2°).

El usufructo constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años.

Creemos que la norma anterior se aplica también a las sociedades pues pensamos que con las expresiones "corporación y fundación" que emplea el código ha querido significar persona jurídica habida consideración que Bello miraba con malos ojos el usufructo. Hay jurisprudencia en contra. (118)

Si el usufructuario fallece pendiente el plazo señalado para la duración del usufructo, éste se extingue. La muerte del usufructuario siempre pone fin al usufructo (art. 773, inc. 2°).

Pensamos que el usufructo termina al terminar la persona jurídica en cuyo favor se constituyó, aunque esté pendiente el plazo de su duración.

La duración del usufructo, sin perjuicio de estar limitado por un plazo, puede sujetarse, además a una condición (art. 771, inc. 1°).

Si la condición no se cumple antes de la expiración del plazo, se mirará como no escrita (art. 771, inc. 2°).

355. USUFRUCTUARIOS SIMULTÁNEOS

Se puede constituir un usufructo a favor de dos o más personas, que lo tengan simultáneamente, por igual, o según las cuotas determinadas por el constituyente (art. 772 primera parte).

En este caso podrán los usufructuarios dividir entre sí el usufructo, de cualquier modo que de común acuerdo les pareciere (art. 772 segunda parte).

(118) C. Valparaíso, 18 mayo 1901, G. 1901, T. I, N° 836, pág. 706.

Sien
dur
últi

Lo
tern
780,

356. DER

a) L

I

I

I

I

I

I

I

I

I

I

I

2°

I

3°

Siendo dos o más los usufructuarios, habrá derecho de *acrecer*, y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios (art. 780, inc. 1°).

Lo cual se entiende, si el constituyente no hubiere dispuesto que terminado un usufructo parcial se consolide con la propiedad (art. 780, inc. 2°).

356. DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

a) Derecho de uso y goce.

- 1° El usufructuario tiene derecho a percibir todos los *frutos naturales*, incluso los pendientes al tiempo de deferirse el usufructo (art. 781, inc. 1° que se refiere a los inmuebles pero que no vemos inconveniente en extender su contenido a los muebles).

También tiene derecho a percibir los *frutos civiles*, que se le deben día a día (art. 790).

Si el usufructuario, por ejemplo, da en arrendamiento el usufructo por cuatro años y recibe el precio, y después se extingue el usufructo, supongamos al cabo de dos años, debe dar al nudo propietario la mitad de los frutos ya que a él le pertenecen día por día.

En cuanto al usufructo de acciones, los dividendos pertenecen al usufructuario ya que son frutos civiles. Las crías en cuanto corresponden a utilidades también son frutos y pertenecen al usufructuario. Las crías de pago pertenecen al nudo propietario ya que para adquirirlos hay que pagar y, en consecuencia, no pueden considerarse frutos.

- 2° El usufructuario de una heredad goza de todas las *servidumbres* activas constituidas a favor de ella (art. 782 parte primera).
- 3° El usufructuario tiene derechos a ciertos *productos* de la cosa fructuaria. Se señalarán en los números siguientes.

4º El goce del usufructuario de una heredad se extiende a los *bosques y arbolados*, pero con el cargo de conservarlos en un ser, reponiendo los árboles que derribe, y respondiendo de su menoscabo, en cuanto no dependa de causas naturales o accidentes fortuitos (art. 783).

5º Si la cosa fructuaria comprende *minas y canteras en actual laboreo*, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas, y no será responsable de la disminución de productos que a consecuencia sobrevenga, con tal que haya observado las disposiciones de la ordenanza respectiva (art. 784).

Nótese que el usufructuario sólo tiene derecho a las minas y canteras que estaban en actual laboreo al deferirse el derecho de usufructo. Si hay minas que pertenecen al dueño del predio pero que no se explotan, el usufructuario no tiene derecho para hacerlo ya que es obligado a conservar la forma y substancia de la cosa.

Sin embargo, puede explotar las minas que como descubridor le pertenezcan.

6º El usufructuario tiene derecho al goce de los *ganados y rebaños* que se le den en usufructo.

Para determinar sus derechos hay que distinguir si los animales se le dan en usufructo considerados individual o indeterminadamente, o en conjunto, considerando al rebaño como una universalidad de hecho.

Si los ganados se le dan *considerados individualmente*, se aplica el art. 787 que dice que el usufructuario de una cosa mueble tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino; y al fin del usufructo no es obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de aquellas pérdidas o deterioros que provengan de su culpa o dolo.

Si el ganado se da en forma indeterminada, no individual, se trata de un cuasiusufructo, y se aplica el art. 789.

Ha
ref
ver
tari
usu
o al
b) Der
Seg
tiem
c) Dere
to.
El us
Sin e
prohi
(art.
El us
derec
Aun c
el usu
usufr

Si se trata de un rebaño, considerado como universalidad de hecho, tiene lugar lo previsto en el art. 788 que dice que el usufructuario de ganados o rebaños es obligado a reponer los animales que mueren o se pierden, pero sólo con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños; salvo que la muerte o pérdida fueren imputables a su hecho o culpa, pues en este caso deberá indemnizar al propietario.

Si el ganado o rebaño perece del todo o en gran parte por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no estará obligado a reponer los animales perdidos, y cumplirá con entregar los despojos que hayan podido salvarse.

Hacemos presente que lo dicho en los artículos a que nos hemos referido precedentemente se entenderá sin perjuicio de las convenciones que sobre la materia intervengan entre el nudo propietario y el usufructuario, o de las ventajas que en la constitución del usufructo se hayan concedido expresamente al nudo propietario o al usufructuario (art. 791).

b) Derecho a la administración de la cosa fructuaria.

Según el inc. final del art. 777 el usufructuario podrá en todo tiempo reclamar la administración de la cosa fructuaria.

c) Derecho a arrendar o ceder a título de mera tenencia el usufructo.

El usufructuario puede dar en arriendo su derecho de usufructo.

Sin embargo, no podrá hacerlo si el constituyente se lo hubiera prohibido, a menos que el propietario le releve de la prohibición (art. 793).

El usufructuario que contraviene a esta disposición, *perderá* el derecho de usufructo (art. 793, inc. final).

Aun cuando el usufructuario tenga la facultad de dar en arriendo el usufructo, los arriendos que celebre se resolverán al fin del usufructo. El propietario concederá al arrendatario el tiempo que

necesite para la próxima percepción de frutos; y por ese tiempo quedará substituido al usufructuario en el contrato (art. 794).

Lo dicho se aplica a los casos en que el usufructuario ceda a otro título de mera tenencia el usufructo.

d) Derecho a enajenar el usufructo.

Dice el art. 793 que el usufructuario puede ceder el usufructo a quienquiera a título oneroso o gratuito.

Una de las formas de cederlo es a título translaticio de dominio.

No podrá ceder el usufructo si le es prohibido por el constituyente, a menos que el propietario le releve de la prohibición.

El usufructuario que contraviniera a esta prohibición, perderá el derecho de usufructo (art. 793).

Se ha discutido si al enajenarse el usufructo, lo que se enajena es el derecho real de usufructo o sólo el derecho a percibir los frutos que dé la cosa fructuaria, es decir, el ejercicio del derecho de usufructo.

El problema es importante porque si se considera que lo que se cede es el derecho real de usufructo, el cesionario podría hipotecarlo (art. 2418). Por el contrario, si se considera que el usufructuario sólo cede el ejercicio del usufructo pero no el derecho real, él solamente podría hipotecarlo y no el cesionario.

La segunda posición parece que es confirmada por lo dispuesto en el inciso 2º del art. 793 que dice que cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario. Hay jurisprudencia en este sentido. (119)

Si a pesar de estar prohibida la enajenación, el usufructuario la lleva a efecto y pierde el derecho de usufructo, creemos que el

(119) C. S., R., T. 37, sec. 1º, pág. 177.

ces
pro
los
hac

e) Der

Así
dere
hipo
perc
gar.

f) Der

Este
que

g) Der

Segu
hasta
los a

h) Acci

Sien
lar d
seso
usufi

357. OBLIGAC

Para est

a) Oblig

b) Oblig

c) Oblig

cesionario tiene acción de saneamiento por evicción, si ésta es procedente, que en definitiva se va a traducir en la de indemnizar los perjuicios conforme lo previene el art. 1847. Si la cesión se hace a título de donación, se aplican los arts. 1422 y 1423.

e) Derecho a hipotecar el derecho de usufructo.

Así lo establece el art. 2418. El acreedor hipotecario sólo tiene derecho a embargar y hacer enajenar el derecho de usufructo hipotecado. No tiene derecho a percibir los frutos, que los sigue percibiendo el usufructuario, sin perjuicio de que pueda embargar los frutos.

f) Derecho a enajenar la cosa sobre la que se ejerce el usufructo.

Este derecho no lo tiene el usufructuario sino el cuasiusufructuario que se hace dueño de las cosas que se le dieran en usufructo.

g) Derecho legal de retención.

Según el art. 800 el usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que según los artículos precedentes, es obligado el propietario.

h) Acción reivindicatoria y acciones posesorias.

Siendo el usufructuario dueño de su derecho de usufructo, es titular de la acción reivindicatoria (art. 891) y de las acciones posesorias (art. 916) cuando procedan, si es poseedor del derecho de usufructo.

357. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

Para estudiarlas hay que distinguir en:

- a) Obligaciones anteriores a que entre en el goce de la cosa fructuaria;
- b) Obligaciones durante el usufructo;
- c) Obligaciones una vez terminado el usufructo.

358. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO ANTERIORES AL GOCE DE LA COSA

a) Inventario solemne.

El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes (art. 775, inc. 1°).

El inventario solemne es el que se hace previo decreto judicial, ante el funcionario competente (notario u otro ministro de fe que autorice el tribunal) y dos testigos, y con los requisitos que se señalan en los arts. 858 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Hay usufructuarios que no están obligados a hacer inventario solemne. Son:

- 1° El padre o madre de familia respecto de los bienes del hijo (arts. 249 y 810);
- 2° El marido respecto de los bienes de la mujer (arts. 810 y 1724);
- 3° Cuando han sido exonerados de la obligación de hacer inventario por el constituyente.

A este respecto la doctrina no es uniforme. Hay autores que creen que el constituyente no puede exonerar al usufructuario de la obligación de hacer inventario solemne, basados en que el art. 775, inc. 2° permite expresamente la exoneración de la obligación de rendir caución y nada dice del inventario.

Otros creen que ello es posible pues, como se trata de derecho privado, puede hacerse todo aquello que la ley no prohíbe. Además, cuando el legislador ha querido evitar que no se haga inventario lo ha dicho, como es el caso de los guardadores (art. 379). (120)

(120) C. Talca, 5 junio 1915, G. 1915, T. I, N° 836, pág. 706.

Naturalmente que no se puede exonerar al usufructuario de su obligación de hacer inventario solemne cuando éste es requisito del título, como es el caso de las donaciones a título universal (art. 1407).

Mientras no se termine el inventario, tendrá el propietario la administración con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario (art. 776).

El propietario cuidará que se haga el inventario con la debida especificación, y no podrá después tacharlo de inexacto o de incompleto (art. 778).

b) *Caución de conservación y restitución.*

El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución (art. 775, inc. 1°).

La caución del cuasiusufructuario se reducirá a la obligación de restituir otras tantas cosas que las recibidas, del mismo género y calidad, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución (art. 775, inc. final).

La caución puede consistir en una prenda, una hipoteca o una fianza (art. 46).

La cuantía de la caución se determinará de común acuerdo entre el usufructuario y el nudo propietario. Si no hay acuerdo la determina el juez.

Hay usufructuarios que no están obligados a rendir caución:

- 1° Los usufructuarios legales;
- 2° El usufructuario que ha sido exonerado de la caución por el constituyente o por el nudo propietario (art. 775, inc. 2°);
- 3° El donante que se *reserva* el usufructo de la cosa donada (art. 775, inc. 3°).

Mientras el usufructuario no rinda la caución a que es obligado, tendrá el propietario la administración con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario (art. 776).

Si el usufructuario no rinde la caución a que es obligado, dentro de un plazo equitativo, señalado por el juez a instancia del propietario, se adjudicará la administración a éste, con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos deducida la suma que el juez prefijare por el trabajo y cuidados de la administración (art. 777, inc. 1°).

El usufructuario podrá *en todo tiempo* reclamar la administración prestando la caución a que es obligado (art. 777, inc. final). Este derecho es *imprescriptible*.

Podrá el propietario en el mismo caso tomar en arriendo la cosa fructuaria, o tomar prestados a interés los dineros fructuarios, de acuerdo con el usufructuario (art. 777, inc. 2°).

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, arrendar la cosa fructuaria, y dar los dineros a interés (art. 777, inc. 3°).

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, comprar o vender las cosas muebles y tomar o dar prestados a interés los dineros que de ello provengan (art. 777, inc. 4°).

Creemos que si no se ponen de acuerdo el nudo propietario y el usufructuario sobre las cuestiones a que se refieren los párrafos anteriores, el juez puede autorizar al nudo propietario al efecto.

Los muebles comprendidos en el usufructo, que fueren *necesarios* para el uso personal del usufructuario y de su familia, le serán entregados *bajo juramento* de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo (art. 777, inc. 5°). Esta es la llamada *caución juratoria*.

Como se puede ver, la caución en el usufructo tiene por objeto garantizar la conservación y restitución; en el cuasiusufructo

tiene por objeto garantizar la restitución de otras tantas cosas del mismo género y calidad que las recibidas, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución.

c) Obligación de respetar los arriendos.

El usufructuario es obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento. Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principia el usufructo (art. 792).

Hay autores que creen que para que el usufructuario deba respetar los arriendos, éstos deben constituirse por escritura pública si el usufructo se adquiere a título oneroso (art. 1962).

Otros creen que aunque el arrendamiento no se haya otorgado por escritura pública, o cuando el usufructo se adquiere a título gratuito el usufructuario debe respetar los arriendos por ser el art. 792 regla especial que prima sobre el art. 1962.

d) Obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle.

El usufructuario es obligado a recibir la cosa fructuaria en el estado en que al tiempo de la delación se encuentre, y tendrá derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioro que la cosa haya sufrido desde entonces en poder y por culpa del propietario (art. 774).

359. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO DURANTE EL GOCE DE LA COSA FRUCTUARIA

a) Gozar de la cosa sin alterar su forma y substancia.

Creemos que esta obligación permite hacer las mejoras que sean aconsejables para que la cosa produzca lo más posible manteniendo la substancia y forma de la cosa lo más semejante a la que tenía pero que permita un goce lo más racional posible.

b) *Cuidar de la cosa como un buen padre de familia.*

Responde de culpa leve.

Según el art. 787 el usufructuario de cosa mueble tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino; y al fin del usufructo no es obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de aquellas pérdidas o deterioros que provengan de su dolo o culpa.

Por su parte el art. 788 dice que el usufructuario de ganados o rebaños, es obligado a reponer los animales que mueren o se pierden, pero sólo con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños; salvo que la muerte o pérdida fueren imputados a su hecho o *culpa*, pues en este caso deberá indemnizar al propietario.

Por último, el art. 802, inc. 1º dice que el usufructuario es responsable no sólo de sus propios hechos u omisiones, sino de los hechos ajenos a que su *negligencia* haya dado lugar.

Recordamos que *culpa o negligencia* sin otra calificación significa culpa o descuido leve (art. 44).

Por consiguiente, el usufructuario es responsable de las servidumbres que por su tolerancia haya dejado adquirir sobre el predio fructuario, y del perjuicio que las usurpaciones cometidas en la cosa fructuaria hayan inferido al dueño, si no los ha denunciado al propietario oportunamente pudiendo (art. 802, inc. 2º).

c) *Pagar las cargas fructuarias.*

Como sabemos, son las indispensables para que la cosa produzca los frutos. Son:

1º *Las expensas ordinarias de conservación y cultivo* (art. 795).

2º *Las cargas periódicas*, como las pensiones y cánones con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que durante el usufructo se devenguen.

Hacemos presente que no es lícito al nudo propietario imponer nuevas cargas sobre ella en perjuicio del usufructo (art. 796, inc. 1°).

3° Corresponde asimismo al usufructuario *el pago de los impuestos periódicos* fiscales y municipales, que graven la cosa durante el usufructo, en cualquier tiempo que se hayan establecido (art. 796, inc. 2°).

Si por no hacer el usufructuario estos pagos los hiciere el propietario, o se enajenare o embarga la cosa fructuaria, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo (art. 786, inc. 3°).

d) *Pagar intereses corrientes por los capitales invertidos por el nudo propietario en las obras o refacciones mayores de la cosa fructuaria.*

El art. 797, inc. 1° establece esta obligación para el usufructuario, así como establece que las obras y refacciones mayores son de cargo del nudo propietario.

El usufructuario hará saber al propietario las obras y refacciones mayores que exija la conservación de la cosa fructuaria (art. 797, inc. 2°).

Si el propietario rehúsa o retarda el desempeño de estas cargas, podrá el usufructuario para libertar la cosa fructuaria y, conservar su usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se las reembolsará sin interés (art. 797, inc. 3°).

Se entienden por *obras o refacciones mayores* las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria (art. 798).

e) *Contribución a las deudas hereditarias y testamentarias.*

Cuando el usufructo se ha constituido por testamento, si el testador deja el usufructo de una parte de sus bienes o de todos ellos a una persona y la nuda propiedad a otra, el propietario y el

usufructuario se considerarán como una sola persona para la distribución de las obligaciones hereditarias y testamentarias que cupieren a la cosa fructuaria; y las obligaciones que unidamente les quepan se dividirán entre ellos conforme a las reglas que siguen:

- 1° Será del cargo del propietario el pago de las deudas que recayeren sobre la cosa fructuaria, quedando obligado el usufructuario a satisfacerle los intereses corrientes de la cantidad pagada, durante todo el tiempo que continuare el usufructo;
- 2° Si el propietario no se allanare a este pago, podrá el usufructuario hacerlo, y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital sin interés alguno;
- 3° Si se vende la cosa fructuaria para cubrir una hipoteca o prenda constituida en ella por el difunto, se aplicará al usufructuario la disposición del artículo 1366 (art. 1368). El art. 1366 por su parte dice que el legatario que en virtud de una hipoteca o prenda sobre la especie legada ha pagado una deuda hereditaria con que el testador no haya querido expresamente gravarlo es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos. Si la hipoteca o prenda ha sido accesoria a la obligación de otra persona que el testador mismo, el legatario no tendrá acción contra los herederos.

360. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO UNA VEZ EXTINGUIDO EL USUFRUCTO

La obligación que tiene el usufructuario una vez extinguido el usufructo es la de restituir la cosa fructuaria. La establecen los arts. 764 y 787.

Tratándose de un cuasiusufructo, el cuasiusufructuario sólo es obligado a restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad, o a pagar su valor (arts. 764 y 789).

A pesar de que hay autores que creen que la elección entre las cosas del mismo género o su valor en el cuasiusufructo corresponde al nudo

propietario (121), nosotros creemos que, si nada se ha estipulado; esa elección corresponde al cuasiusufructuario, por tratarse de una obligación alternativa, en que el deudor es el cuasiusufructuario (art. 1500, inc. 2°).

361. DERECHOS DEL NUDO PROPIETARIO

- a) *Derecho a enajenar la nuda propiedad.* No hay duda que como propietario puede hacerlo. Naturalmente que el adquirente de la nuda propiedad debe respetar el usufructo (arts. 773, inc. 1° parte primera y 779, inc. 3°).
- b) *Derecho a hipotecar la nuda propiedad.* También, como propietario que es, el nudo propietario puede hipotecar la cosa (art. 2418).

Naturalmente, la hipoteca no se extiende al usufructo mientras no se consolida con la nuda propiedad (art. 2421), y si la finca se remata, el adquirente debe respetarlo (arts. 2416 y 779, inc. 3°).

- c) *La nuda propiedad puede transmitir por causa de muerte.* El usufructo es intransmisible por causa de muerte (art. 773).

La transmisión de la nuda propiedad es con el cargo del usufructo (art. 779, inc. 3°).

- d) *Tiene derecho a los frutos pendientes al momento de la restitución.* (Art. 781).
- e) *Derecho a indemnizaciones.* Como hemos dicho, el usufructuario debe conservar la forma y substancia de la cosa y responde de culpa leve (arts. 764 y 787).
- f) *Derecho a los intereses corrientes por las obras y refacciones mayores para la conservación de la cosa fructuaria* (art. 797, inc. 1°).

(121) Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 674.

- g) *Derecho al tesoro.* El usufructuario no tiene sobre los tesoros que se descubran en el suelo que usufructúa, el derecho que la ley concede al propietario del suelo (art. 786).
- h) *Derecho a pedir la terminación del usufructo.* Según el art. 809 el usufructo termina por sentencia de juez que a instancia del propietario lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños y deterioros considerables a la cosa fructuaria.

El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo.

362. OBLIGACIONES DEL NUDO PROPIETARIO

- a) *Pago de las expensas extraordinarias mayores.*

El art. 797, inc. 1º establece que corresponden al propietario si son *necesarias* para la conservación de la cosa fructuaria.

Según el art. 798 se entienden por obras o refacciones mayores las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria.

Conforme a lo dispuesto en el art. 796 si la finca está afecta a una hipoteca, los intereses de la deuda los debe pagar el usufructuario porque son una carga periódica, pero la amortización del capital le corresponde al nudo propietario porque no es una carga periódica.

Sobre esta materia se ha planteado el problema de si el usufructuario puede o no obligar al nudo propietario a hacer las obras o refacciones mayores.

La mayoría de los autores consideran que ello no es posible y que el nudo propietario sólo está obligado a reembolsarlas al usufructuario cuando él las ha hecho.

363. SITU

USUF

El us
que v
lícito
le pu
detrin
despu
las co
propie
haya p

364. EXTING

a) Po
la t

Para pensar así dan los siguientes argumentos:

- 1º El nudo propietario no tiene ninguna obligación respecto del usufructuario. Sólo tiene la obligación que tienen todas las personas de respetar el derecho real del usufructuario. Por ello el art. 779, inc. 1º dice que no es lícito al propietario hacer cosa alguna que perjudique al usufructuario en el ejercicio de sus derechos; a no ser con el consentimiento formal del usufructuario;
- 2º Por la redacción distinta de los arts. 795 y 797. El primero dice que *corresponden* al usufructuario las expensas ordinarias. Es decir, deben ser ejecutadas por él. El segundo dice que *serán de cargo* del propietario las obras y refacciones mayores, dando a entender que no es obligado a ellas sino sólo a reembolsar su valor cuando las haya hecho el usufructuario. Refuerza esta argumentación el hecho de que en el Proyecto de 1853 el art. 949 decía que el propietario es obligado a las reparaciones mayores. El cambio de redacción algo debe significar.

363. SITUACIÓN DE LAS MEJORAS ÚTILES Y VOLUPTUARIAS HECHAS POR EL USUFRUCTUARIO

El usufructuario no tiene derecho a pedir cosa alguna por las mejoras que voluntariamente haya hecho en la casa fructuaria, pero le será lícito alegarlas en compensación por el valor de los deterioros que se le puedan imputar, o llevarse los materiales, si puede separarlos sin detrimento de la cosa fructuaria, y el propietario no le abona lo que después de separados valdrían. Lo cual se entiende sin perjuicio de las convenciones que hayan intervenido entre el usufructuario y el propietario relativamente a mejoras, o de lo que sobre esta materia se haya previsto en la constitución del usufructo (art. 801).

364. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO

- a) *Por la llegada del día o el evento de la condición* prefijados para la terminación del usufructo (art. 804, inc. 1º).

Si el usufructo se ha constituido hasta que una persona distinta del usufructuario llegue a cierta edad, y esa persona fallece antes, durará sin embargo el usufructo hasta el día en que esa persona hubiera cumplido esa edad, si hubiere vivido (art. 804, inc. 2°).

En la duración legal del usufructo se cuenta aun el tiempo en que el usufructuario no ha gozado de él, por ignorancia o despojo o cualquiera otra causa (art. 805).

- b) *Por la muerte del usufructuario* (arts. 806, inc. 2° y 773, inc. 2°).
- c) *Por la resolución del derecho del constituyente*, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución (art. 806, inc. 3°).

Creemos que en el caso que analizamos, salvo en el fideicomiso que tiene reglas propias, tendrán aplicación los arts. 1490 y 1491. Es decir, se resolvería el usufructo sobre cosas muebles si el usufructuario está de mala fe, y en el caso de inmuebles siempre que la condición resolutoria constara en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

- d) *Por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad.* (Art. 806, inc. 4°). La consolidación se produce al reunirse en una sola persona las calidades de nudo propietario y usufructuario. Por ejemplo, cuando el usufructuario pierde su derecho por haber arrendado o cedido el usufructo contra expresa prohibición (art. 793, inc. final). Otro caso sería si muere el nudo propietario y lega la cosa fructuaria al usufructuario.
- e) *Por la renuncia del usufructuario* (art. 806, inc. final). La renuncia del usufructo de inmuebles debe inscribirse (art. 52 N° 3 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces).
- f) *Por la prescripción* (art. 806, inc. 5°). El usufructo se extingue para un determinado usufructuario cuando otra persona posee el derecho de usufructo y lo gana por prescripción adquisitiva (arts. 2498, inc. 2° y 2512), o cuando otra persona gana por prescripción la propiedad plena.

A pesar de que hay opiniones en contrario (122), estimamos que el usufructo no se extingue por no ejercerse, tal como no se extingue el dominio por no haberse ejercido, y el usufructuario es dueño de su derecho de usufructo.

- g) *Por la destrucción completa de la cosa fructuaria.* Para que se extinga el usufructo, la destrucción de la cosa debe ser completa. Si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante (art. 807, inc. 1°).

Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de éste, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo (art. 807, inc. 2°).

Pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de ésta conservará su derecho sobre toda ella (art. 807, inc. 3°).

- h) *Por sentencia judicial.* El art. 809 dice que el usufructo termina por sentencia de juez que a instancia del propietario lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia *grave*, o por haber causado daños o deterioros *considerables* a la cosa fructuaria (art. 809, inc. 1°).

El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar, o que cese absolutamente el usufructo, o que vuelva al propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al fructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo (art. 809, inc. 2°).

365. CASO DE LA FINCA INUNDADA

Según el art. 808 si una heredad fructuaria es inundada, y se retiran después las aguas, revivirá el usufructo por el tiempo que falta para su terminación.

Esta disposición es especial para el usufructo y prima sobre el art. 653 que dice que si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por

(122) Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1.239, págs. 407 y 408.

las aguas *dentro de los cinco años* subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños. Es decir, si pasan más de cinco años, el terreno devuelto por las aguas no vuelve a los antiguos dueños sino que pasa a pertenecer a los propietarios colindantes según las reglas del aluvión.

Por consiguiente si son más de cinco los años que ha durado la inundación, el dueño, en este caso el nudo propietario, pierde el dominio, y el usufructuario recobra su derecho de usufructo por el tiempo que falta para su terminación.

CAPÍTULO XIV

EL DERECHO DE USO Y EL DE HABITACIÓN

366. CONCEPTOS

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 (art. 811, inc. 1°).

El derecho de habitación es el derecho de uso sobre una casa referido a la utilidad de morar en ella (art. 811, inc. 2°).

367. CARACTERÍSTICAS

El derecho de uso y el de habitación son muy semejantes al de usufructo. Son derechos de usufructo limitado. En consecuencia, sus características son similares a las del usufructo.

- a) Son derechos reales (arts. 577 y 811, inc. 1°);
- b) Son derechos de goce, pero limitados a una parte de las utilidades y productos de la cosa (art. 811, inc. 1°) o a la utilidad de morar en una casa (art. 811, inc. 2°);
- c) Son derechos limitados y limitativos del dominio. Son limitaciones del dominio (art. 732 N° 2). Son derechos en cosa ajena;
- d) Son títulos de mera tenencia (arts. 714 y 725);

- e) Tienen duración limitada (arts. 812 y 770);
- f) Son derechos sujetos a plazo (arts. 812 y 770);
- g) Son intransmisibles por causa de muerte, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse (art. 819, inc. 1º). Son derechos *personalísimos*.

Esto es sin perjuicio de que el usuario pueda dar a cualquier título los frutos que le es lícito consumir en sus necesidades personales (arts. 819, inc. final).

368. CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

El derecho de uso y el de habitación se constituyen de la misma manera que el usufructo (art. 812).

El derecho de habitación requiere cuando se otorga por acto entre vivos instrumento público inscrito (arts. 812 y 767).

Sin embargo, no existen el derecho de uso y de habitación legales.

369. COSAS SOBRE LAS QUE PUEDEN RECAER LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

Sobre esta materia en cuanto al derecho de uso no hay diferencias con el derecho de usufructo. Es decir, todas las cosas pueden darse en uso.

Sin embargo, y aunque el código no lo diga, no puede recaer en cosas fungibles pues en ese caso estaríamos en presencia de un cuasiusufructo.

El derecho de habitación sólo puede recaer sobre casas.

370. CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

El usuario, además de servirse de la cosa, de usarla, puede gozar de una parte limitada de los productos y frutos (utilidades) de la cosa. El habitador sólo puede morar en la casa.

La extensión en que se conceden el derecho de uso y el de habitación se determina por el *título en que se constituyen* y a falta de esta determinación en el título, se reglan por las disposiciones siguientes (art. 814).

- a) Se limitan a las necesidades personales del habitador o usuario, que comprenden las de su familia (art. 815, incs. 1º y 2º);
- b) En las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupa, a menos que la cosa en que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinada a servirla en ellas (art. 816, incs. 1º y 3º);
- c) El usuario de una heredad tiene solamente derecho a los objetos *comunes* de alimentación y combustibles no a los de una calidad superior; y está obligado a recibirlos del dueño, o a tomarlos con su permiso (art. 817).

371. OBLIGACIONES DEL USUARIO Y DEL HABITADOR

- a) Deben usar los objetos comprendidos en sus derechos con la moderación cuidado propios de un buen padre de familia (art. 818, inc. 1º parte primera);
- b) Deben contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reportan (art. 818, inc. 1º parte final).

Esta última obligación no se extiende al uso o a la habitación que se dan caritativamente a personas necesitadas (art. 818, inc. 2º);

- c) El habitador y el usuario son obligados a practicar inventario (art. 813, inc. 2º). Creemos que debe ser solemne.

El art. 813 impone la obligación de practicar inventario al habitador, y al usuario si el uso se constituye sobre cosas que deban restituirse en especie.

Creemos que siempre el usuario es obligado a practicar inventario porque estimamos que el uso sólo puede recaer en cosas no

fungibles pues, como lo hemos dicho, cuando recae en cosas fungibles estamos en presencia de un cuasiusufructo.

Ni el usuario ni el habitador estarán obligados a prestar caución (art. 813, inc. 1°).

372. CONCEPTO DE FAMILIA PARA LOS EFECTOS DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales; tanto los que existan al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución (art. 815, inc. 3°).

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia (art. 815, inc. 4°).

Comprende además las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario; y las personas a quienes el habitador o el usuario deben alimentos (art. 815, inc. 5°).

373. EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN

Los derechos de uso y de habitación se pierden de la misma manera que el usufructo. En consecuencia, les son aplicables los arts. 804 y siguientes (art. 812).

374. CON

*Servi
impu
(art. 1*

Se lla

Sella

Respe

Respe

El cóc
históri
les, es
uso y
predia

Para q
y el do

375. PREDIA

La serv
otro pr

CAPÍTULO XV

LAS SERVIDUMBRES

374. CONCEPTOS

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

Se llama predio *sirviente* el que sufre el gravamen.

Se llama predio *dominante* el que reporta la utilidad (art. 821, inc. 1°).

Respecto del predio dominante la servidumbre se llama *activa*.

Respecto del predio sirviente, se llama *pasiva* (art. 821, inc. 2°).

El código hace referencia a la servidumbre *predial* por una razón histórica. En el Derecho Romano existían las servidumbres personales, es decir, en favor de personas, y eran los derechos de usufructo, uso y habitación. En nuestro código sólo son servidumbres las prediales del Derecho Romano, que eran las que define el art. 820.

Para que haya servidumbre es *indispensable* que el predio sirviente, y el dominante pertenezcan a *distinto* dueño.

375. PREDIALIDAD DE LAS SERVIDUMBRES

La servidumbre es gravamen impuesto a un *predio* en beneficio de otro *predio*. Ello no significa que haya una relación jurídica entre dos

cosas. Naturalmente, del derecho real de servidumbre es titular una persona, como que una persona es la que sufre el gravamen. Pero lo que el código pretende es que el beneficio sea para un predio y que el gravamen se radique en otro predio. No es servidumbre el dejar pasar por un predio a un vendedor ambulante porque ningún predio reporta beneficio.

Según el art. 568 las casas y heredades se llaman *predios* o fundos.

Sin embargo, creemos que en la expresión casas hay que entender todos los edificios. (123)

Los autores, en general, estiman que no pueden ser gravados con servidumbre los inmuebles por destinación. Sin embargo, hay fallos que establecen lo contrario.

376. NATURALEZA DEL GRAVAMEN QUE IMPONEN LAS SERVIDUMBRES

Puede ser:

- a) El tener que sufrir el dueño del predio sirviente ciertos actos de uso;
- b) El tener que abstenerse por parte del dueño del predio sirviente de ejercer ciertos actos de dominio.

La servidumbre no obliga al dueño del predio sirviente a hacer algo. Si eso ocurriera no estaríamos en presencia de un derecho real sino de uno personal.

Sin embargo, el art. 823 en su inciso segundo dice que las servidumbres positivas impone a veces al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo, como la del art. 842, esto es, la de demarcación. Ya veremos como, en realidad, la demarcación no es servidumbre.

(123) R., T. 15, sec. 2ª, pág. 23.

377. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE

- a) Es un *derecho real*, es decir, se ejerce sobre el predio sirviente, sin respecto a determinada persona (art. 577).

Si el predio sirviente cambia de dueño, subsiste la servidumbre y debe soportarla el nuevo dueño.

- b) Es un derecho *inmueble* ya que la cosa en que se ejerce es inmueble (art. 580).
- c) Es un derecho *accesorio* de la propiedad del predio dominante. Las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen (art. 825).

Consecuencias de ello son las siguientes:

- 1° La servidumbre no puede enajenarse separadamente del predio a que activa o pasivamente pertenecen;
- 2° La enajenación de la servidumbre va envuelta en la enajenación del predio a que pertenece;
- 3° La servidumbre es inembargable separadamente del predio dominante;
- 4° Forma parte del uso y goce del predio dominante. Por eso el art. 782 dice que el usufructuario de una heredad goza de todas las servidumbres activas constituidas a favor de ella, y está sujeto a todas las servidumbres pasivas constituidas en ella;
- 5° Si se lega parte de un predio, se entenderán legadas las servidumbres que para su uso o cultivo le sean necesarias (art. 1120);
- 6° La especie legada pasa al legatario con sus servidumbres (art. 1125).

- d) *Es un derecho perpetuo.* Se establecen para el beneficio indefinido del predio dominante.

Sin embargo, esta característica no es de la esencia de la servidumbre sino de su naturaleza. Se puede constituir la servidumbre con un plazo extintivo o sujeta a una condición resolutoria (art. 885 N° 2).

- e) *Es un derecho indivisible.* No puede adquirirse, perderse ni ejercerse por partes. Las servidumbres se gozan o no se gozan.

Consecuencias de este carácter son:

- 1° Si se divide el predio sirviente, no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquél o aquéllos o quienes toque la parte en que se ejercía (art. 826).

Dividido el predio dominante, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente. Así los nuevos dueños del predio que goza de una servidumbre de tránsito no pueden exigir que se altere la dirección, forma, calidad o anchura de la senda o camino destinado a ella (art. 827).

- 2° Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos (art. 886 parte primera).

- 3° Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso y contra uno de ellos no puede correr la prescripción, es decir, está suspendida, no puede correr contra ninguno (art. 886 parte final).

378. CLASIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

- a) Según la obligación que imponen el dueño del predio sirviente, se clasifican en: *positivas* y *negativas*; servidumbre *positiva* es, en general, la que sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer. Por ejemplo, la de tránsito y la de acueducto.

Servidumbre *negativa* es la que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo, que sin la servidumbre le sería lícito, como la de no poder elevar sus paredes sino a cierta altura (art. 823, inc. 1°).

- b) Según las señales que tengan o no tengan, se clasifican en: *aparentes e inaparentes*; servidumbre *aparente* es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito, cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él.

Servidumbre *inaparente* es la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito, cuando carece de las circunstancias a que nos referimos en el párrafo anterior y de otras análogas (art. 824).

- c) Según como se ejercen, se clasifican en: *continuas y discontinuas*; servidumbre *continua* es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante.

Servidumbre *discontinua* es la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito (art. 822).

Lo que en realidad determina si una servidumbre es continua o discontinua no es el que se ejerza o pueda ejercerse con o sin intervalos, sino que es la necesidad de *un hecho actual del hombre* para ejercerse. El agua puede pasar por un canal en ciertos intervalos regulares y siempre será continua si no requiere de un hecho actual del hombre.

Las servidumbres *discontinuas* y *las continuas inaparentes* sólo pueden adquirirse por medio de un título (art. 882, inc. 1°). Sólo las servidumbres *continuas* y *aparentes* pueden adquirirse por prescripción o por destinación del padre de familia (arts. 882, inc. 2° y 881).

- d) Según su origen se clasifican en: *naturales, legales y voluntarias*; servidumbres *naturales* son las que provienen de la natural situación de los lugares.

Servidumbres *legales* son las impuestas por la ley.

Servidumbres *voluntarias* son las constituidas por un hecho del hombre (art. 833).

Hay autores que creen que las servidumbres naturales son impuestas por la ley. Si bien es cierto que la ley las contempla, no es menos efectivo que si no las contemplara existirían de todas maneras ya que existen por la natural situación de los lugares, por ejemplo, la servidumbre de recibir las aguas que van de un predio superior al inferior. Por ello es que no dan derecho a indemnización.

379. EJERCICIO DE LAS SERVIDUMBRES

Para determinar cómo se ejercen las servidumbres hay que atender a la ley si la servidumbre es legal o natural, y al título o la posesión si emanan del contrato o se han ganado por prescripción (art. 884).

En todo caso, se aplican las normas que se van a expresar, salvo que se pacte otra cosa:

a) El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios *necesarios* para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir allá, aunque no se haya establecido expresamente en el título (art. 828).

b) El que goza de una servidumbre puede hacer las *obras indispensables* para ejercerla.

Si el dueño del predio sirviente se obligó a hacerlas o repararlas, puede exonerarse de la obligación abandonando la parte del predio en que deben hacerse o conservarse las obras (art. 829).

c) El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo.

380. SE

381. CO

Son
Son
reci

Por
ind
otro

El c
y es

382. SER

a) C

E
d
h

b) C

N
(g
a

c) G

E
se

Con todo, si por el transcurso del tiempo llegase a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas (art. 830).

380. SERVIDUMBRES NATURALES

381. CONCEPTO

Son las que provienen de la natural situación de los lugares (art. 831). Son impuestas por la naturaleza, y existirían aunque la ley no las reconociera.

Por eso el dueño del predio sirviente no tiene derecho a ninguna indemnización. El será, seguramente, predio dominante respecto de otro.

El código sólo contempla el caso de la servidumbre de *libre descenso* y *escurrimiento de las aguas*.

382. SERVIDUMBRE DE LIBRE DESCENSO O ESCURRIMIENTO DE LAS AGUAS

a) *Contenido.*

El predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descendan del predio superior *naturalmente*, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello (art. 833, inc. 1°).

b) *Obligaciones del predio dominante.*

No se puede dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino (art. 833, inc. 2°). Tampoco puede el predio dominante hacer cosa alguna que agrave la servidumbre (art. 833, inc. 3°).

c) *Obligaciones del predio sirviente.*

En el predio servil no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural (art. 833, inc. 3°).

d) *Obras que pueden hacerse.*

El Código de Aguas permite al predio inferior (sirviente) hacer dentro de él pretiles, malecones, paredes u otras obras que, sin impedir el descenso de las aguas, sirvan para aprovecharlas o regularizarlas.

Lo mismo puede hacer el predio dominante pero sin agravar la servidumbre.

383. SERVIDUMBRES LEGALES

384. CONCEPTO

Son los impuestos por la ley (art. 831).

385. CLASIFICACIÓN

- a) *Relativas al uso público o de interés público.*
- b) *Relativas a la utilidad de los particulares o de interés privado.*
(Art. 839 inc. 1°).

386. SERVIDUMBRES RELATIVAS AL USO PÚBLICO O DE INTERÉS PÚBLICO

Estas servidumbres son:

- a) *El uso de las riberas para los menesteres de la pesca y de la navegación o flote a la sirga* (art. 839, incs. 2° y 3°).
- b) *Las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivos* (art. 839, inc. final).

Estas servidumbres se rigen por el Código de Aguas y por los reglamentos y ordenanzas respectivas.

387. S

R

H

d

E

tr

m

Di

tic

Ag

aé

388. LA

a)

- c) *Naturaleza jurídica de estas instituciones.* La verdad es que no son servidumbres ya que no hay predio dominante. Se establecen en favor de personas.

Los dueños de las riberas deben dejar espacios libres para la navegación o flote a la sirga. También deben dejarlo para que los navegantes saquen sus embarcaciones, las carenen, saquen las velas, las sequen, etc.

387. SERVIDUMBRES LEGALES RELATIVAS A LA UTILIDAD DE LOS PARTICULARES O DE INTERÉS PRIVADO

Hay servidumbres de utilidad de los particulares que son determinadas por las ordenanzas de policía rural.

En el código se mencionan y tratan las de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista. La de acueducto, actualmente, está tratada en el Código de Aguas.

Diversas leyes han establecido servidumbres en interés de los particulares. Por ejemplo, relativas a fuerza motriz en el Código de Aguas; en beneficio de los servicios eléctricos; para la navegación aérea, etc.

388. LA DEMARCACIÓN

- a) *Concepto de demarcación.*

Es un conjunto de operaciones que tiene por objeto fijar los límites o la línea de separación de dos predios colindantes de distinto dueño, y señalarla por medio de signos materiales (art. 842).

Comprende un aspecto jurídico cual es establecer la línea de separación entre los dos predios, y un aspecto material que consiste en fijar hitos u otros signos materiales sobre la línea de demarcación.

b) Naturaleza jurídica de la demarcación.

La verdad es que la demarcación no es servidumbre ya que no es en beneficio de un predio gravándose otro predio. Es en beneficio y con gravamen para ambos predios. (124)

Es el ejercicio de una facultad del dominio.

La acción para pedir la demarcación es real pues no se ejerce respecto de persona determinada y la sentencia que se dicte es *declarativa* de derechos preexistentes.

c) La acción de demarcación y la acción reivindicatoria.

Ambas acciones tienen objetos distintos. En la primera se trata de que se señalen los límites de los predios. En la segunda se trata de recuperar la posesión.

Si se pide que se restituya, en forma indeterminada los terrenos que estén dentro de los linderos del predio que se pretende demarcar, hay acción de demarcación.

Si se pide la posesión de terrenos determinados que otro posee y que están dentro de los linderos del que los pide, hay reivindicación. En todo caso, no es fácil, a veces, distinguir entre una y otra acción. (125)

d) Requisitos para que proceda la demarcación.

1º Debe haber dos predios colindantes;

2º Deben ser de distinto dueño.

e) Predios respecto de los cuales procede la demarcación.

La demarcación procede tanto respecto de los predios urbanos como de los rústicos.

(124) C. S., R., T. 52, sec. 1ª, pág. 36.

(125) C. S., R., T. 43, sec. 1ª, pág. 535; T. 32, sec. 1ª, pág. 183; T. 50, sec. 1ª, pág. 491.

f) *¿Quién puede intentar la acción de demarcación?*

- 1° El dueño de cualquiera de los predios colindantes;
- 2° El poseedor, quien, de acuerdo al art. 700 es reputado dueño;
- 3° Cualquiera de los comuneros de un predio, sin necesidad del consentimiento de los otros comuneros. Se trata de una acción que tiene por objeto conservar la cosa (art. 2081 N° 3). (126)

g) *Contra quienes se dirige la acción de demarcación.*

- 1° Contra los dueños de los predios colindantes con el del demandante;
- 2° Contra los poseedores de esos predios;
- 3° Contra todos los comuneros de los predios colindantes, ya que todos ellos pueden ser perjudicados;
- 4° Si el demandante quiere hacer oponible la sentencia y la demarcación a todas las personas que tengan derechos sobre un predio, a todas ellas debe demandar. Por consiguiente, deberá demandar al nudo propietario y al usufructuario o usuario del predio colindante.

h) *La acción de demarcación no prescribe.*

Sabemos que la demarcación no es una servidumbre ni es una acción personal.

Es una consecuencia del dominio y, como éste, no se pierde por el no uso.

No ejercerla es simplemente la omisión de un acto de mera facultad, que no sirve de fundamento a la prescripción (art. 2499).

Sin embargo, si el demandado ha estado poseyendo las porciones de tierra en que se tiene la duda si pertenecen a uno u otro predio, y son determinadas, puede haberlas ganado por prescripción.

i) Demarcación hecha de común acuerdo por los propietarios colindantes.

Naturalmente que la demarcación puede hacerse mediante una convención.

Podría hacerse, también, en forma tácita, por ejemplo, por el mantenimiento de cercas vivas medianeras. Puede anularse como todo acto jurídico.

Como se trata de reconocer derechos preexistentes, no se requiere de autorizaciones especiales para hacerla. Por ejemplo, el curador no requiere de autorización judicial; el hijo de familia no requiere de dicha autorización para hacer la demarcación en un inmueble de su peculio profesional, etc.

j) Gastos de la demarcación.

La demarcación se hace a expensas comunes (art. 842).

k) Irrevocabilidad de la demarcación. Remoción de los hitos.

Hecha la demarcación los propietarios colindantes deben respetar los hitos y señales que se hayan puesto en la línea divisoria.

Si los hitos son removidos por caso fortuito, deben reponerse a expensas comunes.

Si uno o más hitos son removidos o destruidos intencionalmente por uno de los dueños de los predios vecinos o por un tercero, el perjudicado puede pedir que se reponga a expensas del que lo removió y que le indemnice los daños; sin perjuicio de las sanciones penales (arts. 843 del Código Civil y 462 del Código Penal).

Además, el poseedor del predio en que fueron removidos los hitos tiene las acciones posesorias que correspondan.

389. EL CERRAMIENTO*a) Concepto.*

Tiene dos acepciones, una como la llamada servidumbre de cerramiento y la otra como la obra material que separa los predios.

En el primer sentido podemos decir que es la facultad de todo propietario de cerrar y cercar su predio, y de hacer que contribuyan a esta operación los dueños de los predios colindantes (arts. 844 y 846).

La demarcación puede ser una operación previa al cerramiento.

En el segundo sentido, el cerramiento puede consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas (art. 844, inc. final).

b) Dominio de las cercas

1º Si el dueño de un predio hace el cerramiento en su propio terreno y a sus expensas, el cerramiento le pertenece exclusivamente. En este caso el cerramiento es privativo.

El propietario del predio colindante no tiene ningún derecho a la pared, foso o cerca. Por consiguiente, no puede servirse del cerramiento, salvo que haya adquirido este derecho por prescripción de cinco años contados como para la adquisición del dominio o por un título después de efectuado el cerramiento (art. 845);

2º Si el cerramiento se hace a expensas comunes, la cerca o pared, también, será común. En este caso, el cerramiento será medianero (art. 846).

c) ¿Cómo se hace el cerramiento común?

Como lo acuerden los interesados. Si no hay acuerdo, el juez decide el modo y forma de la concurrencia, en procedimiento sumario, de manera que no imponga a ningún propietario un gravamen ruinoso (art. 846, inc. 2º).

d) *Naturaleza jurídica del cerramiento.*

No es servidumbre porque no hay ni predio sirviente ni predio dominante. Se trata de una obligación legal que se impone por la vecindad de los predios. Es un gravamen real que se impone al dueño de un predio. Es el ejercicio de una facultad del dominio.

e) *Imprescriptibilidad de las obligaciones que impone el cerramiento.*

Como ejercicio de una facultad del dominio no prescribe por el no uso (art. 2499).

390. LA MEDIANERÍA

a) *Concepto.*

Es la consecuencia que resulta de ser medianero un cerramiento y que da ciertos derechos e impone ciertas obligaciones (art. 851).

b) *Naturaleza jurídica de la medianería.*

- 1º Para algunos, tal como lo expresa el código, es una servidumbre legal (art. 851); (127)
- 2º Otros piensan que, como no hay predio sirviente ni predio dominante, es una relación de vecindad;
- 3º Por último, hay autores que creen que es una copropiedad accesoria y forzada.

Se trataría de una comunidad que no admite división. La ley habla de "condueños" en los arts. 855 y 857. El art. 858 expresa que cualquiera de los que tengan derecho de propiedad en el cerramiento podrá exonerarse de las expensas de construcción, conservación y reparación, abandonando su derecho de medianería.

(127) C. S., R., T. 40, sec. 1º, pág. 544.

Luego, se trataría de una comunidad forzada, que no admite partición sino sólo abandono del derecho de los comuneros, y sólo cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio del que pretende abandonar el derecho de medianería.

c) Casos en que existe medianería.

- 1° Cuando el cerramiento se hace en la línea divisoria de los dos predios, es decir en terreno de ambos propietarios y a expensas comunes;
- 2° Cuando el cerramiento divisorio se hace en terreno de uno de sus propietarios y a sus expensas, y el otro la hace medianera en todo o parte, pagando al primero la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento, y la mitad del valor actual de la porción de cerramiento cuya medianería pretende (art. 854).

El dueño de uno de los predios colindantes no puede, sin el consentimiento del otro hacer un cerramiento que ocupe terreno de éste, pero puede obligarlo a que concorra a la construcción y reparación de la cerca medianera (art. 846, inc. 1°). El Juez en este caso reglará el monto y forma de la concurrencia. Determinará, naturalmente, el terreno de los propietarios colindantes que ocupará el cerramiento (art. 846, inc. 2°).

d) ¿Cómo puede adquirirse la medianería?

La medianería, como toda propiedad, puede adquirirse por modos originarios y derivativos.

Son originarios la construcción a expensas comunes y la prescripción.

Son derivativos la tradición y la sucesión por causa de muerte.

- 1° *Construcción del cerramiento a expensas comunes.* Esta es la forma más corriente para hacer nacer la medianería. Puede construirse el cerramiento por común acuerdo de los dueños

de los predios colindantes, o puede exigirse por uno de los propietarios (art. 846, inc. 1°).

- 2° *La prescripción.* De acuerdo con lo dispuesto en el art. 882 se puede ganar la medianería por prescripción de cinco años.

El código considera a la medianería como una servidumbre, y es continua y aparente.

En este caso lo que se adquiere no es la propiedad del cerramiento sino la copropiedad, y para ello se requieren actos de copropietario que demuestren posesión. Por ejemplo, la utilización de una muralla ajena para hacerla soportar una construcción.

- 3° *La tradición.* Puede tener como antecedente un acto voluntario, por ejemplo, una compraventa o una donación. Puede, también, tener su origen en un acto forzado, de acuerdo al art. 854.

Creemos que si se trata de un acto voluntario se necesita escritura pública en que el tradente exprese su voluntad de constituir la medianería y el adquirente aceptarla (art. 695).

En el caso del art. 854 pensamos que el cerramiento se hace divisorio por el hecho de pagarse la mitad del valor del terreno en que se halla y la mitad de la parte que se pretende hacer medianera.

Hay autores que creen que el art. 854 contempla un caso de expropiación que se funda en el interés general de evitar pérdidas de terreno, materiales y obra de mano si el vecino tuviera que hacer otra pared en su terreno. Sin embargo, no se trata de una causa de utilidad pública que justifique una expropiación.

Otros creen que se trata de una venta forzada por ley. Repugna a la naturaleza de un contrato el ser forzado por ley.

Estimamos que no siempre se pueden explicar las instituciones jurídicas mediante otras, y creemos, como ya lo dijimos,

que el caso del art. 854 es de naturaleza particular, distinto a la expropiación y a la compraventa.

4° *La sucesión por causa de muerte.* Tendrá lugar cuando el dueño del cerramiento lega parte de él al propietario colindante.

e) Presunciones en relación con la medianería:

1° Si por alguna señal aparece que los dueños colindantes han hecho el cerramiento de acuerdo y a expensas comunes, existe medianería (art. 852). Por ejemplo, si edificios vecinos se apoyan en la misma muralla;

2° Toda pared de separación entre dos edificios se presume medianera, pero sólo en la parte en que fuere común a los edificios mismos, es decir, en la parte en que se sostienen los dos edificios (art. 853, inc. 1°);

3° Se presume medianero todo cerramiento entre corrales, jardines y campos, cuando cada una de las superficies contiguas esté cerrada por todos los lados (art. 853, inc. 2ª parte primera);

4° Si una sola de las superficies a que se refiere la letra anterior está cerrada por todos los lados, se presume que el cerramiento le pertenece exclusivamente (art. 853, inc. 2ª parte final).

f) Derechos de los condueños de la pared medianera.

1° *Derecho a edificar sobre la pared medianera.* Cualquiera de los dos condueños que quiera servirse de la pared medianera para edificar sobre ella, o hacerla sostener el peso de una construcción nueva, debe primero *solicitar el consentimiento* de su vecino, y si éste se lo rehúsa, provocará un juicio práctico en que se dicten las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino (art. 855, inc. 1°).

Juicio práctico, en este caso, es el juicio sumario al que se le agrega el informe de peritos (art. 410 del Código de Procedimiento Civil y art. 680 N° 2 del mismo código).

- 2° *Derecho a recortar los maderos del vecino.* En circunstancias ordinarias se entenderá que cualquiera de los condueños de una pared medianera puede edificar sobre ella, introduciendo maderos hasta la distancia de un decímetro de la superficie opuesta; y que si el vecino quisiere por su parte introducir maderos en el mismo paraje o hacer una chimenea, tendrá el derecho de recortar los maderos de su vecino hasta el medio de la pared, sin dislocarlos (art. 855, inc. 2°).
- 3° *Derecho de elevar la pared medianera.* Cualquiera de los condueños tiene el derecho de elevar la pared medianera, en cuanto lo permitan las ordenanzas generales o locales. Es decir, para estos efectos debe estarse, en primer lugar, a lo que dispongan las ordenanzas generales de construcción y las ordenanzas locales.

Además, el que quiera elevar la pared debe sujetarse a las reglas que da el Código Civil en el art. 857 y que son:

- 1° La nueva obra será enteramente a su costa;
- 2° Pagará al vecino, a título de indemnización por el aumento de peso que va a cargar sobre la pared medianera, la sexta parte de lo que valga la obra nueva;
- 3° Pagará la misma indemnización todas las veces que se trate de reconstruir la pared medianera;
- 4° Será obligado a elevar a su costa las chimeneas del vecino situadas en la pared medianera;
- 5° Si la pared medianera no es bastante sólida para soportar el aumento de peso, la reconstruirá a su costa, indemnizando al vecino por la remoción y reposición de todo lo que por el lado de éste cargaba sobre la pared o estaba pegado a ella;
- 6° Si reconstruyendo la pared medianera, fuere necesario aumentar su espesor, se tomará este aumento sobre el terreno del que construya la obra nueva;

391. M

a)

b)

7° El vecino podrá en todo tiempo adquirir la medianería de la parte nuevamente elevada, pagando la mitad del costo total de ésta, y el valor de la mitad del terreno sobre que se haya extendido la pared medianera, según la regla anterior.

g) Abandono del derecho de medianería.

Como ya lo hemos visto, las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento serán a cargo de todos los que tengan derecho de propiedad en él, a prorrata de los respectivos derechos (art. 858, inc. 1°).

Este inciso es una aplicación de las reglas generales sobre gastos de la comunidad (art. 2309).

Sin embargo, el inc. 2° del art. 858 dice que cualquiera de los condueños podrá exonerarse de esos gastos abandonando su derecho de medianería, pero sólo cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio de su pertenencia.

h) Árboles medianeros.

Son los que están en la línea divisoria de dos predios, haya o no cerca medianera (art. 859, inc. 1°).

Cualquiera de los dos condueños puede exigir que se derriben dichos árboles, probando que de algún modo le dañan; y si por accidente se destruyen, no se repondrán sin su consentimiento (art. 859, inc. 2°).

391. MEDIDAS PARA PROTEGER LAS CONSTRUCCIONES

- a) El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua, o materias húmedas que puedan dañarlas (art. 941, inc. 1°);
- b) Tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros (art. 941, inc. 2°);

- c) Si los árboles fueren de aquellos que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañen a los edificios vecinos; el máximo de la distancia señalada por el juez será de cinco metros (art. 941, inc. 3º);
- d) Los derechos concedidos en las letras anteriores subsistirán respecto de los árboles, flores u hortalizas plantadas, a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes (art. 941, inc. final).

Si un árbol extiende sus ramas sobre el suelo ajeno, o penetra en él con sus raíces, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas, y cortar el mismo las raíces.

Lo cual se entiende aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida (art. 942);

- e) Si se trata de pozos, letrinas, caballerizas, chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las ordenanzas generales o locales, sea medianera o no la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que pueda dañar a la solidez, seguridad y salubridad de los edificios (art. 856).

392. SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO

a) *Concepto.*

Es el derecho que tiene el dueño de un predio que se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, para exigir paso por alguno de éstos, cuando fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando la indemnización correspondiente (art. 847).

b) *Características de la servidumbre de tránsito:*

- 1º *Es discontinua* pues para ejercerse se necesita de un hecho actual del hombre;

2º *Es positiva* porque el dueño del predio sirviente debe dejar hacer algo al dueño del predio dominante;

3º *Es aparente o inaparente*, según existan o no señales externas para su ejercicio. Corrientemente será aparente.

c) *¿Cómo puede adquirirse la servidumbre de tránsito?*

Como es una servidumbre discontinua, sólo puede adquirirse por un título (art. 882).

d) *Requisitos para que proceda la servidumbre de tránsito:*

1º El predio dominante debe estar destituido de toda comunicación con el camino público. En consecuencia, si tiene comunicación con el camino público, aunque sea distante, no tiene derecho a la servidumbre.

Con todo, la jurisprudencia ha dicho que si esa comunicación es demasiado onerosa en relación con el valor del predio, habrá lugar a la servidumbre; (128)

2º La servidumbre debe ser *indispensable* para el uso y beneficio del predio;

3º El dueño del predio dominante debe pagar el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarcir todo otro perjuicio al dueño del predio sirviente (art. 847).

e) *Cuantía de la indemnización.*

Si las partes no se convienen en ella, se reglará por peritos, tanto el importe de la indemnización, como el ejercicio de la servidumbre (art. 848). Esto significa que se oye el informe de peritos en el proceso sumario (arts. 410 y 680 N° 2 del Código de Procedimiento Civil).

(128) C. S., R., T. 43, sec. 1º, pág. 17.

- f) *Derecho del dueño del predio sirviente para pedir que se le exonere de la servidumbre de tránsito.*

Si concedida legalmente la servidumbre de tránsito, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le den un cómodo acceso al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre.

Pero debe *restituir* lo que, al establecerse la servidumbre, se le hubiere pagado por el valor del terreno (art. 849).

- g) *Parte de un predio que se divide de otro y queda sin comunicación con el camino público.*

Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que lo poseían proindiviso, y en consecuencia esa parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna (art. 850).

393. SERVIDUMBRES DE LUZ Y VISTA

- a) *Concepto y naturaleza jurídica.*

Pensamos que las llamadas servidumbres de luz y de vista no son verdaderas servidumbres. En los arts. 873 a 878 el código da una serie de normas sobre cómo y dónde pueden abrirse ventanas o troneras y tener balcones, miradores o azoteas. Estas normas constituyen más bien limitaciones al derecho de propiedad.

En todo caso, lo que se pretende con las mencionadas "servidumbres" es dar luz a un espacio cualquiera cerrado y techado, y no dar vista sobre el predio vecino, esté cerrado o no (art. 873).

- b) *¿Dónde y cómo pueden abrirse ventanas o troneras?*

1° Si la pared, que puede ser de un edificio, está a tres o más metros de distancia de la línea divisoria de los dos predios, su

dueño puede abrir en ella ventanas y troneras en el número y de las dimensiones que quiera (arts. 874, inc. 2º y 878, inc. 1º).

2º Si la pared está a menos distancia que la de tres metros del predio vecino, o es divisoria privativa, su dueño puede abrir ventanas y troneras pero observando las reglas siguientes:

- La ventana estará guarnecida de rejas de hierro, y de una red de alambre, cuyas mallas tengan tres centímetros de abertura o menos;
- La parte inferior de la ventana distará del suelo de la vivienda a que da luz, tres metros a lo menos (arts. 874, inc. 2º y 875).

Lo dicho no se opone al derecho del vecino para levantar una pared que quite la luz al que abrió la ventana o tronera (art. 876).

Para determinar si una pared está a más o menos de tres metros de la línea divisoria, la distancia se medirá entre el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos planos paralelos (art. 878, inc. 2º).

No siendo paralelos los dos planos, se aplicará la misma medida a la menor distancia entre ellos (art. 878, inc. 3º).

3º Si la pared es medianera no se puede abrir ventana o tronera de ninguna clase, sin consentimiento del condueño (art. 874, inc. 1º).

4º Si la pared no es medianera sino en una parte de su altura, el dueño de la parte no medianera puede abrir ventanas y troneras, en esa parte, en el número y de las dimensiones que quiera (art. 874, inc. final e inc. 2º).

5º Si la pared divisoria que es privativa llega a ser medianera, cesa la servidumbre legal de luz, y sólo tiene cabida la volun-

taria, determinada por mutuo consentimiento de ambos dueños (art. 877).

c) *Balcones, miradores y azoteas.*

Si dan vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no, no se pueden tener a menos que intervenga una distancia de tres metros. Esa distancia se mide en la forma que indicamos en la letra b) del número anterior, es decir, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del art. 878.

d) *Características de las servidumbres de luz y vista en el caso de considerarse servidumbres.*

Si la luz y la vista se consideran servidumbres, estimamos que el predio dominante es el que tiene derecho a impedir que se abran las ventanas sin cumplir con los requisitos ordenados por la ley o a que se tengan balcones, miradores o azoteas que den vista al predio vecino sobre las habitaciones, patios o corrales del predio que puede oponerse a ello.

En este caso, las características de las servidumbres de vista y de luz son:

- 1º *Son negativas* pues imponen al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo;
- 2º *Son aparentes* porque se conocen por una señal exterior;
- 3º *Son continuas* porque se ejercen sin necesidad de un hecho actual del hombre.

394. SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO

a) *Concepto.*

Es a la que está sujeta toda heredad en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya me-

nester para el servicio doméstico de los habitantes, o en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas.

Esta servidumbre consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente a expensas del interesado.

La servidumbre de acueducto está sujeta a las reglas que prescribe el Código de Aguas (art. 861).

b) Servidumbres de drenaje y de desagüe.

El código dice que las reglas establecidas en el Código de Aguas para la servidumbre de acueducto se extienden a los acueductos que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales por medio de zanjas y canales de desagüe (art. 870).

c) Reglas por las que se rigen las servidumbres de acueducto, de drenaje y de desagüe.

Tal como lo hemos dicho, estas servidumbres se rigen por el Código de Aguas.

No las estudiaremos por ser materia de otro ramo.

d) Aguas lluvias.

No hay servidumbre legal de aguas lluvias. Los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio a que pertenecen, o sobre la calle o camino público o vecinal, y no sobre otro predio, sino con voluntad de su dueño (art. 879).

Puede haber servidumbre voluntaria de aguas lluvias y la Corte ha declarado que puede ganarse por prescripción ya que es aparente (los techos) y se ejerce sin necesidad de un hecho actual del hombre. (129)

(129) C. S., R., T. 29, sec. 1ª, pág. 605.

395. SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS

a) *Concepto.*

Son las constituidas por un hecho del hombre (art. 831).

Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de su dueño, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes (art. 880, inc. 1º). Es una simple aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

Las servidumbres voluntarias son innumerables, habrá servidumbre voluntaria cada vez que el dueño de un predio lo grave en beneficio de otro predio de distinto dueño.

Las servidumbres que no se pudieren imponer como legales por faltarles algún requisito, pueden establecerse como voluntarias. Por ejemplo, se puede establecer una servidumbre de tránsito, aunque el predio dominante no esté destituido de toda comunicación con el camino público, mediante una convención entre las partes.

b) *Formas en que se constituyen las servidumbres voluntarias.*

El código establece cuatro modos para constituir servidumbres voluntarias: el título, la destinación del padre de familia, la prescripción y la sentencia del juez.

396. ADQUISICIÓN DE LA SERVIDUMBRE VOLUNTARIA POR SENTENCIA DEL JUEZ.

El art 880, inc. 2º dice que las servidumbres voluntarias pueden también adquirirse por sentencia de juez en los casos previstos por las leyes.

El único caso de servidumbre establecida por sentencia de juez es el que contempla el art. 1337 Nº 5 que dice que en la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce.

Cuando una servidumbre se constituye por sentencia del juez deja de ser voluntaria. Sin embargo, no encontramos tan erróneo el caso que señala el inciso 2º del art. 880 si tenemos presente que el partidor debe sujetarse, en primer lugar al acuerdo de los interesados (art. 1334).

397. ADQUISICIÓN DE LA SERVIDUMBRE VOLUNTARIA POR UN TÍTULO

El título, esto es el acto jurídico, en que se pueden constituir servidumbres son el testamento y el contrato.

a) *¿Qué servidumbres pueden constituirse por un título?*

Todas, sean continuas o discontinuas, aparentes o inaparentes (art. 882, inc. 1º).

b) *Capacidad para constituir servidumbre por título.*

Para constituir servidumbre por título es necesario tener capacidad de ejercicio ya que se trata de un acto de disposición.

Los representantes legales de los incapaces necesitan autorización judicial (arts. 393 y 255).

Los comuneros deben obrar de consuno para constituir una servidumbre. Si uno solo la constituye, no subsiste la servidumbre a menos que se le adjudique el predio sirviente (art. 718).

El usufructuario sólo puede constituir servidumbres que duren tanto como su derecho de usufructo. El usufructuario no puede gravar de la cosa fructuaria. Si lo hace, ese gravamen es inoponible al nudo propietario.

El nudo propietario tampoco puede constituirlos sin consentimiento del usufructuario (art. 779).

El propietario fiduciario para hacer oponibles al fideicomisario las servidumbres que constituya debe hacerlo con autorización judicial y con audiencia del fideicomisario o de las personas que se mencionan en el art. 761 (art. 757).

c) *Requisitos de forma del título en que se constituye una servidumbre.*

Si se vende o dona una servidumbre, la venta y la donación requieren escritura pública (arts. 1801 y 1400).

Si el título no requiere escritura pública, la ley no la exige para la servidumbre. Por ejemplo, si se aporta una servidumbre a una sociedad civil colectiva.

Si se otorga por testamento sólo necesita cumplir con los requisitos de éste.

El título constitutivo de la servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente (art. 883, inc. 1°).

Este reconocimiento puede hacerse en un documento escrito, que no es necesario que sea una escritura pública, o mediante una confesión judicial. (130)

Recordemos que la tradición de las servidumbres se hace mediante escritura pública (art. 698).

398. LA DESTINACIÓN DEL PADRE DE FAMILIA

a) *Concepto.*

Tiene lugar si el dueño de un predio establece un servicio *continuo y aparente* a favor de otro predio que también le pertenece, y enajena después uno de ellos, o pasan a ser de diversos dueños por partición, subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios, a menos que en el título constitutivo de la enajenación o de la partición se haya establecido expresamente otra cosa (art. 881).

(130) C. Concepción, 28 julio 1905, G. 1905, T. I, N° 418, pág. 654.

(131) Demoloni
ob. cit., pá

Antes de la enajenación de uno de los predios o de la partición, el servicio no es servidumbre porque ésta debe ser en beneficio de otro predio de distinto dueño. Sólo es un "servicio".

b) Requisitos para que se constituya una servidumbre voluntaria por destinación del padre de familia.

1º Que los dos fundos actualmente separados hayan pertenecido al mismo dueño (art. 881).

También puede tratarse de dos partes del mismo predio que se separan por venta o partición.

2º Que el servicio lo haya establecido el dueño de ambos predios. No lo puede establecer el titular de otro derecho sobre los predios.

La ley acepta como destinación del padre de familia el que resulta cuando existen dos predios de distinto dueño y uno de ellos está gravado con servidumbre en favor del otro y después pasan ambos a pertenecer al mismo dueño, vendiéndose uno de ellos o partiéndose ambos con posterioridad (art. 885 N° 3).

3º Que el servicio sea continuo y aparente.

4º Que los dos predios o las dos partes del predio en que está establecido el servicio pasen a ser de distinto dueño, sea por partición, sea por enajenación de uno de ellos.

Nos parece discutible que se constituya la servidumbre si el dueño enajena ambos predios.

Hay autores que creen que la destinación del padre de familia también opera cuando el dueño de los predios pierde uno de ellos porque otra persona lo ganó por prescripción adquisitiva. (131)

5º Que no se haya establecido expresamente otra cosa.

(131) Demolombe, Baudry Lacantinerie et Chauveau, y Dekkers, citados por Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 756.

399. LA PRESCRIPCIÓN

Sólo pueden ganarse por prescripción adquisitiva las servidumbres continuas y aparentes (art. 882, inc. 2°).

El plazo para ganarlas es de cinco años, y las normas por las que se rige la prescripción de las servidumbres son las mismas que rigen la prescripción del dominio (arts. 2512 y 882).

El plazo de cinco años se aplica tanto a la posesión regular como a la irregular, y se cuenta desde que se terminan las obras por las que se ejercerá la servidumbre.

Tratándose de posesión regular, la prescripción ordinaria se suspende de acuerdo al art. 2509 (art. 886).

De acuerdo al art. 886 recién citado, si la prescripción se suspende en favor de uno de los comuneros del predio sirviente, se suspende en favor de todos, por ser indivisibles las servidumbres.

400. ¿CÓMO SE DETERMINAN LA EXTENSIÓN Y FORMA DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS DUEÑOS DE LOS PREDIOS DOMINANTE Y SIRVIENTE EN LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS?

La extensión y forma de esos derechos y obligaciones se determinan por el título que sirvió para constituir las, o por la posesión si la servidumbre se adquirió por prescripción, o por la forma y extensión que dio el padre de familia al servicio que estableció entre sus predios (art. 884).

401. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA POR LA PRESCRIPCIÓN DE UN MODO PARTICULAR DE EJERCER LA SERVIDUMBRE

Dice el art. 888 que se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma.

El modo particular de ejercer una servidumbre es la manera en que ha sido usado el derecho, es decir, poseído. Por ejemplo, si el dueño

402. EXTENSIÓN

a) C

El

1°

2°

3°

4°

5°

6°

del predio dominante puede pasar a pie o a caballo por el predio sirviente y siempre pasa a pie, ese es el modo particular en que ejerce la servidumbre.

El modo particular de ejercer una servidumbre puede ganarse en cinco años aun tratándose de servidumbres discontinuas o inaparentes, porque una cosa es su constitución y otra el modo particular de ejercerlas, y el art. 888 no distingue respecto de qué servidumbres se aplica. Lógicamente que para ganar por prescripción un modo particular de ejercer una servidumbre discontinua o inaparente, la servidumbre misma debe haberse constituido por un título (art. 882, inc. 1º).

El modo particular de ejercer una servidumbre puede perderse en tres años (arts. 888 y 885 N° 5). La forma en que se cuenta el plazo de tres años la estudiaremos al analizar la extinción de las servidumbres.

402. EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

a) *Causales de extinción de las servidumbres.*

El código señala las siguientes:

- 1º Por la resolución del derecho del que las ha constituido;
- 2º Por la llegada del día o de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos;
- 3º Por la confusión;
- 4º Por la renuncia del dueño del predio dominante;
- 5º Por haberse dejado de gozar durante tres años, esto es, por el no uso por tres años;
- 6º Por hallarse las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas (arts. 885 y 887).

403. LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSTITUYENTE

Se produciría esta forma de extinción, por ejemplo, si el que constituyó la servidumbre era dueño del predio sirviente bajo condición resolutoria y se cumple la condición. Pero es necesario que la condición conste en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública (art. 1491).

Esta forma de extinción sólo tiene lugar en las servidumbres voluntarias.

404. LA LLEGADA DEL DÍA O EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

Se aplican las reglas generales sobre plazo y condición.

Esta forma de extinción, también sólo se aplica a las servidumbres voluntarias.

405. LA CONFUSIÓN

a) *Concepto.*

Es la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño (art. 885 N° 3, inc. 1°).

b) *Requisitos de la confusión:*

1° La reunión de ambos predios debe ser en su totalidad. Si el dueño del predio sirviente, por ejemplo, adquiere parte del predio dominante, subsiste la servidumbre en favor de la parte de éste que no adquirió;

2° La reunión de los predios debe ser en manos de *un* mismo dueño. Por ejemplo, si el predio dominante pertenece a una comunidad y uno de los comuneros adquiere para sí el predio sirviente, subsiste la servidumbre en favor de los demás comuneros en el predio dominante.

Lo mismo sucede con la sociedad conyugal. En este caso, sólo se produce la confusión cuando uno de los cónyuges pasa a ser dueño de ambos predios (art. 885 N° 3, inc. 2°);

406 LA R

Com
despi

407. EL N

Esto

El no
bre, q
Esto s
utilida
la ser

3º La reunión de ambos predios debe ser perfecta e irrevocable.

Si se anula el acto por el que se adquirió uno de los predios, quiere decir que nunca se extinguió la servidumbre. Lo mismo sucede con la resolución o con la evicción.

c) *¿Cuándo revive la servidumbre en el caso de la confusión?*

Si se produce la confusión y se extingue la servidumbre, en general, no revive aunque se separen posteriormente los predios.

Con todo, si el dueño del predio sirviente o el del dominante adquieren el otro predio y dejan subsistente la servidumbre en carácter de servicio y después se separa el dominio de los predios, revive la servidumbre (art. 885 N° 3, inc. 2º).

En este caso la ley considera que el hecho de dejar subsistente la servidumbre como servicio es una destinación del padre de familia.

Naturalmente que esta forma de revivir la servidumbre sólo se aplica a las continuas y aparentes, que son las únicas que admiten la destinación del padre de familia.

406 LA RENUNCIA DEL DUEÑO DEL PREDIO DOMINANTE

Como toda renuncia, puede ser expresa o tácita. Es tácita cuando se desprende de hechos inequívocos.

407. EL NO USO

Esto es, por haberse dejado de gozar por tres años.

El no uso por tres años es una prescripción extintiva de la servidumbre, que es el único derecho real que se extingue por la prescripción. Esto se justifica ya que lo que hace aceptables las servidumbres es la utilidad que reportan al predio dominante. Si el dueño de éste no usa la servidumbre, quiere decir que no la necesita.

Se pierden por prescripción extintiva todas las servidumbres, sean continuas o discontinuas, sean aparentes o inaparentes.

El plazo de prescripción se cuenta en las servidumbres discontinuas desde que han dejado de gozarse. Es decir, desde el último hecho de ejercicio de la servidumbre.

En las servidumbres continuas, que no requieren de un hecho actual del hombre, el plazo de prescripción se cuenta desde que se haya ejecutado un acto (hecho) contrario a la servidumbre, es decir, que impida su ejercicio. Por ejemplo, si se trata de una servidumbre de acueducto, desde que se destruye el acueducto. Es indiferente que el hecho contrario a la servidumbre sea ejecutado por el dueño del predio sirviente o por un tercero, o que provenga de la naturaleza (art. 885 N° 5, inc. 2°).

Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos *interrumpe* la prescripción respecto de todos. Ello es lógico porque el goce de la servidumbre se fundamenta en el beneficio del predio dominante (art. 886 parte primera). Además, se trata de la aplicación de las reglas generales sobre interrupción de la prescripción (art. 2504).

La suspensión de la prescripción en favor de alguna de las personas a que se refieren los arts. 2518 y 2509 beneficia a todos los condueños del predio dominante, aunque no sean de las personas que señalan las referidas disposiciones (art. 886 parte final).

408. IMPOSIBILIDAD DE EJERCER LA SERVIDUMBRE POR EL ESTADO EN QUE SE ENCUENTRAN LAS COSAS

En este caso, si deja de existir la imposibilidad para ejercer la servidumbre, ésta revive con tal que ello suceda antes de haber transcurrido tres años (art. 887). Por ejemplo, si se trata de una servidumbre de tránsito y el predio sirviente se inunda, y la inundación dura menos de tres años.

Si la imposibilidad para ejercer la servidumbre es definitiva, se extingue la servidumbre. Si la imposibilidad es temporal, sólo cesa el ejercicio de la servidumbre.

409. CON...

La re
cosa:
sea co

Es un
la cua
que la

410. REQU...

a) Qu

b) Qu

c) Qu

411. PRIME...

TA LA A

Es indi
reivindi

(132) C. S., R., T

CAPÍTULO XVI

ACCIÓN REIVINDICATORIA O DE DOMINIO

409. 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).

Es una acción real, que emana del derecho de dominio, en virtud de la cual el dueño reclama la cosa que le pertenece contra cualquiera que la posea (art. 577).

410. REQUISITOS PARA QUE SE PUEDA REIVINDICAR

- a) Que el que intenta la acción sea dueño de la cosa que reivindica;
- b) Que no tenga la posesión de la cosa;
- c) Que se trate de una cosa singular. (132)

411. PRIMER REQUISITO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. QUE EL QUE INTENTA LA ACCIÓN SEA DUEÑO DE LA COSA QUE REIVINDICA

Es indiferente la naturaleza del dominio del que intenta la acción reivindicatoria.

(132) C. S., R., T. 67, sec. 1ª, pág. 398, cons. penúltimo, pág. 400.

Puede reivindicar tanto el propietario absoluto como el propietario fiduciario; el pleno propietario como el nudo propietario (art. 893). El copropietario puede reivindicar la cuota determinada proindiviso que le corresponda en una cosa singular (art. 892). Más adelante estudiaremos la prueba del dominio.

En consecuencia, el comprador de una cosa que aún no le ha sido entregada, no tiene acción reivindicatoria, por no tener el dominio que sólo adquiere una vez efectuada la tradición.

412. LA ACCIÓN PUBLICIANA

a) *Concepto.*

Es la acción que se concede, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción (art. 894, inc. 1°).

b) *Personas contra las que no procede la acción publiciana.*

Esta acción no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho que el que la intenta (art. 894, inc. 2°).

c) *Fundamentos de la acción publiciana.*

1° Por razones de equidad debe preferirse al que tiene una mejor posesión. Debe preferirse el poseedor regular de buena fe al poseedor irregular o al poseedor regular de mala fe. Por ejemplo, alguien vende una cosa ajena a un tercero que la adquiere de buena fe pero que después tiene conocimiento que el vendedor no era el dueño de la cosa; posteriormente otra persona hace lo mismo con otro y éste conserva su buena fe; si el primer comprador intenta la acción publiciana contra el segundo comprador debe perder su demanda pues el segundo comprador tiene una mejor posesión;

2° También es fundamento de la acción publiciana la presunción, que establece el inc. 2° del art. 700, de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo.

(133) Claro

(134) Digest
1, cita

d) *Requisitos de la acción publiciana.*

- 1º Que se haya perdido la posesión;
- 2º Que la posesión perdida sea regular;
- 3º Que el poseedor que perdió la posesión se hallara en el caso de poder ganar la cosa por prescripción.

e) *¿Cuándo se hallaba el poseedor en el caso de poder ganar la cosa por prescripción?*

Algunos piensan que el poseedor ha estado en esa situación cuando ha transcurrido íntegramente el plazo de prescripción sin que ésta se haya alegado. Creen que si el poseedor que no ha completado el plazo de prescripción pierde la posesión de la cosa, se produce la interrupción de la prescripción, y se pierde todo el plazo transcurrido.

Otros, y creemos que con razón, sostienen que el poseedor se halla en el caso de poder ganar la cosa por prescripción cuando aún no ha transcurrido íntegramente el plazo de prescripción. (133)

Las principales razones para pensar así son las siguientes:

- 1º Si se completó el plazo de prescripción no se trata de un poseedor que haya perdido la posesión sino del dueño. Nosotros pensamos que la prescripción opera de pleno derecho, sin necesidad de sentencia judicial;
- 2º La historia de la ley. Bello en el Proyecto de 1853 señaló que la fuente del art. 894 es el Derecho Romano y éste daba la acción publiciana al poseedor que no había consumado la prescripción; (134)

(133) Claro Solar, Luis, ob. cit., pág. 494.

(134) Digesto, libro IV, título 2 "De publiciana in rem actione", ley 1ª, párrafo I; ley 12, párrafo I, citado por Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 790.

3º El hecho de que el art. 894 diga que no puede hacerse valer contra el dueño ya que el que consumó la prescripción es el dueño de la cosa que no puede tener otro dueño.

f) *¿Puede el dueño que ha perdido la posesión intentar la acción publiciana en lugar de la reivindicatoria?*

Como la prueba del dominio puede ser muy difícil, el dueño de la cosa puede preferir intentar la acción publiciana a la reivindicatoria ya que la prueba de la posesión puede resultarle más fácil.

Aunque nosotros estimamos que en estricto derecho el dueño sólo puede intentar la acción reivindicatoria, hay jurisprudencia que permite al dueño intentar la acción publiciana; y es más, que declara que al intentar la acción reivindicatoria implícitamente se intenta la acción publiciana para el caso de que no se logre probar el dominio. (135)

413. SEGUNDO REQUISITO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. QUE EL QUE INTENTA LA ACCIÓN HAYA PERDIDO LA POSESIÓN DE LA COSA

El objeto de la acción reivindicatoria es, precisamente, la posesión.

La causa de pedir en la acción reivindicatoria es el dominio y el objeto pedido es la posesión que se ha perdido.

414. TERCER REQUISITO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. QUE SE TRATE DE UNA COSA SINGULAR

Como lo dice el art. 889 sólo pueden reivindicarse las cosas singulares.

Las universalidades jurídicas no pueden reivindicarse. Por eso la herencia está protegida por la acción de petición de herencia (arts. 891, inc. 2º y 1264).

(135) C. S., R., T. 47, sec. 1º, pág. 169, considerando 6º.

415. COSAS QUE PUEDEN REIVINDICARSE

- a) *Las cosas corporales* raíces o muebles (art. 890, inc. 1°);
- b) *Los derechos reales*, excepto el derecho de herencia por no ser singular (art. 891);
- c) Como en nuestro concepto los *derechos personales* son susceptibles de posesión y aun de prescripción, creemos que pueden reivindicarse;
- d) Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular (art. 892);
- e) *Los títulos valores o títulos de crédito*. Son títulos valores los documentos escritos que consignan un derecho cuyo ejercicio está subordinado a la presentación del título. Su objetivo es que tengan una fácil y amplia circulación. En ellos el derecho está incorporado al título y no puede ejercerse sin la presentación de éste. Se transfieren por la entrega del título. Son especies de títulos valores la letra de cambio, el cheque, el pagaré, las acciones de sociedades, etc.

Los títulos valores son cosas corporales muebles y singulares que pueden reivindicarse si se pueden identificar;

- f) Pueden reivindicarse los bienes muebles *fungibles* hayan sido o no consumidos por el poseedor. Si existen en su poder, por ejemplo, un número de sacos de trigo, nada se opone a la restitución de los mismos sacos de trigo; si el poseedor dispone de ellos, cumplirá la obligación de restituirlos, entregando otros tantos sacos de trigo de la misma especie y calidad.

416. REIVINDICACIÓN DE CUOTAS

Ya hemos visto que el copropietario puede reivindicar la cuota determinada proindiviso que le corresponde en una cosa singular.

Si la comunidad recae sobre una cosa singular la reivindicación de las cuotas no ofrece dificultad (art. 892).

El problema se presenta cuando se trata de reivindicar la cuota de un comunero sobre una cosa singular pero que integra una universalidad. Por ejemplo, si un heredero vende una cosa hereditaria, ¿pueden los otros herederos reivindicar su cuota sobre esa cosa?

Hay autores que creen que ello no es posible porque estiman que mientras no se haga la partición de la comunidad ningún heredero es dueño de cuota alguna en cada bien hereditario. (136)

En nuestro concepto los herederos son, en conjunto, dueños de todos los bienes hereditarios y, además, de cada bien en particular. Es decir, todos los herederos son comuneros en cada bien de la herencia.

En consecuencia, si un heredero enajena un bien hereditario, los otros podrán reivindicar su cuota en ese bien, en el que son comuneros.

La solución, contraria, deja, prácticamente, en la indefensión a los herederos cuando uno de ellos enajena una cosa de la herencia o cuando alguno de ellos no quiere o no puede intentar la acción reivindicatoria.

La jurisprudencia se ha inclinado por la primera doctrina. (137)

417. REIVINDICACIÓN DE COSAS MUEBLES COMPRADAS EN FERIAS, TIENDAS, ALMACENES U OTROS ESTABLECIMIENTOS INDUSTRIALES EN QUE SE VENDEN COSAS MUEBLES DE LA MISMA CLASE

Se acostumbra a enseñar que las cosas muebles que se compran en los establecimientos señalados no pueden reivindicarse.

La verdad es que dichas cosas pueden reivindicarse y no constituyen ninguna excepción al respecto.

Lo que es excepcional es la circunstancia de que el poseedor no es obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por

(136) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. 9, pág. 391.

(137) C. S., R., T. 16, sec. 1ª, pág. 365.

ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla (art. 890, incs. 2º y 3º).

Si la cosa comprada en alguno de los establecimientos señalados ha sido hurtada o robada, nos encontramos frente a otro problema.

El art. 115 del Código de Procedimiento Penal establece que las cosas hurtadas, robadas o estafadas deben entregarse al dueño en cualquier estado del juicio, una vez que resulte comprobado su dominio y sean valoradas en conformidad a la ley.

Frente a esta disposición hay quienes sostienen que dichas cosas deben ser entregadas a su dueño aunque éste no pague al poseedor lo que haya dado por ellas y lo que haya gastado en repararlas y mejorarlas, pues estiman que el art. 115 del Código de Procedimiento Penal modificó el art. 890 del Código Civil. (138)

Otros no ven contradicción entre ambas disposiciones, y creen que el poseedor debe entregar las cosas al dueño, previo pago de lo que haya dado por ellas y de lo que haya gastado en repararlas y mejorarlas.

Nosotros creemos que el poseedor debe entregar las cosas aunque no se le haga el pago a que se refiere el art. 894, pero que tiene derecho a exigir posteriormente ese pago del dueño.

418. CASOS EN QUE NO PROCEDE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

- a) Si alguien paga a otro una especie que no le debe y éste la enajena a título oneroso a un tercero. El que pagó lo que no debía no puede perseguir la especie poseída por el tercero si está de buena fe (art. 2303);
- b) Cuando se resuelve un contrato, es decir, cuando opera la condición resolutoria, no hay acción reivindicatoria contra terceros de buena fe en el caso de los muebles (art. 1490); ni en el de los

(138) R., T. 63, sec. 4º, pág. 349.

inmuebles cuando la condición no constaba en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública (art. 1491);

- c) En el caso de que una asignación por causa de muerte quede sin efecto por indignidad del asignatario no hay acción contra terceros de buena fe (art. 976).
 - En los casos señalados si el tercero está de mala fe, tiene lugar la acción reivindicatoria.

419. CONTRA QUIEN SE PUEDE REIVINDICAR

- a) *Contra el actual poseedor.* Como la acción reivindicatoria tiene por objeto recuperar la posesión, lo normal es que se dirija contra el actual poseedor (art. 895).

Como puede suceder que el dueño sepa quién es el mero *tenedor* de la cosa pero ignore quién es el poseedor, el art. 896 establece que el mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a declarar el nombre y la residencia de la persona a cuyo nombre la tiene.

La obligación referida que la ley impone al mero tenedor se hace valer como medida prejudicial. El art. 282 N° 1° del Código de Procedimiento Civil dice que si aquél a quien se intenta demandar expone ser simple tenedor de la cosa de que procede la acción o que es objeto de ella, podrá ser obligado a declarar bajo juramento el nombre y la residencia de la persona a cuyo nombre la tiene.

Si se niega a hacerlo, se le podrá apremiar con multa o arresto de hasta dos meses (arts. 282, inc. final y 274 del Código de Procedimiento Civil).

Si alguien, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor (art. 897).

- b) Si fallece el poseedor, la acción reivindicatoria se dirige *contra el o los herederos* por la parte que posean en la cosa (arts. 899 parte primera y 1526 N° 2).

Pero las prestaciones a que estaba obligado el poseedor por razón de los frutos o de los deterioros que le eran imputables, pasan a los herederos de éste a prorrata de sus cuotas hereditarias (arts. 899 y 1354, incs. 1º y 2º).

- c) *Contra el poseedor de buena fe que enajenó la cosa*, pero sólo para la restitución de lo que haya recibido por ella, y siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución (art. 898 parte primera).

El poseedor de buena fe a que nos referimos puede ser regular o irregular. Lo que interesa es la buena fe.

- d) *Contra el poseedor de buena fe que durante el juicio se ha puesto por su culpa en la imposibilidad de restituir la cosa*. En este caso el reivindicador que habrá pedido la restitución de la cosa que no va a obtener porque el poseedor se puso, por su culpa, en la imposibilidad de restituírsela, puede pedir el precio de la cosa y todas las prestaciones que procedan como si se tratara de un poseedor de mala fe (art. 900, incs. 4º 1º y 2º).

Si el reivindicador prefiere dejar ese juicio y perseguir la cosa de manos del actual poseedor, respecto del tiempo que la cosa estuvo en poder del enajenador tendrá éste las obligaciones y derechos de los poseedores de mala fe por los frutos, deterioros y mejoras (art. 900, incs. 4º y 2º).

- e) *Contra el poseedor de mala fe que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer*. En este caso el reivindicador pedirá el precio de la cosa y todas las prestaciones que corresponden a los poseedores de mala fe (arts. 900, incs. 1º y 2º y 898, inc. 1º parte final).

Si el reivindicador prefiere dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que la cosa ha estado en poder del poseedor de mala fe, tendrá éste las obligaciones y derechos que corresponden a los poseedores de mala fe en razón de frutos, deterioros y expensas (art. 900, inc. 2º).

- f) *Contra el que enajenó la cosa sin ser poseedor y sabiendo que era ajena*, para la indemnización de todo perjuicio (art. 898, inc. 1º parte final).

420. CONFIRMACIÓN DE LA ENAJENACIÓN

Si el reivindicador recibe del poseedor de buena fe que enajenó la cosa lo que se le ha dado por ésta; o del poseedor de mala fe que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, o del de buena fe que durante el juicio se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa, el valor de la cosa; o del que enajenó la cosa sin ser poseedor y a sabiendas que era ajena, lo que se le ha dado; queda confirmada por ese hecho la enajenación (arts. 898, inc. 2º, 900, incs. 3º y 4º, 672, inc. 2º y 1818).

Cuando el reivindicador confirma la enajenación, es decir, pasa a considerarse como si él hubiese enajenado, no responde del saneamiento en el caso de que el enajenador haya sido el poseedor de mala fe o el de buena fe que durante el juicio se puso en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa.

En consecuencia, si el adquirente es privado de la cosa por un tercero, no puede dirigirse contra el reivindicador, pero puede dirigirse contra el poseedor de mala fe que le enajenó la cosa, o contra el de buena fe que durante el juicio se puso en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa (art. 900, inc. final).

Creemos que en el caso del poseedor de buena fe, a que se refiere la parte primera del art. 898, si al reivindicador le es restituido lo que dicho poseedor recibió, sólo el reivindicador responde de la evicción ya que confirmó la enajenación y debe pasar a ser considerado como el enajenante.

Tratándose de la enajenación de cosa ajena hecha por quien no es poseedor, creemos que tanto el enajenador como el que recibe de éste lo que se le haya dado responden de la evicción por lo dispuesto en el inc. 2º del art. 898.

421. NATURALEZA DE LA ACCIÓN CUANDO EL REIVINDICADOR NO PIDE LA RESTITUCIÓN DE LA COSA SINO SU PRECIO

Algunos piensan que se trata de una acción personal ya que el objeto de la acción es dinero y la obligación de pagarlo emana de la ley.

Otros creen que sigue siendo acción real y que el dinero subroga a la cosa cuya posesión ha perdido el reivindicante. (139)

Hacemos presente que en los arts. 898 y 900 el código sigue llamando a esta acción "acción de dominio".

422. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA CONTRA EL QUE SE APODERA DE UN INMUEBLE INSCRITO

Como mientras subsista la inscripción y no sea cancelada, se conserva la posesión (art. 728), creemos que no procede la acción reivindicatoria contra el que se apodera del inmueble inscrito.

423. ACCIÓN REIVINDICATORIA CONTRA EL MERO TENEDOR O DETENTADOR DE LA COSA

Hay autores y jurisprudencia que creen que, conforme lo dispone el art. 915, procede la acción reivindicatoria contra el mero tenedor o detentador de la cosa. Estiman que la expresión "poseyendo a nombre ajeno" que usa ese artículo significa "mero tenedor de la cosa". (140)

Nosotros no pensamos así ya que poseer a nombre ajeno no significa ser mero tenedor de una cosa. La mera tenencia requiere que se reconozca dominio ajeno y es incompatible con la posesión.

Nosotros pensamos que el art. 915 sólo establece que cuando se recupera la cosa del mero tenedor, se aplican las reglas de la reivindicación relativas a las prestaciones mutuas (frutos, expensas, deterioros, etc.).

(139) C. S., R., T. 10, sec. I^a, pág. 117.

(140) C. S., R., T. 56, sec. I^a, pág. 126.

**424. PROCEDIMIENTO EN QUE SE TRAMITA LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.
COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES. MEDIDAS PRECAUTORIAS**

a) Procedimiento.

En cuanto al procedimiento la acción reivindicatoria es de lato conocimiento y se tramita en juicio ordinario.

b) Competencia.

Si la reivindicación recae en un inmueble es competente para conocer de ella el juez del lugar donde está el inmueble (art. 135 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales). Si el inmueble o inmuebles que son objeto de la acción reivindicatoria estuvieren situados en distintos distritos jurisdiccionales, será competente cualquiera de los jueces en cuyo distrito estuvieren situados (art. 136 del Código Orgánico de Tribunales).

Si la reivindicación recae sobre cosas muebles, es competente el juez del domicilio del demandado (art. 134 del Código Orgánico de Tribunales).

c) Medidas precautorias.

Si reivindicándose una cosa corporal mueble hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir su secuestro; y el poseedor, será obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir (arts. 901 del Código Civil y 291 del Código de Procedimiento Civil).

Si se trata de bienes raíces el actor tendrá derecho a provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofreciere suficiente garantía (art. 902, inc. 2°). Una de estas medidas es el nombramiento de interventor que consagra el N° 1° del art. 293 del Código de Procedimiento Civil.

Hacemos presente que tratándose de inmuebles, mientras se tramita el juicio, el poseedor seguirá gozando de ellos, hasta la

425. SUP

Com
estab
de la

(141) Claro S

(142) R. T. I

sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 902, inc. 1°).

Las medidas precautorias señaladas no impiden solicitar otras como la retención de la cosa que se reivindica o la prohibición de celebrar actos o contratos (arts. 295 y 296 del Código de Procedimiento Civil).

Lo que es discutible es si procede el secuestro de bienes raíces.

Hay autores que estiman que no procede porque, a pesar de que el art. 2251 permite el secuestro de inmuebles, el art. 291 del Código de Procedimiento Civil dice que habrá lugar al secuestro judicial en el caso del art. 901 del Código Civil, es decir, respecto de bienes muebles, limitando a estos bienes el secuestro. Además, en la sesión 13 de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados que revisó el Proyecto de Código de Procedimiento Civil así se aclaró el problema. (141)

Otros piensan que es válido el secuestro de inmuebles ya que el art. 902 permite provocar las providencias necesarias para evitar el deterioro de los inmuebles y el art. 2251, a su vez, permite el secuestro de inmuebles.

Por último, hay algunos que estiman que si bien por regla general no procedería, tendría lugar en caso de malversación o abuso en la administración de los inmuebles, ya que el art. 294, inc. 2° del Código de Procedimiento Civil permite al tribunal adoptar, en ese caso, otras medidas más rigurosas, una de las cuales podría ser el secuestro. (142)

425. SUPUESTOS QUE DEBE PROBAR EL REIVINDICADOR. PRUEBA DEL DOMINIO

Como el poseedor está amparado por la presunción de dominio que establece el art. 700, el reivindicador debe probar que él es el dueño de la cosa que reivindica.

(141) Claro Solar, Luis, ob. cit., págs. 419 y 420.

(142) R., T. I, 2ª parte, pág. 582.

Por lo demás, al demandante le corresponde probar los supuestos de su acción y sabemos que en la acción reivindicatoria la causa de pedir es el dominio.

También debe probar el reivindicador que el demandado es el poseedor de la cosa y que la cosa que se reivindica es la misma que posee el demandado (determinación de la cosa singular que se reivindica).

La prueba del dominio varía según si el reivindicante es dueño por un modo de adquirir originario o derivativo.

Si se invoca la ocupación, el dominio se prueba demostrando la aprehensión de la cosa mueble, que ésta no pertenece a nadie, y el ánimo de hacerse dueño.

Si se invoca la accesión, basta con que se pruebe el dominio de la cosa principal a la que otra se ha juntado y el hecho de la unión, o el dominio de la cosa de que nacen los frutos o productos y la producción correspondiente.

Si se invoca la prescripción, basta con probar la posesión no interrumpida por el tiempo que la ley señala.

En el caso de la ocupación, de la accesión y de la prescripción, la prueba no es tan difícil ya que se trata de probar hechos.

Si el dominio del reivindicante tiene su origen en un modo de adquirir derivativo, que es lo más frecuente, la prueba se hace más difícil pues habría que remontarse al dominio del antecesor y así sucesivamente hasta hallar el modo de adquirir originario.

En este caso cobra real importancia la prescripción pues al dueño le basta con probar que ha poseído la cosa por diez años para que no haya dudas de su dominio pues si uno de sus antecesores no fue dueño, él lo sería por prescripción.

Si el *Fisco* reivindica tierras que carecen de otro dueño, no necesita probar dominio ya que según el art. 590 lo tiene.

Sin embargo, debería probar que esas tierras no tienen otro dueño pues al demandante le corresponde probar los supuestos de su ac-

426.

427. F

(143) R.

ción; lo que podría hacer mediante la prueba de presunción; por ejemplo, probando que el Fisco dio en arriendo esas tierras, o que no se han efectuando actos posesorios por otra persona, etc.

Sin embargo hay fallos que resuelven que el Fisco no necesita probar que las tierras que reivindica no pertenecen a nadie, lo que sería muy difícil, sino que el demandado debe probar el dominio que tiene sobre esas tierras. (143)

Fuera de la prescripción, el dominio puede probarse por presunciones. Pero no puede probarse por testigos ya que éstos deponen sobre hechos y no sobre el derecho. Sin embargo, pueden probarse por testigos los hechos que deben servir de indicios para las presunciones.

426. EXCEPCIONES QUE PUEDE OponER EL DEMANDADO

El demandado puede oponer a la demanda de reivindicación cualquier excepción que destruya la acción de dominio. Por ejemplo, que el demandante no ha probado el dominio, o que la cosa que se pretende reivindicar no es la que posee, o la prescripción adquisitiva de la cosa, etc.

Entre las excepciones que puede oponer el demandado está la de saneamiento por evicción. La evicción es la privación por sentencia judicial y por causa anterior a la venta, del todo o parte de la cosa comprada (arts. 1838 y 1839). El vendedor es obligado a sanear la evicción (arts. 1824 y 1837). En consecuencia, no puede provocarla demandando él de reivindicación al comprador. Si lo hace, éste puede oponerle la excepción de saneamiento de la evicción.

427. EXTENSIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA AL EMBARGO, EN MANOS DE TERCERO, DE LO QUE POR ÉSTE SE DEBA COMO PRECIO O PERMUTA AL POSEEDOR QUE ENAJENÓ LA COSA

Cuando el reivindicador demande el precio de la cosa o lo que haya recibido el que la enajenó, puede embargar lo que el tercero deba al enajenante para ser pagado íntegramente (art. 903).

(143) R., T. 46, sec. 1ª, pág. 665.

428. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La acción reivindicatoria es una acción real o propietaria.

Como lo dice el art. 2517 se extingue por la prescripción adquisitiva del derecho que protege.

En consecuencia, la acción reivindicatoria se extingue cuando el poseedor gana por prescripción adquisitiva el dominio de la cosa que se persigue con la acción reivindicatoria.

Por consiguiente, el plazo de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria será de los dos, cinco o diez años, según se trate de muebles o inmuebles, y según sea regular o irregular la posesión del prescribiente (arts. 2507, 2508, 2510, inc. 1º y 2511).

429. PRESTACIONES MUTUAS

Son las restituciones y pagos recíprocos que deben hacerse el reivindicador y el poseedor vencido entre sí.

430. PRESTACIONES DEL POSEEDOR VENCIDO EN FAVOR DEL REIVINDICADOR

a) *Restitución de la cosa.*

Si es vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo que el juez señale (art. 904, parte primera).

Este es uno de los pocos casos en que el juez puede señalar un plazo para el cumplimiento de una obligación (art. 1494, inc. 2º).

La cosa debe restituirse con sus accesorios, pero siempre que sean tales. Así, en la restitución de un inmueble se comprenden los muebles por adherencia y por destinación; en la restitución de un edificio se comprenden sus llaves; en la restitución de toda cosa se comprenden sus títulos (art. 905).

El código nada ha dicho sobre el lugar en que debe ser restituida la cosa mueble reivindicada. En consecuencia, habría que aplicar

las reglas generales referentes al lugar en que deben cumplirse las obligaciones. Hay que tener presente que la sentencia transforma al poseedor vencido en deudor de un cuerpo cierto. Por consiguiente, la entrega debe ser hecha en el lugar en que la cosa se hallaba al tiempo de la contestación de la demanda. Si se ha cambiado la ubicación de la cosa por el demandado, son de su cuenta los gastos de transporte hasta el lugar en que debía ser entregada (arts. 1588 y 1571). (144)

b) *Pago de los deterioros que ha sufrido la cosa.*

Para saber si los deterioros sufridos por la cosa reivindicada deben ser pagados al reivindicador hay que distinguir si el poseedor vencido estaba de buena o mala fe.

El poseedor vencido de *mala fe* es responsable de los deterioros que sufra la cosa por su hecho o culpa.

Como se puede ver, no responde del caso fortuito. Naturalmente que responderá del caso fortuito según las reglas generales, por ejemplo, si se constituye en mora de restituir (arts. 1547, 1550 y 1672).

El poseedor vencido de buena fe no responde de los deterioros sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos, por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo (art. 906).

La buena o mala fe se considera al tiempo en que se producen los deterioros.

Lo que se ha dicho de los deterioros se aplica a la ruina o destrucción total de la cosa.

c) *Restitución de los frutos.*

También para la restitución de los frutos hay que distinguir entre el poseedor de buena y de mala fe.

(144) Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1766, págs. 424 y 425.

La buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción (art. 913 parte primera).

El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder (art. 907, inc. 1°).

Si no existen los frutos deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción, y se consideran como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder (art. 907, inc. 2°).

El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda.

Los percibidos después de la contestación de la demanda debe restituirlos según las mismas reglas que los poseedores de mala fe (art. 907, inc. 3°).

Si el poseedor de buena fe no contesta la demanda, creemos que debe restituir los frutos percibidos desde que se le acusa rebeldía de ese trámite. Hay, en ese sentido, un fallo de la Corte Suprema. (145)

d) Gastos de conservación y custodia. Costas.

El poseedor vencido de mala fe está obligado a reembolsar al reivindicador los gastos de custodia y conservación si la cosa fue secuestrada.

El poseedor de buena fe no es obligado, a reembolsar esos gastos y debe pagarlos el reivindicador (art. 904).

En cuanto a las costas se está a lo que resuelva el tribunal según las reglas generales.

(145) C. S., R., T. 32, sec. 1°, pág. 138.

431. PRESTACIONES DEL REIVINDICADOR AL POSEEDOR VENCIDO*a) Gastos ordinarios de producción de los frutos.*

En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que el poseedor vencido ha invertido en producirlos (art. 907, inc. final).

b) Pago de las mejoras o expensas:

1º *Concepto de mejoras o expensas.* Son las obras materiales o inmateriales que tienen por objeto la conservación, utilidad, comodidad u ornato de la cosa.

2º *Clasificación de las mejoras o expensas.* Las mejoras o expensas se clasifican en necesarias, útiles y voluptuarias.

Mejoras o expensas necesarias son aquellas que son indispensables para la conservación de la cosa; por ejemplo, un dique, el pago de una deuda para evitar el remate de la cosa (art. 908, inc. 1º).

Mejoras o expensas útiles son las que sin ser necesarias, aumentan el valor venal de la cosa, su valor comercial (art. 909, inc. 2º). Por ejemplo, la plantación de árboles en un predio.

Mejoras o expensas voluptuarias son las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante (art. 911, inc. 2º).

432. PAGO DE LAS MEJORAS O EXPENSAS NECESARIAS

El poseedor vencido, de buena o de mala fe, tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, según la regla siguiente:

a) Si estas expensas se invirtieron en obras materiales (el código dice en obras permanentes), como una cerca para impedir las

depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieran sido realmente necesarias; pero *reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución* (art. 908, inc. 2°).

- b) Si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan resultado material permanente, es decir si se trata de obras inmateriales, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador, y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía (art. 908, inc. 3°).

433. PAGO DE LAS MEJORAS O EXPENSAS ÚTILES

Para saber si el poseedor vencido tiene derecho a que se le paguen las mejoras o expensas útiles, hay que distinguir si está de buena o de mala fe.

La buena o mala fe se refiere, relativamente, a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas (art. 913).

- a) *El poseedor vencido de buena fe* tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda (art. 909, inc. 1°).

El reivindicador podrá elegir entre el pago de lo que valgan las obras al tiempo de la restitución, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo (art. 909, inc. 3°).

En cuanto a las obras hechas después de la contestación de la demanda, el poseedor de buena fe solamente tiene los derechos que se conceden al de mala fe (art. 909, inc. final).

- b) *El poseedor vencido de mala fe* no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles.

Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que puede separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el

434. P

El
bu
pr
qu
ma

435. EL
VEN

436. DEF

Cua
de e
pago

Natu
da p

Para
rado
la ret
dor d

propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados (art. 910).

Se entiende que la separación es en detrimento de la cosa reivindicada, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de ejecutarse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiese reponerla inmediatamente en su estado anterior, y se allanare a ello (art. 912).

434. PAGO DE LAS MEJORAS O EXPENSAS VOLUPTUARIAS

El propietario no es obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fe, que sólo tendrán derecho de llevarse los materiales, siempre que puedan separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarles el precio que tendrían dichos materiales después de separados (art. 911, inc. 1°).

435. EL REIVINDICADOR NO ESTÁ OBLIGADO A PAGAR INTERESES AL POSEEDOR VENCIDO CUANDO DEBE PAGARLE LAS MEJORAS

436. DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN DEL POSEEDOR VENCIDO

Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago o se le asegure a su satisfacción (art. 914).

Naturalmente que la garantía para asegurar el pago debe ser calificada por el juez.

Para que surta efectos el derecho legal de retención debe ser declarado judicialmente (art. 545 del Código de Procedimiento Civil), y si la retención recae sobre inmuebles debe inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces (art. 546 del Código de Procedimiento Civil).

CAPÍTULO XVII

LAS ACCIONES POSESORIAS

437. CONCEPTO

Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos (art. 916).

Las acciones posesorias se llaman, también, interdictos posesorios.

La expresión interdicto, tiene, además, otras acepciones: se llama interdicto a los juicios posesorios (art. 549 del Código de Procedimiento Civil) y se llama interdicto a la persona declarada judicialmente tal por demencia o disipación.

La demanda en que se intenta una acción posesoria se llama querella.

438. ENUMERACIÓN DE LAS QUERELLAS POSESORIAS

- a) Jurídicamente sólo son acciones posesorias las querellas de amparo y de restitución;
- b) Sin embargo, se acostumbra a llamar querellas posesorias a la de restablecimiento (arts. 928 del Código Civil y 549 N° 3 del Código de Procedimiento Civil), a la denuncia de obra nueva, a la denuncia de obra ruinoso (arts. 930 y 932 del Código Civil y 549 N°s. 4° y 5° del Código de Procedimiento Civil) y a otras

acciones que contempla el Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Civil (art. 549 N° 6° del Código de Procedimiento Civil). Estos últimos se llaman "interdicto especial" (art. 549, inc. final del Código de Procedimiento Civil).

Como lo hemos dicho, de las acciones posesorias mencionadas, sólo tienen jurídicamente ese carácter las querellas de amparo y de restitución; la de restablecimiento cuando se reclama la posesión, también podría considerarse que tiene ese carácter. Cuando se reclama con ella la mera tenencia, no tiene el carácter de acción "posesoria". Tampoco lo tienen, en estricto derecho, las denuncias de obra nueva y de obra ruinosas ni los interdictos especiales. (146)

Sin embargo, como nuestros códigos las llaman acciones posesorias, nosotros seguiremos usando esa terminología.

439. FUNDAMENTO DE LAS ACCIONES POSESORIAS

Las acciones posesorias tienen como principal fundamento el que los particulares no se hagan justicia por sí mismos.

También tienen como fundamento el dominio probable y presunto que tiene el poseedor y, en ese sentido, indirectamente protegen el derecho de dominio.

Por último, algunas de ellas sirven para evitar la interrupción de la prescripción (art. 2502 N° 2, inc. 2°).

440. NATURALEZA DE LAS ACCIONES POSESORIAS

a) Hay autores que estiman que las acciones posesorias son personales, pues derivan de un delito o de un cuasidelito.

Otros creen que al ser la posesión un hecho y no un derecho, las acciones posesorias no son ni reales ni personales (arts. 577 y 578).

(146) R., T. 2, sec. 1°, pág. 191; T. 51, pág. 361; T. 40, sec. 2°, pág. 56.

Sin embargo, la mayoría de los autores estima que las acciones posesorias son *reales* porque se pueden hacer valer contra cualquiera persona. Claro Solar dice que los interdictos o acciones posesorias son "in rem" y por eso pasan contra el actual poseedor que ha adquirido la cosa de manos del usurpador a cualquier título. (147)

- b) Son acciones *inmuebles* porque resguardan la posesión de bienes inmuebles o de derechos reales constituidos en ellos (arts. 916 y 580).

441. LOS JUICIOS POSESORIOS Y LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

La excepción de cosa juzgada es el efecto de las resoluciones judiciales firmes o ejecutoriadas que impide volver a discutir la cuestión que ellas han resuelto.

Se llama cosa juzgada material o sustancial, la que impide volver a discutir lo resuelto en una sentencia, en cualquier otro juicio.

Cosa juzgada formal es la que impide discutir lo resuelto, en el mismo procedimiento en que se dictó la sentencia, pero que no impide que se pueda hacer en un procedimiento diverso.

Siempre que hay cosa juzgada material, hay cosa juzgada formal. Pero si hay cosa juzgada formal puede no haberla material.

Como la mayor parte de los interdictos posesorios dejan a salvo las acciones ordinarias, se acostumbra a decir que las sentencias dictadas en ellos no producen la excepción de cosa juzgada material.

La verdad es que ello no es efectivo. Las sentencias recaídas en las querellas posesorias producen la cosa juzgada formal y material, salvo las que resuelven las denuncias de obra ruinosa desechándola y la de obra nueva acogéndola y las que recaen en los interdictos especiales.

(147) Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1845, pág. 519.

Decimos que no es efectivo que las acciones posesorias no produzcan excepción de cosa juzgada material al dejar a salvo la acción ordinaria pues si se intenta una acción reivindicatoria, por ejemplo, la causa de pedir es distinta; en la acción posesoria es la posesión y en la reivindicatoria el dominio.

Con todo, como la cosa pedida, la posesión, es la misma en los dos juicios, ganada una querrela de amparo o restitución, ello no significa que la posesión quede inalterable, pues puede perderse en el juicio reivindicatorio. Pero ello no significa que la querrela posesoria no produzca la excepción de cosa juzgada material.

442. LA ACCIÓN POSESORIA ORDINARIA

En la antigua legislación española que se aplicó en Chile se distinguía entre la acción posesoria interdictal y la acción posesoria ordinaria.

La acción posesoria interdictal era una acción extraordinaria que se tramitaba en juicio sumarísimo para proteger la posesión actual. Se refería al mero hecho de la posesión.

La acción posesoria ordinaria tenía por objeto proteger la posesión permanentemente y se tramitaba en juicio ordinario.

A pesar de que más de algún autor ha pretendido que en nuestro derecho existe la acción posesoria ordinaria (ver Vodanovic, ob. cit., págs. 839 y 840), la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia estiman que nuestra legislación no contempla la acción posesoria ordinaria. (148)

Sin embargo de lo dicho, podría considerarse que la acción publiciana es una especie de acción posesoria ordinaria. (149)

(148) C. Concepción, 30 agosto 1940, G. 1940, 2º sem., N° 131, pág. 547.

(149) C. Concepción, 21 noviembre 1874, G. 1874, N° 2818, pág. 1356.

443.

444. E

445. LA

a)

(150) R., T.

(151) C. S.,

443. LA CITACIÓN DE EVICCIÓN EN LOS JUICIOS POSESORIOS

El art. 1837 dice que la obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios.

En consecuencia, si uno de los objetos de la acción de saneamiento es amparar al comprador en la posesión pacífica de la cosa vendida, no hay duda de que si el comprador es turbado o privado de la posesión, puede citar de evicción al vendedor.

Naturalmente que ello no será posible si el derecho de citar de evicción al vendedor es incompatible con el interdicto que se intenta. Por ejemplo, si se intenta una querrela de amparo por actos del vendedor. (150)

444. EL DOMINIO EN LOS JUICIOS POSESORIOS

Como el objeto de las acciones posesorias es proteger la posesión, independientemente de la propiedad, en los juicios posesorios no debe tomarse en cuenta el dominio que por una o por otra parte se alegue (art. 923, inc. 1º).

Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquéllos cuya existencia pueda probarse sumariamente, ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos que los que puedan probarse de la misma manera (art. 923, inc. 2º). (151)

445. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LAS ACCIONES POSESORIAS

- a) La acción reivindicatoria protege el dominio, las acciones posesorias la posesión;

(150) R., T. 47, sec. 2º, pág. 1.

(151) C. S., R., T. 54, sec. 1º, pág. 161.

- b) La acción reivindicatoria puede ser mueble o inmueble según sea la cosa reclamada, las acciones posesorias son siempre inmuebles porque sólo protegen los inmuebles;
- c) Por medio de ambas acciones se puede reclamar y recuperar la posesión;
- d) La causa de pedir en la acción reivindicatoria es el dominio, en las posesorias la posesión;
- e) La acción reivindicatoria se tramita en juicio ordinario, las acciones posesorias tienen una tramitación especial;
- f) El plazo de prescripción es distinto en la acción reivindicatoria y en las acciones posesorias.

446. COSAS QUE SE PROTEGEN CON LAS ACCIONES POSESORIAS

Sólo pueden ser objeto de acciones posesorias los *bienes raíces* o los *derechos reales constituidos en ellos* (art. 916), que también son bienes raíces.

Además, el bien raíz (su dominio) o el derecho real constituido en él, debe poderse ganar por prescripción.

En consecuencia, las servidumbres inaparentes o discontinuas no pueden ser objeto de acciones posesorias (arts. 917 y 882).

El derecho real de herencia, que no es mueble ni inmueble, no puede protegerse con acciones posesorias.

Los bienes nacionales de uso público, que no son susceptibles de posesión privada ni de prescripción, tampoco pueden protegerse con acciones posesorias. (152)

Nuestra jurisprudencia estima que la "concesión" es un derecho real porque se ejerce sobre una cosa directamente y sin respecto a

(152) R., T. 40, sec. 2ª, pág. 56.

determinada persona. En consecuencia, puede ser protegida por acciones posesorias. (153)

En otros países los autores discuten sobre la procedencia o improcedencia de las acciones posesorias respecto de las servidumbres discontinuas o inaparentes cuando tienen su origen en un título. En nuestro país esa discusión no puede tener lugar dados los categóricos términos del art. 917.

447. QUIÉNES PUEDEN INTENTAR ACCIONES POSESORIAS

- a) El *poseedor* de un inmueble o de un derecho real inmueble que pueda ganarse por prescripción, si ha estado en posesión tranquila y no interrumpida por un año completo, puede intentar acciones posesorias (arts. 916 y 918).

El referido poseedor puede ser *dueño* del inmueble o del derecho, o puede ser *poseedor no dueño* del referido inmueble o derecho.

- b) El mero tenedor, como no es poseedor, por regla general no puede intentar acciones posesorias.

Sin embargo, puede intentar la querrela de restablecimiento (art. 928).

- c) El *usufructuario*, el *usuario* y el que tiene derecho de *habitación*, son dueños y poseedores de sus respectivos derechos de usufructo, uso y habitación, y como tales, si concurren los otros requisitos, pueden ejercer acciones posesorias, aun contra el propietario mismo.

El propietario debe auxiliarlos contra todo turbador o usurpador *extraño*, siendo requerido al efecto (art. 922, inc. 1°).

El usufructuario, el usuario y el habitador, en cambio, sólo son meros tenedores de la cosa, y como tales no pueden intentar acciones posesorias para proteger la posesión de la cosa misma.

(153) C. S., R., T. 28, sec. 1°, pág. 506.

El inciso 2º del art. 922 expresa que las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario o el que tiene derecho de habitación, obligan al propietario; menos si se tratare de la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él: en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio.

- d) El *comunero* puede, sin la concurrencia de los otros comuneros, entablar acciones posesorias, pues se trata de un acto de conservación que puede ser realizado por cualquiera de los comuneros. (154)
- e) El *heredero* tiene las mismas acciones posesorias que tendría su autor, si viviese (art. 919).

Para algunos autores el artículo señalado contradice la intransmisibilidad de la posesión que consagra nuestro código.

Otros piensan que la posesión, como situación de hecho, es intransferible y que comienza en el heredero, pero que son transmisibles las ventajas de la posesión y las acciones que la protegen. (155)

448. REQUISITOS NECESARIOS PARA INTENTAR UNA ACCIÓN POSESORIA

- a) Posesión tranquila y no interrumpida por un año completo (art. 918);
- b) Haber sido privado de la posesión o haber sufrido una molestia o embarazo en ella, y
- c) Intentar la acción antes de que venza el plazo que la ley señala.

(154) C. S., R., T. 27, sec. 1º, pág. 1.

(155) Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, 5ª Edición, Tomo II, París 1897, pág. 133, citado por Vodanovic, Antonio, ob. cit., pág. 862.

449. POSESIÓN TRANQUILA Y NO INTERRUMPIDA

- a) *Poseción tranquila* es la que se ejerce sin violencia, clandestinidad y sin que le sea *disputada* al poseedor.
- b) *Poseción no interrumpida* es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil (art. 2501).

450. ¿CÓMO SE CUENTA EL AÑO DE POSESIÓN TRANQUILA Y NO INTERRUMPIDA?

Ese plazo se cuenta hacia atrás desde la fecha del despojo, molestia o embarazo. (156)

Para computar el año referido, el poseedor puede añadir a su posesión la de una serie no interrumpida de antecesores (arts. 920, inc. final, 717, 718 y 719).

451. DESPOJO DE LA POSESIÓN, MOLESTIA O EMBARAZO DE LA MISMA

- a) *Despojo* es la privación injusta, total o parcial de la posesión (art. 926).
- b) *Molestia o embarazo* es todo hecho o acto que, sin despojar de la posesión, impide al poseedor ejercerla tranquilamente. La molestia es lo mismo que *turbación* de la posesión (arts. 920 y 921).

Los actos inminentes o que tienden al despojo son de turbación o embarazo. (157)

En el acto de molestia o embarazo no interesa la buena o mala fe del que lo ejecuta.

(156) C. S., R., T. 27, sec. 1º, pág. 1.

(157) C. S., R., T. 36, sec. 1º, pág. 348; C. S., 12 julio 1978, Fallos de Mes, N° 236, sent. 2, pág. 160.

La molestia o embarazo pueden ser de hecho o de derecho.

Constituyen *turbaciones de hecho* los hechos materiales contrarios a la posesión. Por ejemplo, introducir ganado en un predio ajeno; poner un candado en la puerta por donde se ejercita una servidumbre de tránsito. (158)

Turbaciones de derecho son actos jurídicos que importan inequívocamente una pretensión contraria a la posesión ajena.

Por ejemplo, gestiones para inscribir un título sobre un inmueble poseído por otro. (159)

452. PLAZO EN QUE DEBEN INTENTARSE LAS ACCIONES POSESORIAS

- a) Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben en un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella (art. 920, inc. 1°).

Según la jurisprudencia, esta prescripción se interrumpe con la *presentación* de la querrela, no con su notificación. (160)

Si la molestia o embarazo no consiste en un hecho sólo sino varios que constituyen diversas molestias, el plazo de prescripción se cuenta respecto de cada acción posesoria posible de intentar desde la correspondiente molestia o embarazo. (161)

Si la molestia es siempre la misma pero reiterada; por ejemplo, un minero deja todos los días sus minerales en terreno de su vecino, para algunos autores el plazo de prescripción se cuenta desde el primer hecho que turba la posesión. (162)

(158) C. S., 26 noviembre 1946, G. 1946, 2° sem., N° 34, pág. 198.

(159) C. S., R., T. 39, sec. 1°, pág. 120.

(160) C. S., R., T. 27, sec. 1°, pág. 1.

(161) C. S., R., T. 27, sec. 1°, pág. 1.

(162) Id. (161).

Claro Solar estima que el plazo de prescripción se cuenta desde el último acto de molestia o embarazo que ha experimentado el poseedor de parte del turbador.

"En los Proyectos, incluso en el que fue presentado a la aprobación del Congreso Nacional se decía: "contado desde el primer acto de molestia o embarazo". Pero la repetición, que podía haber sido frecuente, de actos de turbación, y que daba a todos ellos mayor gravedad, era natural que fuera tomada en consideración para dar cabida a la acción. No habría sido posible que los sucesivos actos de perturbaciones quedaran impunes, porque el primer acto de turbación, en una serie continuada de conatos de usurpación que el poseedor hubiera tenido que estar rechazando, hubiera tenido lugar más de un año antes de iniciarse la acción. La Comisión encargada de hacer la edición correcta y esmerada del Código estimó que éste tenía que ser el sentido de la disposición y suprimió la palabra, primer; y el plazo viene así a contarse desde el último acto de la serie". (163)

Encontramos bien discutibles la facultad de suprimir la expresión "primer" que hizo la Comisión aludida y los artículos de los Proyectos la contenían. Sin embargo, encontramos más conforme con la justicia lo sostenido por Claro Solar.

Si se trata de una sola molestia producida por un hecho continuado, el plazo de prescripción se contará desde el hecho que embarazó la posesión ajena.

- b) Las acciones que tienen por objeto recuperar la posesión, expiran al cabo de un año completo contado desde que el poseedor anterior la ha perdido (art. 920, inc. 2°).

Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad (art. 920, inc. 3°).

(163) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. 9, pág. 512.

453. ¿CONTRA QUIÉNES SE PUEDE INTENTAR ACCIONES POSESORIAS?

- a) Contra el que despojó de la posesión a otra persona o le turbó o embarazó en ella. Es lo corriente;
- b) Contra el heredero del autor del embarazo o despojo (art. 919);
- c) Contra toda persona, cuya posesión derive del usurpador por cualquier título (art. 927, inc. 1º).

Pero no serán obligados a la indemnización de perjuicios, sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe; y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán insólidum (art. 927, inc. 2º).

454. ACCIÓN CRIMINAL CONTRA EL USURPADOR

El art. 929 expresa que los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán además castigados con las penas que por el Código Criminal correspondan.

El Código Penal castiga el delito de usurpación en los artículos 457 a 462.

455. ACCIONES POSESORIAS ENTRE COMUNEROS

Entre comuneros no hay inconveniente para ejercitar las acciones posesorias siempre que alguno de ellos, pretendiéndose dueño o poseedor exclusivo, despoje de la posesión a los otros. Hay jurisprudencia en contra. (164)

456. ACCIONES POSESORIAS CONTRA LA AUTORIDAD

Aunque no todos están de acuerdo, la mayoría de los autores y la jurisprudencia aceptan que la autoridad puede ser sujeto pasivo de

(164) C. S., R., T. 11, sec. 1º, pág. 243.

una acción posesoria cuando ordenan o ejecutan un hecho que despoje de la posesión o la turbe. (165)

457. OBJETO DE LAS ACCIONES POSESORIAS

El objeto de las acciones posesorias es la *posesión*. En los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una parte o por otra parte se alegue (art. 923, inc. 1º). (166)

Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquéllos cuya existencia pueda probarse sumariamente, ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos, que los que puedan probarse de la misma manera (art. 923, inc. 2º).

De acuerdo al art. 590, el Estado es dueño de todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carezcan de otro dueño. Si el Estado está en posesión de las tierras, puede invocar la ley como medio de prueba. Si no está en posesión, no puede invocar el art. 590. (167)

Los arts. 921 y 926 permiten al que intenta una acción posesoria cobrar perjuicios. El Código de Procedimiento Civil no se pronuncia sobre el procedimiento respectivo.

Se ha debatido entre nuestros autores sobre si los perjuicios pueden cobrarse en el mismo juicio posesorio o en otro diverso, de lato conocimiento, inclinándose la mayoría de ellos por esta segunda posición. La jurisprudencia ha sido contradictoria. (168)

Hacemos presente, sin embargo, que el art. 563 del Código de Procedimiento Civil dice que cualquiera que sea la sentencia, queda siempre a salvo a los que resulten condenados el ejercicio de la acción

(165) C. Concepción, 4 octubre 1876, G. 1876, N° 2138, pág. 1086; C. S., 5 septiembre 1973, Fallos del Mes, N° 178-179, sent. 4, pág. 172; C. S., R., T. 71, sec. 1º, pág. 147.

(166) C. S., R., T. 51, sec. 1º, pág. 361.

(167) C. S., R., T. 26, sec. 1º, pág. 302.

(168) C. S., R., T. 9, sec. 1º, pág. 262.

ordinaria que corresponda con arreglo a derecho, pudiendo comprenderse en dicha acción el resarcimiento de las costas y *perjuicios* que *hayan pagado* o que se les haya causado con la *querella*. Es decir, parece desprenderse de la disposición citada la posibilidad de cobrar los perjuicios en el mismo procedimiento posesorio.

458. LA PRUEBA EN LAS ACCIONES POSESORIAS

En las acciones posesorias debe probarse por el querellante:

- a) Que personalmente o agregando la de sus antecesores, ha estado en posesión tranquila y no interrumpida, durante un año completo, del derecho en que pretende ser amparado;
- b) Que se le ha tratado de turbar o molestar su posesión o que en el hecho se le ha turbado o molestado por medio de actos que *expresará circunstanciadamente*;
- c) Si la querella es de restitución, expresará que ha sido despojado de la posesión por medio de actos que indicará clara y precisamente;
- d) Si la querella es de restablecimiento, expresará, la violencia con que ha sido despojado de la posesión o mera tenencia en que pretende ser restablecido (art. 551 del Código de Procedimiento Civil).

El peso de la prueba corresponde, naturalmente, al querellante, quien deberá también expresar en la querella los medios probatorios de que intenta valerse (art. 551, inc. 3º del Código de Procedimiento Civil).

459. LA PRUEBA DE POSESIÓN

Respecto de la prueba de la posesión el código contiene dos disposiciones que han dado lugar a diversas teorías; son los artículos 924 y 925.

Dice el art. 924

"La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla".

Por su parte, el art. 925 expresa:

"Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquéllos a que sólo da derecho el dominio como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión".

Hay autores que estiman que el art. 924 se aplica a todos los derechos reales inmuebles que requieren de inscripción menos al de dominio que, por estar materializado en el respectivo inmueble, se confundiría con él y su prueba estaría regida por el art. 925. (169) (170)

Otros creen que el art. 924 se aplica a los inmuebles inscritos y el art. 925 a los inmuebles no inscritos.

La jurisprudencia y la doctrina aceptan, actualmente, que el art. 925 se aplica en ciertos casos a los inmuebles inscritos. Esos casos son:

- a) Inmuebles cuya inscripción no ha durado un año completo. La posesión anterior, que no fue inscrita, se prueba con arreglo al art. 925;
- b) Inmuebles con inscripciones paralelas vigentes. Este caso sólo tiene aplicación para los que creen que la inscripción que sólo cancela la anterior es la que emana del poseedor inscrito. No se aplicaría según los que creen que cualquier inscripción cancela la anterior;

(169) Vodanovic, Antonio, ob. cit., págs. 884 y siguientes.

(170) C. S., R., T. 16, sec. 1ª, pág. 320.

- c) Inmuebles cuyos deslindes aparecen confundidos o mal determinados en sus títulos inscritos;
- d) Inscripciones de papel. Este caso se aplicaría cuando se hace la primera inscripción de inmuebles que antes no estaban inscritos. Hay algunos autores y fallos que han extendido este caso a todas las inscripciones, aunque no se trate de la primera. (171) (172)

Por último, hay quienes piensan y creemos que con razón, que el art. 925 se aplica a los inmuebles inscritos cuando la posesión no deriva de un título translaticio de dominio, cuando no requiera inscripción. Estos casos serían el de la sucesión por causa de muerte y el de la accesión.

En la sucesión por causa de muerte, si el heredero intenta la acción que tendría su autor de acuerdo al art. 919, le bastaría con probar la posesión del causante mediante la inscripción. Pero si quiere intentar una acción posesoria por ser él el poseedor, tendría que probar su posesión, si no se ha hecho la inscripción especial de herencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 925.

En la accesión, si bien es cierto que la inscripción del predio cubre el terreno de accesión, si hay disputa al respecto podría tener cabida lo dispuesto en el art. 925.

Hacemos presente que la jurisprudencia (173) ha restringido la aplicación del art. 924 a los inmuebles que necesitan inscripción para transferirse no a los voluntariamente inscritos, como las servidumbres.

Por último, hacemos presente que la presunción que se contempla en el art. 924 es absoluta en el sentido de que no puede oponerse a la inscripción la posesión a que se refiere el art. 925. Pero no lo es en el

(171) Vodanovic, Antonio, ob. cit., págs. 889 y 890.

(172) C. S., R., T. 52, sec. 1ª, pág. 36; C. S., 17 septiembre 1975, Fallos del Mes, N° 202, sent. 6, pág. 176.

(173) C. S., R., T. 16, sec. 1ª, pág. 320.

sentido de que a una posesión inscrita puede oponerse otra posesión inscrita. (174)

460. PRUEBA DE LA MOLESTIA, EMBARAZO O DESPOJO DE LA POSESIÓN

Estos hechos pueden probarse por cualquier medio probatorio.

461. LAS ACCIONES POSESORIAS COMUNES U ORDINARIAS

Son las que trata el código en el Título XIII del Libro II. Las acciones posesorias especiales las trata en el Título XIV.

Las acciones posesorias comunes son la querrela de amparo y la de restitución. La querrela de restablecimiento no es jurídicamente una acción posesoria.

462. LAS QUERELLAS DE AMPARO Y DE RESTITUCIÓN

- a) *Querrela de amparo* es la que tiene por objeto conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos (arts. 916 y 921 del Código Civil y 549 N° 1 e inciso final del Código de Procedimiento Civil).

Por medio de ella el poseedor puede pedir que no se le turbe o embarace su posesión. Procede cuando se ha tratado de turbar o embarazar la posesión y cuando de hecho se ha turbado o embarazado (arts. 921 del Código Civil y 551 N° 2 del Código de Procedimiento Civil).

- b) *Querrela de restitución* es la que tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos cuando el poseedor ha sido injustamente privado de ella (arts. 916 y 926 del Código Civil y 549 N° 2 y 551 inc. penúltimo del Código de Procedimiento Civil).

(174) C. S., R., T. 32, sec. 1ª, pág. 213.

El intento de despojo de la posesión es una turbación o molestia contra la que procede la querrela de amparo. (175)

Si una persona es privada de la posesión de parte de un inmueble y es turbada o embarazada en la otra parte, pueden intentarse ambas querellas conjuntamente porque no son incompatibles.

- c) *Peticiones que se pueden hacer en las querellas de amparo y de restitución.* Además de pedirse que se restituya la posesión o que no se turbe o embarace, se puede pedir la indemnización de perjuicios.

Hacemos presente que no todos están de acuerdo en que los perjuicios puedan cobrarse en el mismo procedimiento que la querrela.

Las menciones que deben contener las querellas de amparo y de restitución están en el art. 551 del Código de Procedimiento Civil.

En la querrela de amparo se puede pedir que se den seguridades contra el que fundamente se teme (art. 921).

463. PERSONAS OBLIGADAS A INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS EN LAS QUERELLAS DE AMPARO Y DE RESTITUCIÓN

La indemnización de perjuicios, en la querrela de restitución la deben el usurpador y el tercero cuya posesión se derive del usurpador siempre que esté de mala fe.

En la querrela de amparo la deben la persona o personas que turbe o trate de turbar o embarazar la posesión.

En ambas querellas si varios son obligados a la indemnización, son solidariamente responsables (art. 927, inc. 2°).

(175) C. S., R., T. 36, sec. 1°, pág. 348.

464. RESERVA DE ACCIONES ORDINARIAS

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 563 del Código de Procedimiento Civil, cualquiera que sea la sentencia, queda siempre a salvo a los que resulten condenados el ejercicio de la acción ordinaria que corresponda con arreglo a derecho, pudiendo comprenderse en dicha acción el resarcimiento de las costas y perjuicios que hayan pagado o que se les haya causado con la querrela.

No será admisible ninguna otra demanda que tienda a enervar lo resuelto en el interdicto.

465. LA QUERRELLA DE RESTABLECIMIENTO*a) Concepto.*

También conocida como querrela de *despojo violento* es la que tiene por objeto el restablecimiento en la posesión o mera tenencia de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, cuando dicha posesión o mera tenencia hayan sido violentamente arrebatadas (arts. 928 del Código Civil y 549 N° 3 del Código de Procedimiento Civil).

b) Naturaleza jurídica.

Vimos en su oportunidad que la mayoría de los autores estiman que las acciones posesorias son acciones reales.

Sin embargo, también la mayoría de los autores consideran que la querrela de restablecimiento no lo es, sino que es una acción personal que tiene por objeto asegurar la paz social impidiendo que las personas se hagan justicia por sí mismas.

Por eso se concede al poseedor o mero tenedor violento o clandestino al que se pretende despojar de la cosa por medio de la violencia.

Por eso se concede al que sólo es mero tenedor.

El código parece darle el carácter de personal y no considerarla acción posesoria al decir que la concede al que no pudiere instaurar "acción posesoria" (art. 928).

Sin embargo, el hecho de poder instaurar acción posesoria no impide el ejercicio de la querrela de restablecimiento.

c) Requisitos para que proceda la querrela de restablecimiento.

1º Haber sido despojado de la posesión o de la mera tenencia;

2º Que el despojo haya sido violento.

No es requisito de la querrela de restablecimiento el haber poseído o haber sido mero tenedor por determinado tiempo.

d) El despojo violento.

La violencia puede consistir no sólo en hechos materiales para vencer la resistencia del querellante sino en intimidaciones o amenazas que eviten esa resistencia. (176)

Las amenazas deben ser graves y esto es una cuestión de hecho que debe resolver el juez.

La violencia debe consistir en hechos ilícitos, arbitrarios. (177)

La violencia puede dirigirse contra el inmueble o contra el poseedor o mero tenedor. (178)

e) ¿Contra quién puede intentarse la querrela de restablecimiento?

A diferencia de la querrela de restitución que puede dirigirse no sólo contra el que efectuó ese despojo sino contra toda otra persona cuya posesión derive del usurpador, la querrela de

(176) R., T. 17, sec. 2ª, pág. 17.

(177) C. S., R., T. 62, sec. 1ª, pág. 54.

(178) C. S., R., T. 49, sec. 1ª, pág. 64.

restablecimiento sólo puede dirigirse contra el autor del despojo violento pues se trata de una acción personal.

En consecuencia, no puede dirigirse contra el que derivó la tenencia o posesión del despojador violento. Si se pretende, en este caso, recuperar la posesión habrá que intentar la querrela de restitución; si se pretende recuperar la mera tenencia, habrá que pedirle al poseedor que intenta la querrela de restitución y dé la mera tenencia al que le fue despojada.

En todo caso, la acción de perjuicios procede contra el despojador (art. 928, inc. 2°).

Hacemos presente que hay jurisprudencia que estima que por la naturaleza de esta querrela no procede cobrar perjuicios en ella sino sólo pedir que se aseguren para cobrarlos por la vía ordinaria. (179)

La querrela de restablecimiento, dada su naturaleza, procede contra el propietario o poseedor de la cosa si despojan violentamente al poseedor o mero tenedor de la cosa. (180)

Procede contra las autoridades administrativas que no actúan en el ejercicio de sus atribuciones. (181)

Por último, procede entre comuneros. (182)

f) Cosas que pueden protegerse con la querrela de restablecimiento.

Además de los inmuebles y derechos reales constituidos en ellos, hay autores que estiman que la querrela de restablecimiento pro-

(179) C. S., R., T. 39, sec. 1°, pág. 163.

(180) R., T. 17, sec. 2°, pág. 17.

(181) C. S., R., T. 33, sec. 1°, pág. 12.

(182) R., T. 1. 2ª parte, pág. 582.

cede respecto de los inmuebles que no pueden ganarse por prescripción. Dan las razones siguientes:

- Es ilógico aplicar lo dispuesto en el art. 917 a la querrela de restablecimiento que se concede, incluso, al mero tenedor;
- El art. 928 dice que se concede la querrela de restablecimiento al que por cualquier causa no pudiere instaurar una acción posesoria;
- Si no es una acción posesoria, no se le aplicaría el art. 917.

En cuanto a las servidumbres, la querrela de restablecimiento, en principio, no procede ya que no se puede despojar violentamente del derecho de servidumbre, se puede turbar o embarazar. Sin embargo, procedería si violentamente se despojara de las obras aparentes por las que se ejerce la servidumbre; por ejemplo, si se destruyen violentamente esas obras. Naturalmente que el querellante debe pedir el restablecimiento en las obras aparentes no en la servidumbre misma.

g) Plazo en que debe intentarse la querrela de restablecimiento.

El derecho a pedir el restablecimiento en la posesión o en la mera tenencia prescribe en seis meses (art. 928, inc. 1º parte final).

h) Reserva de acciones.

El art. 928, inc. 2º establece que restablecidas las cosas, y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan.

Por su parte, el art. 564 del Código de Procedimiento Civil dice que la sentencia pronunciada en la querrela de restablecimiento deja a salvo a las partes, no sólo el ejercicio de la acción ordinaria en conformidad al art. 563, sino también el de las acciones posesorias que les correspondan.

Es decir, la reserva lo es respecto de las querellas de amparo y restitución y de la acción ordinaria que proceda (art. 563, inc. 1º del Código de Procedimiento Civil).

Lo dispuesto en el inciso 2º del art. 563 del Código de Procedimiento Civil es sin perjuicio de lo dispuesto en su inciso 1º y en el art. 564 del mismo Código.

Ya hemos visto que lo dicho no constituye alteración de los principios de la cosa juzgada pues en las acciones que después se intenten o es distinta la cosa pedida o lo es la causa de pedir.

466. LOS INMUEBLES NO INSCRITOS Y LAS ACCIONES POSESORIAS

Veremos diversos problemas que se presentan con las acciones posesorias en relación con los inmuebles no inscritos.

- a) Si un tercero turba la posesión no inscrita mediante actos materiales, el poseedor puede intentar la querrela de amparo (arts. 921 del Código Civil y 549 N° 1 del Código de Procedimiento Civil).
- b) Si un tercero despoja al poseedor no inscrito de su posesión pero no la inscribe a su nombre, el poseedor no inscrito puede intentar la querrela de restitución (arts. 926 del Código Civil y 549 N° 2 del Código de Procedimiento Civil).

Si el despojo ha sido violento puede intentar la querrela de restablecimiento (arts. 928 del Código Civil y 549 N° 3 del Código de Procedimiento Civil).

- c) Si un tercero, sin despojar al poseedor no inscrito, pretende inscribir el inmueble a su nombre, el poseedor no inscrito puede oponerse a ello intentando la querrela de amparo ya que es turbado en su posesión. La inscripción que se pretende hacer es de papel y según la jurisprudencia no es prueba, requisito ni garantía de la posesión. (183)
- d) Si un tercero practica la inscripción a su nombre pero no despoja de la posesión material al poseedor no inscrito, la mayor parte de

(183) C. S., 11 diciembre 1893, G. 1893, T. III, N° 3648, pág. 33.

los autores y de la jurisprudencia estiman que la referida inscripción de papel no hace perder la posesión al poseedor no inscrito, y, en consecuencia, este poseedor puede intentar la querrela de amparo ya que ve turbada su posesión.

Si ha transcurrido más de un año, el poseedor no inscrito puede, mediante una acción innominada, pedir la cancelación de la inscripción.

Hay quienes creen que si se practica la inscripción, el poseedor no inscrito pierde su posesión y sólo podrá intentar la querrela de restitución mientras el poseedor inscrito no haya cumplido un año de posesión.

- e) Si el tercero practica la inscripción y, además, logra la tenencia material del inmueble, el poseedor no inscrito sólo puede intentar la querrela de restitución mientras el poseedor inscrito no haya cumplido un año de posesión, y pedirá la devolución de la cosa y la cancelación de la inscripción (arts. 925 y 926).

En este caso y los anteriores si se recupera la posesión se entiende no haberse perdido jamás (arts. 731 y 2502).

Además, de todo lo dicho podría intentarse la acción publiciana cuando fuere procedente (art. 849). (184)

467. LAS ACCIONES POSESORIAS Y LOS INMUEBLES INSCRITOS

En este párrafo analizaremos algunos de los problemas que se presentan respecto de los inmuebles inscritos y las acciones posesorias.

- a) Si un tercero pretende inscribir a su nombre un inmueble ya inscrito, el poseedor inscrito puede intentar la querrela de amparo porque es turbado en su posesión.

(184) C. S., R., T. 30, sec. 1ª, pág. 436.

Si ha transcurrido más de un año de la turbación, la acción que deberá intentarse para impedir la turbación sería una acción innominada.

- b) Si un poseedor inscrito es privado de la posesión material hay autores que creen que no procede la querrela de restitución ya que conserva su posesión. Creen que procedería la querrela de amparo porque es turbado en su posesión. (185)

Otros creen que sólo procede la querrela de restablecimiento, ya que la posesión la conservaría el poseedor y no sería turbado en ella sino sólo despojado de la mera tenencia. Si han transcurrido más de seis meses sólo procedería una acción innominada para recuperar la tenencia de la cosa, o la acción de precario del art. 2195.

Por último, hay quienes han estimado que la tenencia es un elemento de la posesión inscrita, que si se pierde da derecho para intentar la querrela de restitución.

En nuestro concepto la doctrina más acertada es la primera, sin perjuicio de encontrar procedente, además, otras acciones mencionadas, como la de precario.

468. ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

Son tratadas en el Título XIV del Libro II, concretamente, la denuncia de obra nueva, la denuncia de obra ruinosa y otras que no tienen nombre específico.

469. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

No son verdaderas acciones posesorias pues no se refieren a la posesión sino al ejercicio del derecho de dominio y establecen limitaciones a ese ejercicio. (186)

(185) C. S., R., T. 52, sec. 1ª, pág. 294.

(186) C. S., R., T. 3, sec. 1ª, pág. 96; T. 55, sec. 1ª, pág. 279.

470. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

- a) Para intentar las acciones posesorias especiales no se requiere tiempo alguno de posesión anterior; (187)
- b) No tendrán lugar contra el ejercicio de servidumbres legítimamente constituidas (art. 947). Es natural que al dueño del predio sirviente no pueda tratar de impedir la servidumbre, constituida legalmente, mediante una querrela posesoria;
- c) Si se refieren a una obra perteneciente a muchos o si el daño sufrido o temido pertenciere a muchos, puede intentarse en el primer caso la denuncia o querrela contra todos juntos o contra cualquiera de ellos, y cada uno en el segundo tendrá derecho para intentar la denuncia o querrela por sí solo, en cuanto se dirija a la prohibición, destrucción o enmienda de la obra.

Pero la indemnización a que por los daños recibidos hubiere lugar en el primer caso, se repartirá entre todos por igual, sin perjuicio de que los gravados con esta indemnización la dividan entre sí a prorrata de la parte que tenga cada uno en la obra. Pero ninguno podrá, en el segundo caso, pedir indemnización sino por el daño que él mismo haya sufrido, a menos que legitime su personería relativamente a los otros (art. 946).

471. PARA ENTABLAR UNA QUERRELA POSESORIA ESPECIAL NO ES NECESARIO HABER ESTADO EN POSESIÓN TRANQUILA E ININTERRUMPIDA DE LA COSA POR UN AÑO COMPLETO

Dicho requisito está en el art. 918 que no es aplicable a las acciones posesorias especiales considerando su ubicación en el código y la naturaleza de estas acciones.

Con las acciones posesorias especiales se pretende la conservación provisional del estado de cosas existente al intentarlas. Por ello basta

(187) C. S., R., T. 36, sec. 1ª, pág. 219.

la posesión actual de la cosa y la perturbación que hace procedente la acción. (188)

472. LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA

a) *Concepto.*

Es la acción que tiene por objeto la suspensión de los trabajos de una obra nueva, comenzados o a punto de comenzarse, a fin de prevenir un daño, hasta que en el juicio que corresponda se resuelva sobre el derecho a continuar o no la obra.

b) *Concepto de obra nueva.*

Para nuestro derecho son obras nuevas todas las cosas que no existían y que se están haciendo o pretenden hacerse, pero que no están concluidas (arts. 252 del Código de Aguas y 565 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).

El Código Civil no da una definición de las obras nuevas pero señala en forma no taxativa algunas que son denunciables y otras que no lo son.

No son denunciables las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., con tal que en lo que puedan incomodar se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que, terminadas se restituyan las cosas al estado anterior, a costa del dueño de las obras (art. 930, inc. 2°).

Tampoco son denunciables los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, acequias, cañerías, etc. (art. 930, inc. 3°).

Según el art. 931 son obras nuevas denunciables las que construidas en un predio sirviente embarazan el goce de una servidumbre constituida en él; las construcciones que se trata de sustentar en

(188) C. S., R., T. 36, sec. 1°, pág. 219.

edificio ajeno que no está sujeto a tal servidumbre; toda obra voladiza que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él (art. 931).

Según la jurisprudencia son obras nuevas no sólo las que resulten adheridas fijamente al suelo sino aquéllas en que se emplean elementos transportables, por ejemplo, un cobertizo de madera, una canoa; también lo son las obras de que no resultan edificios, como un trabajo de excavación, perforación o demolición. (189)

Como decíamos, para que proceda la denuncia de obra nueva es necesario que los trabajos no estén concluidos. Si lo están, procede un interdicto especial o la querrela de amparo, en su caso. (190)

Pero no es preciso que los trabajos se hayan principiado. El art. 930 se refiere a toda obra nueva que se *trate* de construir. El art. 549 N° 4 se refiere a *impedir* una obra nueva. (191)

Tampoco interesa si los trabajos están muy avanzados. Basta que no estén concluidos. (192)

c) *Predios en que puede estar la obra nueva.*

La obra nueva puede estar en el predio de que es poseedor el denunciante. También pueden estar en el predio del denunciado si la obra embaraza el goce de una servidumbre (arts. 930 y 931).

d) *Naturaleza jurídica de la denuncia de obra nueva.*

Para algunos es una verdadera acción posesoria cuya curiosidad está en que protege una turbación *eventual* de la posesión.

(189) C. Talca, 9 enero 1895, G. 1895, T. I, N° 203, pág. 158.

(190) C. S., R., T. 36, sec. 1ª, pág. 219.

(191) R., T. 31, sec. 2ª, pág. 49.

(192) C. S., R., T. 46, sec. 1ª, pág. 855.

Para otros no es acción posesoria ya que su finalidad es esencialmente cautelar porque protege una turbación o daño eventual. (193) (194)

e) Tramitación y partes en la denuncia de obra nueva.

La tramitación de la denuncia de obra nueva está en los arts. 565 a 570 del Código de Procedimiento Civil.

Pueden ser demandantes en la denuncia de obra nueva, los dueños o poseedores de los inmuebles perjudicados con la obra nueva, el titular de una servidumbre cuyo goce embarace la obra nueva y, además, la Municipalidad y cualquier persona del pueblo, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público (arts. 930, 931 y 948).

Estimamos que también son titulares de la acción para denunciar una obra nueva el usufructuario, el usuario y el habitador de un inmueble perjudicado con la obra nueva porque son dueños o poseedores de sus respectivos derechos, y esto aunque el código no reproduzca la norma que contenía el Proyecto de 1853 y que reconocía este derecho.

Demandado en la denuncia de obra nueva debe ser el dueño de la obra, es decir, el que encargó su ejecución. Pero para que se suspenda la obra no es necesario notificarle a él la demanda, basta que la notificación se haga al que está dirigiendo o ejecutando la obra (art. 566 del Código de Procedimiento Civil).

No vemos inconveniente para que entre comuneros proceda la denuncia de obra nueva si la obra perjudica el goce de los otros comuneros. Hay jurisprudencia en contra. (195)

f) Requisitos de la denuncia de obra nueva.

1º Intento de construir una obra nueva denunciabile.

(193) Vodanovic. Antonio, ob. cit., pág. 932.

(194) R., T. 15, sec. 2º, pág. 25.

(195) C. S., R., T. II, sec. 1º, pág. 243.

2º Posesión del predio o del derecho (servidumbre, usufructo, uso o habitación) que la obra nueva perjudica. En este caso no es necesario, como ya lo vimos, la posesión por un año. (196)

3º Que la denuncia se haga dentro del año en que se iniciaron las obras (art. 950, inc. 3º). El plazo se cuenta desde que se iniciaron las obras porque si se contara desde que se terminaron no se trataría de una obra nueva denunciante sino una obra terminada, que habría que atacar por la vía de la querrela de amparo si aún no termina el plazo de un año (art. 950, inc. 3º).

Hay que tener presente que con la denuncia de obra nueva se pide la *suspensión* de la obra, la que no procedería si estuviera terminada. (art. 565 del Código de Procedimiento Civil). (197)

g) *Reserva de acciones.*

En la denuncia de obra nueva la sentencia ratificará la suspensión provisional decretada o mandará alzarla. Sea cual sea el fallo se dejan a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competen, para que se declare el derecho de continuar la obra o de hacerla demoler (art. 569, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil).

Creemos que en caso que se acoja la denuncia de obra nueva, es decir, se dé lugar a la suspensión de la obra, se produce una alteración de las reglas generales en materia de excepción de cosa juzgada ya que puede discutirse lo mismo por la vía ordinaria, existiendo la triple identidad que requiere la excepción de cosa juzgada. En este caso podemos decir que la sentencia produce cosa juzgada formal y no substancial.

h) *Prescripción.*

Como ya lo hemos dicho, la denuncia de obra nueva prescribe en un año contado desde que se inician las obras (art. 950, inc. 3º).

(196) C. S., R., T. 36, sec. 1º, pág. 219.

(197) C. S., R., T. 36, sec. 1º, pág. 219; T. 12, sec. 1º, pág. 363.

También prescribe en un año la acción concedida para la indemnización del daño sufrido (art. 950, inc. 1º). Creemos que en este caso el año se cuenta desde que se sufre el daño. (198)

473. LA DENUNCIA DE OBRA RUINOSA

a) *Concepto y objeto.*

Es la acción que se puede ejercer para obtener la demolición, enmienda o reparación de un edificio o cualesquiera otras construcciones vecinas que amenacen ruina, o el afianzamiento o extracción de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia (arts. 932 y 935 del Código Civil y 571, inc. 1º del Código de Procedimiento Civil).

Los objetos de la denuncia de obra ruinosa son:

- 1º Que se derribe el edificio vecino;
- 2º Que se repare el edificio si admite reparación;
- 3º Que se enmiende el edificio si admite enmienda;
- 4º Que se extraigan los árboles mal arraigados, o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia;
- 5º Que se afiancen los árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia (arts. 932 y 935 del Código Civil y 571, inc. 1º del Código de Procedimiento Civil).

Creemos conveniente que las peticiones se hagan unas en subsidio de otras para que el juez resuelva la que sea procedente (art. 572 del Código de Procedimiento Civil).

Si el daño que se teme del edificio, construcciones o árboles no fuere grave bastará que el querellado rinda caución de resarcir

(198) Claro Solar, Luis, ob. cit., T. IX, Nº 1920, pág. 595.

todo perjuicio que por el mal estado sobrevenga (arts. 932, inc. 2º y 935).

b) Naturaleza jurídica.

No es una acción posesoria ya que no protege la posesión. Tiene por objeto, como lo hemos visto, proteger a las personas y los bienes de la ruina o peligro con que los amenace un edificio, cualesquiera otras construcciones o árboles. (199)

Si cae el edificio o el árbol, el poseedor sigue poseyendo. La denuncia de obra ruinosa no interrumpe ninguna prescripción.

c) Requisitos y partes en la denuncia de obra ruinosa.

1º Debe temerse la ruina, esto es la caída, total o parcial, de un edificio, construcción o árbol.

Si se teme un daño que no provenga de la caída (ruina) del edificio, construcción o árbol, no procede la denuncia de obra ruinosa; (200)

2º La ruina debe ser inminente, es decir, inmediata o pronta (art. 932);

3º El inmueble que amenaza ruina debe ser vecino al del denunciante (arts. 932 y 934);

4º Debe temerse que la ruina cause perjuicios.

Puede ser demandante no sólo el dueño o poseedor del inmueble vecino al que amenaza ruina sino el mero tenedor (arrendatario, usufructuario, etc.) (art. 932).

Debe demandarse al dueño del edificio, construcción o árbol que amenaza ruina (arts. 932 y 935). También puede ser demandado el poseedor pues se reputa dueño.

(199) C. S., R., T. 27, sec. 1ª, pág. 643.

(200) C. S., R., T. 47, sec. 1ª, pág. 218; T. 12, sec. 1ª, pág. 305.

Creemos que no procede entre comuneros ya que todos ellos deben contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota (art. 2309). (201)

El procedimiento de la denuncia de obra ruinosa está en los arts. 571 a 576 del Código de Procedimiento Civil. En él es obligatoria la inspección personal del tribunal (art. 571 del Código de Procedimiento Civil).

d) ¿Cómo se cumple el fallo del tribunal?

Si el fallo da lugar a que se derribe el edificio o construcción o se extraiga el árbol, o a que se repare el edificio o construcción o se afiance el árbol, el demandado debe proceder a ello (arts. 932, inc. 1º y 935).

Si el demandado no lo hace, se derribará el edificio o construcción, o se extraerá o afianzará el árbol a su costa (arts. 932, inc. 1º y 935).

En el caso de hacerse la reparación por otro que el querellado, el que se encargue de hacerla conservará la forma y dimensiones del antiguo edificio en todas sus partes, salvo si fuere necesario alterarlos para precaver el peligro. Las alteraciones se ajustarán a la voluntad del dueño, en cuanto sea compatible con el objeto de la querella (arts. 933 y 935).

e) Indemnización de perjuicios.

Si notificada la querella, cayere el edificio, construcción o árbol por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si se cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización; a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado (arts. 934, inc. 1º y 935).

Si la caída es anterior a la notificación de la querella, no habrá lugar a indemnización (arts. 934, inc. 2º y 935).

La razón por la que la ley exige notificación de la querrela para que proceda la indemnización a los vecinos es que por ser tales deben precaverse de la ruina.

Si se trata de personas que no son vecinos, fuera de la acción popular que les concede el art. 948 para los casos a que él se refiere, pueden demandar perjuicios haciendo valer lo dispuesto en el art. 2323 y en los arts. 2314 y siguientes sobre responsabilidad delictual y cuasidelictual.

f) Reserva de acciones y cosa juzgada.

En la denuncia de obra ruinosa si se da lugar a la demanda no hay reserva de acciones para ejercer los mismos derechos por la vía ordinaria (art. 576 del Código de Procedimiento Civil).

Si no se da lugar al interdicto se produce la cosa juzgada formal pero no la substancial ya que es posible discutir lo mismo en un juicio ordinario (art. 576 del Código de Procedimiento Civil a contrario sensu).

g) Prescripción.

Las acciones dirigidas a precaver un daño (denuncia de obra ruinosa) no prescriben mientras haya justo motivo de tenerlo (art. 950, inc. 2°).

Sin embargo, la acción concedida para la indemnización de un daño sufrido, prescribe para siempre al cabo de un año completo (art. 950, inc. 1°).

474. OTRAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

Gran parte de las acciones posesorias especiales que trata el código eran relativas a las aguas, materia que hoy se trata en el Código de Aguas.

Mencionaremos las que se conservan en el código.

a) *Enumeración:*

- 1° El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarla (art. 941 inc. 1°);
- 2° El dueño de una casa tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros (art. 941, inc. 2°).

Si los árboles fueron de aquellos que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañen a los edificios vecinos; el máximo de la distancia señalada por el juez será de cinco metros (art. 941, inc. 3°).

Los derechos a que se refiere esta letra subsistirán contra los árboles, flores u hortalizas, a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes (art. 941, inc. 4°).

Hacemos presente que las acciones que estamos analizando son el favor no sólo de las casas sino de todo edificio; (202)

- 3° El dueño del suelo podrá exigir que se corte la parte excedente de las ramas si un árbol las extiende sobre suelo ajeno (art. 942, inc. 2°).

Si el árbol penetra en el suelo ajeno con sus raíces, el dueño del suelo puede cortar él mismo las raíces. Este es un caso de justicia privada (art. 942, inc. 1°).

Lo dicho en el art. 942 tiene lugar aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida (art. 942, inc. 2°).

(202) C. Santiago, 1° octubre 1863, G. 1863, N° 1978, pág. 750.

- 4° Si se pide la destrucción o modificación de las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso, tal petición se tramita como denuncia de obra ruinoso (arts. 937 del Código Civil y 577 del Código de Procedimiento Civil).

Los interdictos a que nos hemos referido en las letras anteriores se tramitan como *denuncia de obra ruinoso* (art. 579 del Código de Procedimiento Civil). Los que mencionaremos a continuación se tramitan como *denuncia de obra nueva* (art. 580 del Código de Procedimiento Civil);

- 5° Cuando se pide la suspensión de las obras para abrir ventanas o troneras en una pared medianera, sin consentimiento del condueño (art. 874);
- 6° Cuando se pide la suspensión de las obras destinadas a hacer una ventana que dé luz a una propiedad sin que esté guarnecida de rejas de hierro, y de una red de alambre, cuyas mallas tengan tres centímetros de abertura o menos, o cuando la parte inferior de la ventana no diste del suelo de la vivienda a que da luz tres metros a lo menos (art. 875);
- 7° Cuando se pide la suspensión de las obras destinadas a hacer ventanas, balcones, miradores o azoteas, que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no, y en que no intervenga la distancia de tres metros (art. 878).

b) Naturaleza jurídica de los interdictos especiales.

No son acciones posesorias, son limitaciones al dominio para perjudicar lo menos posible a los vecinos o al público en general.

c) Reserva de acciones.

Las sentencias que se dicten en los interdictos especiales dejan a salvo su derecho a las partes para deducir en vía ordinaria las acciones que por ley les corresponda (art. 581 del Código de Procedimiento Civil).

d) *Prescripción de las acciones posesorias especiales y cosa juzgada.*

Ya hablamos de la prescripción en el caso de las denuncias de obra nueva y de obra ruinosas.

Respecto de la prescripción de los otros interdictos especiales se aplica el art. 950. En consecuencia, las acciones concedidas para la indemnización de un daño sufrido, prescriben *para siempre* al cabo de un año completo (art. 950, inc. 1°).

Tiene aplicación respecto de 108 interdictos que estamos analizando lo dispuesto en el art. 946 relativo a pluralidad de partes y a indemnización de perjuicios.

Las acciones dirigidas a precaver un daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo (arts. 950, inc. 2° y 937).

Como ya vimos estas acciones dejan a salvo la vía ordinaria, en consecuencia, respecto de ellas hay cosa juzgada formal pero no substancial.

Sin embargo, como acciones ordinarias prescriben en cinco años, como es en el caso de que se gane como servidumbre el derecho correspondiente (arts. 950, inc. final y 882, inc. 2°).

475. ACCIÓN POPULAR Y ACCIÓN MUNICIPAL

a) *Concepto de acción popular.*

Es la que se da a cualquier persona para la defensa de un interés público, para precaver un daño a personas indeterminadas (arts. 948 y 2333).

Según el art. 948, que es el que nos interesa en este trabajo, la Municipalidad y cualquier persona del pueblo tiene acción popular, esto es, tienen los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

b) *¿En favor de quiénes o de qué se puede intentar la acción popular del art. 948?*

Para algunos la acción popular sólo procede en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público siempre que sea para la seguridad de los que transitan por ellos. (203)

Otros creen que se puede entablar acciones populares, independientemente, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos.

c) *¿A qué acciones se refiere el art. 948?*

Para algunos, considerando la ubicación del art. 948, sólo pueden ejercitarse como acciones populares las acciones posesorias especiales. (204)

Otros piensan que dada la redacción del art. 948 que se refiere a "los derechos" concedidos a los dueños de heredades o edificios privados, pueden intentarse por cualquiera del pueblo y por las municipalidades todas las acciones posesorias.

En todo caso las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados, esto es, las que puedan intentarse en interés privado (art. 949).

d) *Recompensa en favor del actor en la acción popular.*

Siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda a la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad (art. 948, inc. 2°).

(203) C. S., R., T. 21, sec. 1ª, pág. 37.

(204) C. S., R., T. 33, sec. 1ª, pág. 281.

La recompensa al actor también la contempla el art. 2334.

e) Acción municipal.

Es la misma acción popular pero concedida a las municipalidades (art. 948).

Los efectos de la acción municipal son iguales a los de acción popular.

Las municipalidades son las encargadas de reglamentar lo relativo a las construcciones de edificios u otras obras en los costados de calles y caminos públicos. Esa reglamentación está en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en las ordenanzas generales y locales.

La ley mencionada también da acciones populares.