

DERECHO CIVIL IV

CASOS Y MATERIALES – MODULO 1

PROPIEDAD Y MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO



Profesor Nicolás Rojas Covarrubias
Instructor Camilo Vergara Santelices
Semestre Primavera 2020

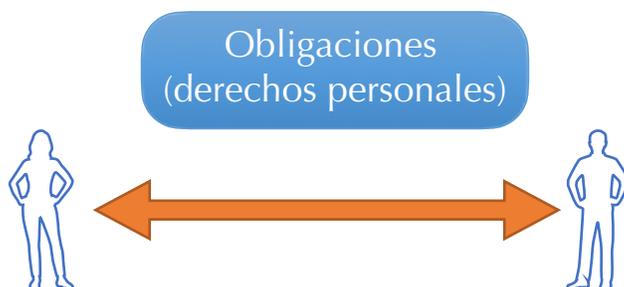
Módulo 1: Derechos Reales

Tema 1: Introducción y conceptos generales

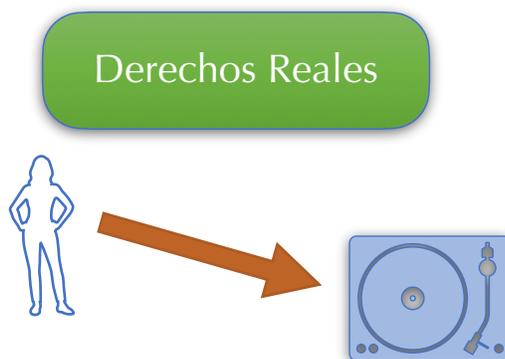
Derechos reales y personales

Aún cuando ambos son componentes del derecho privado patrimonial, el derecho de bienes presenta diferencias significativas con el derecho de obligaciones, que se basan, a su vez, en la diversa estructura de los derechos reales y derechos personales.

Como se ha estudiado en los cursos anteriores, los derechos personales asumen una lógica relacional, en cuanto suponen una relación entre individuos. La regla del artículo 578 lo muestra claramente al hablar de que “sólo pueden reclamarse de ciertas personas” que “por un hecho suyo o la sola disposición de la ley” (esto es, sólo cuando ha mediado una *fuerza de la obligación*), “han contraído las obligaciones correlativas.



Por su parte, los derechos reales suponen un vínculo directo entre el titular y una cosa (artículo 577), “sin respecto a determinada persona”.



Una lectura atenta da cuenta de las diferencias que siguen a las definiciones. Mientras en los derechos personales se releva la necesidad de una fuente (sin ella, la persona no está obligada; y, más aún, salvo por la ley, la persona queda obligada por un “hecho suyo”, o sea, por un acto voluntario), en materia de derechos reales no hay referencia a ella, pero la disposición pasa

inmediatamente a una enumeración. Adicionalmente, el artículo 578 hace referencia a la existencia de un sujeto obligado, mientras el artículo 577 nos señala que en el derecho real sólo existe la persona del titular.

Esta noción de “sin respecto a determinada persona” refiere que las atribuciones que el derecho real otorga a su titular no dependen de voluntad ajena alguna y que pueden ejercerse sin más límites que los impuestos por la ley y el derecho ajeno (cfr., artículo 582). Con todo, de ello también se sigue que imponen a los terceros extraños un deber de respeto o no turbación del ejercicio del derecho por parte del titular. En ese sentido, son derechos absolutos, que imponen un deber de tolerancia universal, análogos en este sentido a los derechos de la personalidad.

Los particulares son libres de crear nuevas formas de derechos personales -en realidad, de vinculaciones contractuales-, en cuanto éstos solo afectan a las partes que han consentido en la imposición de las obligaciones establecidas. Por el contrario, la circunstancia que los derechos reales impongan una obligación *erga omnes*, determina que -a diferencia de los derechos personales- sólo puedan tener origen legal. Por lo mismo, se dice que son un número clauso.

Los derechos reales en el ordenamiento chileno están enumerados en el mismo artículo 577: dominio, herencia, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca. A ellos se agregan el derecho de censo, en cuanto persiga la finca acensuada (artículo 579), el derecho de aprovechamiento de aguas (Código de Aguas, artículo 6°), el derecho de conservación medioambiental (Ley N° 20.930, artículo 1°) y una serie de derechos de concesión, calificados como derechos reales por diversas leyes especiales.

Las diferencias entre los distintos derechos reales están determinadas por las facultades sobre la cosa que otorga al titular, donde el que otorga más amplias facultades es el derecho de propiedad. Por esta misma razón, los demás derechos reales usualmente reciben la denominación de de “derechos reales limitados”, y aquellos que otorgan al titular algunas de las facultades del propietario -usualmente el usufructo y el uso o habitación, aunque también se incluye a las servidumbres- se han llamado “desmembramientos del dominio”. Asimismo, los distintos derechos reales reconocen diferencias en relación con la forma de atribución de la titularidad y con la alteración de la misma.

Las diferencias entre derechos reales y derechos personales se muestran también ante casos de afectación de los derechos. La privación de un derecho real (en especial, el derecho de propiedad), da lugar a una serie de acciones de protección, que incluso han sido establecidas a nivel constitucional (acción constitucional de protección, CPR, artículo 20, en relación con el artículo 19 N° 24). Las acciones buscan, ante todo, la restitución de la cosa. Por el contrario, la afectación de un derecho personal sólo da lugar a una acción personal que se hace valer sobre el patrimonio del deudor, por una suma de dinero equivalente al valor de la prestación debida. Así, las acciones personales son inherentemente más riesgosas, atendido que su éxito dependerá un hecho ajeno a la

voluntad del acreedor, como es que el patrimonio del deudor resulte suficiente para el pago de la deuda.

Como consecuencia de lo señalado anteriormente, los derechos reales, y en particular, el derecho de propiedad, tienen un fuerte componente de orden público, que se manifiesta en su consagración a nivel constitucional, en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Su reconocimiento como un derecho fundamental le otorga -como se dijo- un grado especial de protección, pero también le impone cargas en función del resguardo del interés público. Así, la misma disposición constitucional refiere la llamada *función social*, al señalar que “[s]ólo la ley puede establecer (...) las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

Objeto de los derechos reales

El objeto de los derechos reales es la *cosa*. La noción de cosa se ha construido a través del tiempo, en función de las distintas necesidades del comercio y la actividad económica.

En el derecho romano, se entendía por cosa (*res*) a cualquier objeto constituido por *materia*, fuese natural o artificial, aunque posteriormente —a partir de los textos de Gayo— se distinguió entre *res* corporales e incorpóreas, entendidas las primeras como “aquellas que pueden ser tocadas” y las segundas, en sentido contrario, y que eran creadas por el derecho. Puede desde ya notarse la similitud con el sistema del Código Civil, que define las cosas corporales como “las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos” (artículo 565 II). Con todo, la definición de cosas incorpóreas es más restringida, pues ya no hace referencia simplemente a lo que no pueda ser percibido por los sentidos, sino que las limita a los “meros derechos”, sean personales o reales (artículo 565 III). Con todo, tanto para el Código Civil (como para la Constitución), sobre ambos tipos de cosas se puede tener *propiedad*.

En derecho moderno, los términos cosa y bien se identifican (artículo 565 I). El concepto se asocia a lo valioso, a la tenencia de valor patrimonial, susceptible de apropiación.

Aquí es necesario hacer una precisión. El numeral 24 del artículo 19 de la Constitución hace referencia al “derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorpóreas”, mientras que el artículo 583 del Código Civil dispone que “[s]obre las cosas incorpóreas hay también una *especie* de propiedad (...)” (énfasis agregado).

Sobre esta base, ha surgido una discusión en derecho chileno sobre la naturaleza de la propiedad que se tiene sobre tipo de cosa incorpórea, los derechos personales. No hay mayor discusión respecto de la propiedad sobre derechos reales. Atendido que los distintos derechos reales se ejercen sobre cosas corporales, y que las atribuciones que se otorgan a sus titulares son usualmente

entendidas como parte de aquellos que la propiedad otorga a su titular, no hay mayor diferencia en las formas de aplicación de esos atributos a este tipo de derechos. La única consideración particular, es que no hay dominio sobre el dominio, pues este se radica directamente en la cosa.

La situación es diversa respecto de los derechos personales, en consideración a las diferencias antes señaladas con los derechos reales. Estos derechos son calificados derechamente por el Código Civil como cosas incorporales (artículo 565 III) sobre las que se tendría, como se dijo, una especie de propiedad (artículo 583), la cual está sujeta a la garantía constitucional antedicha. Sin embargo, no es evidente que el género esté dado por la regla del artículo 582, o si ambas son “especies”, que pertenecen a un género mayor, que sería la noción de “propiedad”. Esta última tesis ha sido sostenida en Chile por el profesor Alejandro Guzmán Brito.

La distinción es relevante para establecer que características del dominio sobre las cosas corporales pueden extenderse a la propiedad sobre los derechos personales, en particular, si sobre ellos se puede tener posesión (y eventualmente ganarse el dominio por prescripción adquisitiva), y en relación con la posibilidad de recurrir a su respecto vía acción constitucional de protección.

Por su parte, el artículo 584 da cuenta que existiría una tercera clase de cosas -que algunos autores llaman *inmateriales*- que corresponden a las “producciones del talento o del ingenio”, que se vinculan con los derechos de propiedad intelectual e industrial. A nivel constitucional, estas cosas están reguladas separadamente, en el numeral 25 del artículo 19.

En cualquier caso, la principal característica de los bienes para el derecho privado patrimonial es su *apropiabilidad*, esto es, que sean susceptibles de ser incorporadas al patrimonio de una persona. La apropiabilidad usualmente va a de la mano de la *comerciabilidad*, que atiene a si las cosas pueden ser objetos de actos jurídicos válidos relativos a su transferencia o transmisión.

Sin perjuicio de lo anterior, la legislación nacional contempla cosas no apropiables, varias de las cuales provienen de las antiguas reglas romanas. Ellas son las cosas “que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres” (artículo 585). Su carácter inapropiable tiene que ver más con una limitación práctica, en cuanto hay una imposibilidad de aprehender materialmente esas cosas.

Tradicionalmente, se incluyen entre las cosas inapropiables a las consagradas al culto divino, aunque una lectura más atenta de la norma (artículo 586) sólo señala que éstas se rigen por el derecho canónico. Finalmente, se puede agregar aquí a los bienes nacionales de uso público, los cuales están sujetos a un estatuto de derecho público, como se verá (vid., *infra*).

Por su parte, las cosas *incomerciables* son apropiables, pero no pueden ser objeto de actos jurídicos válidos (vid., artículo 1461 I). A este tipo de cosas se refieren algunas de las reglas sobre objeto ilícito de los actos y contratos recogidas en los artículos 1464 n.º1, que refiere genéricamente a “cosas que no están en el comercio”, 1464 n.º 2 (derechos personalísimos) y 1466 (libros de circulación prohibida, láminas, pinturas y estatuas obscenas; la disposición hoy es algo anacrónica, pero da cuenta que puede haber incomerciabilidad derivada de una infracción a la moral o las

buenas costumbres imperantes). También hay casos de cosas inenajenables establecidos en leyes especiales, como las que disponen la inenajenabilidad de los órganos del cuerpo humano (Código Sanitario).

La idea de cosa genera más complejidades en relación con derechos y objetos que tienen un carácter extrapatrimonial, esto es, que no son susceptibles de evaluación en dinero, como los derechos de las personas y los órganos y partes del cuerpo humano. En estos casos se observa, por un lado, una tendencia a la cosificación de ciertos aspectos de la personalidad, como la imagen de ciertas personas, que la explotan para su beneficio. En esos casos, se plantea la pregunta por su enajenabilidad. En otros casos, la ley recurre a la idea de propiedad con cierta ligereza, como cuando dispone que la leche materna es de propiedad exclusiva de su hijo (Código Sanitario, artículo 18).

Otras preguntas relevantes dicen relación con el surgimiento de nuevos objetos susceptibles de apropiación y valoración económica, como ha ocurrido con las energías —como la eólica o la geotérmica—, ciertas señales que utilizan el espectro radioeléctrico o rangos de frecuencias dentro de ese espectro. En estos casos, el derecho chileno ha tomado diversos caminos, desde la ausencia de toda regulación, hasta la asignación de concesiones (v.g., la Ley n.º 19.657, sobre concesiones de energía geotérmica).

Finalmente, como se hiciera referencia en el curso de Derecho Civil I, si bien tradicionalmente la noción de cosa se opone a la de persona, el derecho moderno reconoce ciertas categorías intermedias. En ese sentido, es posible hablar de un tránsito desde la persona, al embrión humano, el cuerpo humano y el cadáver, los animales y propiamente, las cosas, entendidas como objetos inanimados. Para los efectos de este curso, la principal discusión se da en relación al estatuto aplicable a los animales. A ese respecto, revisen el siguiente video:



Harry Westermann et al, *Derechos reales*, 7ª edición, (1998) pp. 47-59.

§ 1. LA POSICIÓN DEL DERECHO DE COSAS EN EL SISTEMA JURÍDICO,
EN ESPECIAL EN LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Bibliografía: BAUR, *Entwicklungstendenzen im Sachenrecht*, JA, 1987, 161; HADDING, *Rechtsverhältnisse zwischen Person und Sache?*, JZ, 1986, 926 y JZ, 1987, p. 454; NIEHUES, *Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache*, JZ, 1987, 453; WIEGAND, *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, AcP, 190, 112; M. WOLF, *Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht*, NJW, 1987, 2647.

I. El Derecho de Cosas en general

La rama del derecho que, a grandes rasgos, se identifica con las disposiciones contenidas en el Libro III del BGB se ocupa de los **derechos reales** sobre las cosas, en parte también de los derechos sobre otros derechos. Responde a cuestiones como: ¿a la esfera jurídica de qué persona pertenece esta cosa, qué poderes proporciona al hombre el dominio sobre las cosas, cómo se constituye y modifica la titularidad en relación a las cosas?

«Me pertenece este libro; tengo derecho a utilizar el fundo del vecino como salida de mi predio», son afirmaciones o proposiciones de Derecho de Cosas. «He comprado el inmueble, he comprado un libro; el vecino me ha prometido no oponerse a que yo comparta su salida», afirman algo sobre las relaciones con la persona del vendedor o del vecino; son proposiciones de Derecho de obligaciones, sin que puedan extraerse consecuencias de ello sobre en qué medida las normas del Derecho de obligaciones –por ejemplo, sobre incumplimientos de deberes– son aplicables a las pretensiones jurídico reales.

1. Se acostumbra a extraer conclusiones sobre la esencia del derecho real a partir de la oposición entre la pretensión obligatoria contra una persona para que se comporte de una determinada manera –incluso, en relación a una cosa que ella haya de entregar– y las facultades de injerencia inmediata del titular de derechos sobre una cosa¹. No obs-

¹ Véase WILHELM, *Sachenrecht*, Rn 16 s.

tante, dado que la atribución jurídica de cosas a una persona no sólo importa a ésta, sino que, al menos también tendencialmente, obliga a otros sujetos privados a abstenerse de injerencias sobre esta cosa y a que la comunidad reconozca un derecho subjetivo sobre las cosas, las normas del Derecho de Cosas proporcionan también la **defensa de la paz** mediante la delimitación del ámbito del poder de dominación. Esto ocurre principalmente en el marco de la protección de la propiedad (*vid.* más ampliamente § 28), en tanto que tal protección produce, principalmente a través del § 823 ap. 1, que una lesión de la propiedad desate, bajo ciertas circunstancias, pretensiones indemnizatorias. Junto a ella, se encuentra la pretensión reivindicatoria (§ 983), las pretensiones de eliminación y cesación contra perturbaciones (§ 1004), así como, bajo ciertas circunstancias, las pretensiones de enriquecimiento por intromisión en el contenido atributivo del derecho de propiedad (§ 812 p. 1) o a causa de la gestión de negocios (§ 687 p. 2). Una tal protección de derechos subjetivos privados no está limitada a la propiedad, entendida como el derecho de dominación omnicomprendido descrito en el § 903. Más bien, obtienen también la protección del Derecho de Cosas aquellos que –como los arrendatarios urbanos o rústicos–, sin tener la completa propiedad sobre las cosas (y que, posiblemente, tampoco podrían permitírsela), tienen una «posesión» legítima sobre una cosa (*vid.* §§ 858 y ss.).

La reciente evolución del Derecho de Cosas² se caracteriza también por el hecho de que, junto a la «clásica» titularidad sobre cosas y otros objetos –es decir, junto a la propiedad individual o titularidad única–, se presentan **relaciones jurídicas «divididas»** de tal manera que varias personas tienen una cosa conjuntamente, o en esferas de influencia divididas (*vid.* § 3.I.2). Esto se corresponde con una evolución imperiosa desde el punto de vista político, económico y social, según la cual, también los que obtienen pequeños y medianos ingresos necesitan formas de propiedad sobre las cosas y, con ello, la financiación de la adquisición para llegar a ser propietarios; lo que se corresponde con sus deseos y posibilidades de desarrollo. Así se manifiesta claramente, en lo esencial, en la introducción de una propiedad de la vivienda, independiente de la del suelo, así como del derecho superficie, y también se manifiesta, recientemente –tras la reunificación alemana–, en las formas integradas en el Derecho civil de aprovechamiento dotado de eficacia real de un inmueble no perteneciente al titular del aprovechamiento.

² En relación con este punto de vista, merece la pena leer a BAUR, JA, 1987, 161, 162.

2. Consiguientemente, el Derecho de Cosas tiene que cumplir un papel en el Derecho civil actual que no se agota en su delimitación respecto de las relaciones jurídico-obligacionales entre personas (sobre esto, *infra* II.2). Igualmente, es importante que los derechos de dominación constituidos como derechos reales estén también delimitados por normas del derecho público. Así sucede, en el caso de la propiedad, a través del reconocimiento de su **función social** en el artículo 14 de la **Constitución alemana** (en lo sucesivo, **GG**). Esta función exige una concreción legal, administrativa y también judicial para superar la colisión de los derechos resultantes de la protección de la propiedad con otros derechos privados relativos a la libertad y con los intereses generales³. Esto se aplica igualmente a otros derechos subjetivos. Así se muestra ya en relación a la propiedad inmobiliaria en lo tocante a la evolución de la planificación y concesión de licencias, que no limitan un poder de dominación del propietario previo en cierta medida al Derecho, sino que determinan y delimitan el contenido de los derechos privados⁴. No se trata aquí tanto de las limitaciones del aprovechamiento privado de los derechos subjetivos, como de observar que también en un ordenamiento jurídico liberal se ha de realizar la tarea de definir aquellas posiciones de dominación que una persona monopoliza o que están **absolutamente protegidas**, como diría un jurista, atendiendo a la protección de bienes jurídicos y a sus concreciones en normas tales como los §§ 823 ó 985 y ss. Esto determina, al mismo tiempo, la necesidad de una regulación sobre cómo poder hacer accesibles estos bienes jurídicos a otros en un tráfico jurídico-negocial libre.

Por eso, el Derecho de Cosas debe partir de establecer tipos de derechos de dominación bien determinados en su contenido, que son llamados derechos reales. Con ello, se manifiesta, ante todo, en contra de una libre creación de los citados derechos a través de la autonomía privada y parte del llamado *numerus clausus* de los derechos reales. Al mismo tiempo, fija imperativamente el contenido de los poderes vinculados a la titularidad de tales derechos. Se habla, por ello, de **imperatividad de los tipos** o de tipos fijos⁵, lo que ha de ser entendido como principio rector de una concepción del Derecho de Cosas indepen-

³ Véase al respecto M. WOLF, NJW, 1987, 2647, 2648.

⁴ Sobre estas conexiones, H. WESTERMANN, *FS für Nipperdey*, 1965, p. 765; J. SCHAPP, *Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht*, 1978, pp. 191 y ss.; MÜNCH-KOMM/QUACK, *Introducción*, Rn. 4, 4.^o; BREUER, *Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie*, 1976.

⁵ Al respecto, BAUR/STÜRNER § 1 II 2; WIELING § I.II.IV ss.

diente del Derecho de obligaciones⁶. Estos principios legislativos limitan la libertad de configuración de los particulares y conducen, además, a que las modificaciones jurídico-negociales de la titularidad del derecho y del contenido de las mismas sólo puedan ser viables a través de las formas legislativamente previstas de los llamados **negocios de disposición**.

En general, al Derecho de Cosas le corresponden ciertas funciones indispensables en un ordenamiento jurídico liberal. Con el reconocimiento y delimitación de determinados derechos subjetivos, proporciona garantías esenciales a un Derecho privado basado en la libertad y cumple funciones económicas imprescindibles⁷.

II. La posición del Derecho de Cosas en la codificación

2. Existe una división funcional, en varios aspectos, entre el Derecho de Cosas y el **Derecho de obligaciones** del BGB. A este respecto, la idea originaria del legislador de crear un Derecho de Cosas independiente del modelo jurídico obligacional que rige las relaciones de persona a persona, ha sido cuestionada por numerosas evoluciones, que han encontrado su reflejo en una visión jurídico-obligacional de los derechos reales y en una aproximación de los negocios jurídico-reales a su base jurídico-obligacional⁸.

a) El **Derecho de obligaciones** regula, fundamentalmente, vínculos jurídicos especiales entre distintas personas, de los que nacen entre las personas derechos de crédito y deberes de conducta. Existen a favor de un acreedor, frente al que el deudor, correlativamente, queda obligado. Por lo demás, en tanto que se trate de relaciones obligatorias con-

⁶ En este sentido, RGZ, 124, 116.

⁷ Sobre este tema, WIEGAND, AcP, 190, 112, 132 y ss.

tractuales (véanse, por ejemplo, los §§ 305 y ss.), el Derecho de obligaciones sólo parcialmente se ocupa de la constitución de los derechos y deberes (lo que se rige fundamentalmente por las disposiciones contenidas en la Parte General), sino que regula preferentemente el desarrollo de las relaciones obligatorias existentes entre las partes, como el cumplimiento o la cesión de créditos o las consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de un deber. Junto a ello, el Derecho de obligaciones se ocupa de las relaciones obligatorias legales, como son las derivadas de responsabilidad extracontractual (§§ 823 y ss.) o del enriquecimiento injustificado (§§ 812 y ss.). Los fenómenos relevantes en el Derecho de Cosas –en especial, los negocios de disposición– están encaminados a menudo al cumplimiento de deberes jurídico obligacionales y, por ello, normalmente se encuentran en estrecha vinculación con el desarrollo de relaciones jurídico obligacionales ya existentes.

Con una expresión tópica, se distingue entre derechos de crédito a una cosa o a otras prestaciones (§ 241) y derechos reales en las cosas. Los contratos obligacionales no modifican la situación jurídica de los bienes, sino únicamente las relaciones de los sujetos de derecho, que tienen el dominio sobre los bienes jurídicos. A esto corresponde la diferencia entre la acción reivindicatoria, que procede de la propiedad (§ 985), y una pretensión obligacional estimatoria (*quanti minoris*), por ejemplo, derivada del § 432, o, también, la pretensión de restitución derivada del § 812, que va dirigida a una retransmisión, cuando haya que restituir una propiedad obtenida sin causa (véase el recién expuesto caso de los jarrones chinos).

Por eso, igualmente, sería erróneo limitar al Derecho de obligaciones la figura jurídica de la **pretensión**; esto es, la exigencia jurídicamente fundada de una persona frente a otra u otras. También existen pretensiones en el Derecho de Cosas, mediante las que se puede realizar la protección jurídica debida al Derecho de Cosas: por ejemplo, el propietario puede exigir del poseedor la restitución de la cosa (§ 985) y el propietario de un bien inmueble –así como el poseedor, si posee legítimamente– puede exigir la cesación de perturbaciones (§§ 1004, 862). En estas relaciones legales jurídico-obligacionales no se trata siempre de la protección de bienes jurídicos, sino, más bien, en parte, de determinadas realizaciones de derechos: así, cuando el titular de una hipoteca, según el § 1147, exige que se soporte la ejecución forzosa del inmueble gravado o cuando el titular de una servidumbre (por ejemplo,

de un derecho de paso o de un derecho de habitación: §§ 1090, 1093) exige poder utilizar el inmueble. Por otra parte, también se puede decir que las pretensiones de Derecho de Cosas (reales) descansan en una relación inmediata con la cosa (más detenidamente *infra* § 2.III), mientras que los derechos obligacionales no tienen propiamente un objeto. Sólo generan una responsabilidad del deudor con su patrimonio frente a los derechos de crédito del acreedor y no proporcionan al acreedor derechos de inmisión inmediata, lo que hace necesario, además, proteger las expectativas del acreedor a una ejecución forzosa del patrimonio del deudor (por ejemplo, a través de la pretensión del § 419 o las impugnaciones de derecho concursal o extraconcursales). También en el caso de este tipo de posibilidades de inmisión jurídico-obligacionales se trata siempre de un efecto reflejo del vínculo de la persona del deudor con su patrimonio, y no de la atribución inmediata típica de un objeto, propia del Derecho de Cosas. Esta diferencia en el tipo de determinación de las consecuencias jurídicas es siempre característica de la relación dogmática de las posiciones jurídico-reales y las jurídico-obligacionales. En cambio, económicamente –así como desde un punto de vista de política social y del derecho–, la distinción es menos significativa, en la medida en que está en primer plano el poder de decisión vinculante del titular que conceden todos los derechos subjetivos frente a otras personas (véase sobre esto *supra* I.1). Finalmente, no es conceptualmente necesario para las titularidades jurídico-reales, aunque sea característico, que se dirijan contra todos –por ejemplo, contra todo aquél que haya privado al propietario de una cosa (§ 985) o que le perturbe (§ 1004)–, pues algunos derechos reales, como la hipoteca o las servidumbres, se dirigen contra el propietario, como persona.

De aquí que no sea necesario, en último término, el abandono propuesto por HADDING¹⁰ de la idea según la que el Derecho de Cosas trata de la relación entre persona y una cosa. Ciertamente, las relaciones de una persona con una cosa, que el Derecho reconoce, son siempre expresión de una monopolización (limitada) de un bien jurídico a favor de una persona y, con ello, el medio técnico-jurídico de otorgar a esa persona derechos de exclusión y posibilidades de defensa contra otras personas, que no se podrían fundamentar en puras relaciones interpersonales¹¹.

¹⁰ JZ 1986, 926.

¹¹ De forma similar, en contra de HADDING (citado), las reflexiones de NIEHUES, JZ 1987, 453; crítico, sin embargo, de nuevo HADDING en el mismo lugar p. 455; sobre el tema en conjunto, también WILHELM, Rn. 17, 18 y ss.

III. Recapitulación

La tarea principal del Derecho de Cosas es atribuir las cosas a determinadas personas. Sólo a consecuencia de estas atribuciones pueden

¹⁶ Con mayor detalle en CANARIS, citado, p. 393; MÜNCHKOMM/WACKE § 883 Rn 42; en contra, sin embargo, BGHZ 13, 1 y ss.; también sobre este problema *infra* § 100.IV.3.

resultar relaciones de persona a persona. Por este motivo se diferencia el Derecho de Cosas del Derecho de obligaciones, en el que se trata de relaciones patrimoniales de persona a persona, con consecuencias indirectas –como mucho– para el destino jurídico de los bienes. La atribución de bienes a personas, regulada en el Derecho de Cosas, junto a la determinación del contenido de los derechos de dominación y la regulación de la protección de los bienes y del tráfico jurídico-negocial relativo a esos bienes, cumplen una importante función de garantía de la libertad, en el marco del Derecho privado, y contribuyen, al mismo tiempo, a compatibilizar el ejercicio del derecho con el interés común.

§ 2. LA FUNCIÓN ATRIBUTIVA DEL DERECHO DE COSAS

Bibliografía: CANARIS, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, FS für Flume, I, 1978, p. 371; DLUCKEITK, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, 1951; HORSTMANN, *Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf die dinglichen Ansprüche*, 1938; MÜHL, *Treu und Glauben im Sachenrecht*, NJW, 1956, 1657; v. OLSHAUSEN, *Die verwechselten Grundstücke oder: Treu und Glauben im Sachenrecht*, JZ, 1983, 288; WEITNAUER, *Verdingliche Schuldverhältnisse*, FS für Larenz, 1983, p. 705; WIEACKER, *Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung*, DRWiss, 1941, 49.

La esencia de los derechos reales y, consiguientemente, del Derecho de Cosas debe deducirse de la eficacia atributiva de los derechos. Con esto, no se trata de dar un concepto apriorístico, sino de ofrecer la descripción de una institución desarrollada por el Derecho vigente. La investigación no se debe limitar al Libro III del BGB, sino que deben traerse también a colación todos los fenómenos estructuralmente semejantes.

I. Sobre la esencia del derecho real*

Las teorías para explicar el derecho real son numerosas¹. No es demasiado esclarecedor distinguir entre una explicación basada en la

* NT: En el texto alemán se hace referencia a la esencia de la «realidad» (*Dinglichkeit*); pero, por motivos de comprensión, hemos preferido hablar directamente de derecho real.

¹ Para más detalles, véase KÜHNE, AcP, 140, 11.

mera posibilidad del titular del derecho de intervenir sobre la cosa y otra basada en el derecho a intervenir², puesto que a un derecho real –como, por ejemplo, el de propiedad sobre una cosa extraviada (v. § 935)– no le corresponde, necesariamente, una posibilidad fáctica de actuar sobre la cosa. Es decisivo a este respecto, que el derecho a intervenir del titular jurídico real dependa de que la cosa o un derecho real limitado sobre ella pertenezcan al patrimonio del titular del derecho real, lo que existe con independencia de la existencia de deberes obligacionales relativos a la cosa. Para la explicación del carácter real de un derecho, también se hace referencia a la absolutividad de la protección jurídica del titular, así como a la inmediatividad de la relación con la cosa³.

1. En este sentido, **absolutividad de la protección jurídica** significa que el derecho real, que ha de ser respetado por todos, puede ser defendido, en caso de lesión, mediante pretensiones de restitución y negatorias dirigidas contra quien lo lesione, mientras que el derecho de crédito sólo ofrece la posibilidad de accionar contra el deudor⁴.

2. La **inmediatez de la relación con la cosa** no significa la existencia para el titular del derecho de un poder autónomo de intervención en la cosa, sino que supone que la cosa puede ser concebida directamente como objeto, sin que sea relevante al respecto la relación del titular con otra persona ni la pertenencia del objeto al patrimonio de esa persona. Consiguientemente, es conceptualmente necesaria la limitación de los derechos reales a las cosas corporales.

3. Ciertamente, también otros derechos, distintos de los reales, otorgan una relación inmediata sobre el objeto dominado, junto a una protección absoluta; así, por ejemplo, los llamados bienes incorpóreos (derechos de propiedad intelectual e industrial). También operan con eficacia absoluta el derecho al nombre y el derecho general de la personalidad –recientemente muy destacado–, cuyo significado principal consiste en otorgar pretensiones de eliminación y abstención frente a ataques sobre la personalidad, pretensiones indemnizatorias en el supuesto de daños patrimoniales y hasta una compensación por los daños inmateriales sufridos. Por último, las reflexiones sobre la «esencia» de una institución jurídica o de un principio legislativo estructural, sin em-

² Sin embargo, así WIELING § 1 II 2 b.

³ Véase al respecto CANARIS, FS für Flume, I, pp. 379 y ss.

⁴ Así, por todos, RÜMELIN, AcP 68, 200; más destacada la absolutividad de la protección jurídica en HECK, *Sachenrecht*, § 1, 3; BAUR/STÜRNER § 4.I.

bargo, no corresponden ya de una manera ilimitada a la pretensión ordenadora de la dogmática jurídica moderna.

II. La atribución de bienes

1. La absolutividad de la protección jurídica y la inmediatividad de la relación con la cosa no proporcionan, ni por sí solas ni ambas conjuntamente, una explicación satisfactoria. Más bien, tan sólo son consecuencias de la **función atributiva de bienes propia de los derechos reales**⁵.

a) La función atributiva de bienes consiste en que el titular del derecho –y nadie más en contra de su voluntad– es el único que, en virtud de este derecho, tiene el poder de actuar sobre la cosa, utilizarla, modificarla o transmitirla (cfr. § 903). La atribución tiene, pues, eficacia absoluta. Con esto, la atribución significa también pertenencia del objeto en cuestión al patrimonio del titular, a cuyo efecto la extensión siempre se determina según del tipo de derecho. La atribución, ante todo, se manifiesta como prácticamente relevante, en cuanto la titularidad material del derecho sea decisiva para la ejecución singular o colectiva, para las disposiciones, o para la cuestión de la indemnización por daños. Ciertamente, dentro de determinados límites, la apariencia de la atribución puede sustituir a veces a la verdadera pertenencia patrimonial (cfr. §§ 932, 892, véase también § 851). Además, la atribución como competencia puede fundamentar una responsabilidad por razón del objeto; así, el propietario es responsable frente a terceras personas por las características de su propiedad que entrañen riesgos. Por lo demás, los fenómenos regulados en el Libro III no son en absoluto las únicas formas de atribución. Se encuentran, más bien, junto a otras reguladas en el BGB y en otras instituciones de Derecho privado.

Categorías intermedias

A pesar de la aparente rigidez de la distinción entre derechos reales y personales, en el entendido que el derecho es una disciplina eminentemente práctica, donde las instituciones se utilizan para resolver problemas concretos, surgen conceptos que presentan un carácter que impide calificarlos derechamente como derechos reales o personales. Se explicarán algunos de ellos a modo ejemplar.

Derecho legal de retención. El derecho legal de retención es la facultad que la ley otorga a una persona para retener materialmente cosas ajenas que está obligada a restituir. La justificación para ello es que el propietario mantiene deudas para con el tenedor de la cosa. En ese sentido, opera como un mecanismo de garantía —que raya en la autotutela—, pero no conforma propiamente un derecho real. En Chile, la institución es regulada en el Código de Procedimiento Civil (artículos 546 y ss.), exigiendo para su invocación una declaración judicial.

Por sus especiales características, el derecho legal de retención es de derecho estricto, reconociéndose sólo en los casos en que la ley lo establece, a saber, en el mandato (artículo 2162), el usufructo (artículo 800), las prestaciones mutuas derivadas de la reivindicación (artículo 914), y el arrendamiento (artículos 1937 I y 1942 II).

Concesión. La concesión es una figura propia del derecho administrativo, que otorga a ciertos particulares facultades análogas a las de propietario, con más o menos limitaciones, sobre bienes del Estado. Usualmente, su otorgamiento impone ciertas cargas sobre el titular y está limitado por un plazo. En el derecho chileno, el reconocimiento del estatuto legal de las concesiones es variable, calificándose en ciertos casos incluso como un derecho real, como ocurre en el caso de las concesiones mineras.

Posesión. La posesión se refiere a la situación donde una persona aprehende materialmente una cosa con ánimo de señor y dueño. (artículo 700). A pesar de tratarse de una situación de hecho, el ordenamiento le otorga una protección análoga a la de la propiedad, en razón de que el poseedor tiene la apariencia de dueño. Será objeto de un estudio acabado más adelante.

Obligaciones propter rem. Las obligaciones *propter rem* corresponden a obligaciones donde el sujeto obligado es el titular del dominio sobre una cosa, y no necesariamente quien la contrajo. En otras palabras, la deuda sigue al dominio y no a la persona que consintió en ella. El caso más paradigmático en el derecho chileno se da en materia de copropiedad inmobiliaria, en relación con el pago de los gastos comunes de las unidades que componen el inmueble (vid., *infra*).

Tema 2: Clasificaciones de los bienes

Los bienes o cosas se clasifican de diversas formas, en función de su naturaleza, que dicta la aplicación de unas u otras normas. El Código Civil establece varias clasificaciones, sin perjuicio de que la doctrina agrega varias otras, de las cuales sólo se hará referencia a las más relevantes.

Cosas corporales e incorporales

Ya se ha hecho referencia a lo esencial de esta clasificación. Como se indicó más arriba, la principal discusión se da respecto a las cosas incorporales, que el Código Civil señala son los “meros derechos” (artículo 565 III).

Corte Suprema, 16.09.2014, *Elton y Cía. con Bolsa de Comercio de Santiago S.A.*, Rol n.º 8739-2014.

“(…) En los antecedentes del recurso es necesario consignar que la demanda que dio origen a estos autos fue presentada por Elton y Cía. Ltda. en contra de la Bolsa de Comercio de Santiago S.A. solicitando que se declare que ciertas acciones que tiene en su poder son especies al parecer perdidas y que debe poner sus títulos y dividendos a disposición de la Municipalidad de Santiago, de manera que se siga el procedimiento contemplado en los artículos 629 y siguientes del Código Civil (…)

Octavo: Que a propósito de las exigencias de que se trate de una especie mueble y que sea encontrada y objeto de apoderamiento, surge como conclusión impuesta por la lógica y la naturaleza de las cosas que debe tratarse de una cosa corporal o material, pues un bien incorporal no puede ser objeto de una aprensión.

Pero más todavía, la limitación es impuesta por el legislador. En efecto, el artículo 629 del Código Civil señala: “...deberá ponerse a disposición de su dueño” y agrega “...se entregará a la autoridad competente”; en tanto el artículo 630 del mismo cuerpo legal refiere a las “expensas de aprensión” y el artículo 632 alude a que si aparece el dueño antes de subastada la especie, le será restituida.

De todas las disposiciones transcritas, aparece con insistencia el espíritu del legislador de dar valor como hallazgo de especie mueble al parecer perdida sólo al apoderamiento de cosas corporales.

De ahí, entonces, que la expresión “Si se encuentra alguna especie...” que emplea el artículo 629 del Código Civil refiere a hallar una cosa y apoderarse de ella, lo que sólo puede corresponder a las cosas corporales, quedando excluidas las incorporales. Es lógico que ambos conceptos se complementen, pues sólo se puede aprender o tener materialmente las cosas corporales.

(...) **Décimo tercero:** (...) los recurrentes han puesto una duda fundada en la corporeidad de las acciones emitidas por las sociedades anónimas, pretendiendo extender la aplicación del artículo 629 del Código Civil.

Décimo cuarto: Que, empero, el argumento carece de fundamento, y basta para ello entender que las acciones pueden ser definidas desde una triple perspectiva. Siguiendo en esto a la doctrina del ramo, se sostiene: “Gran parte de la doctrina considera que el término “acción” en el Derecho Societario comprende tres conceptos, los que resumidamente pueden expresarse de la siguiente manera: a) La acción concebida como un documento. La acción es un título-valor o un título de crédito representativo de los derechos de los accionistas. b) La acción como una parte alícuota del capital social. Tiene tal carácter porque la acción versa sobre una parte o cuota del capital de una sociedad anónima. c) La acción como fuente de derechos. Se le considera como tal pues otorga a su titular una serie de derechos. (“Sociedades. Tomo II. Sociedad Anónima”, Alvaro Puelma Accorsi, tercera edición. Editorial Jurídica de Chile. año 2001, página 538).

Décimo quinto: Que, según se ha dicho, las acciones sub lite fueron emitidas antes de la dictación de la Ley N° 18.046, cuando las acciones podían ser nominativas o al portador -en tanto actualmente sólo pueden ser nominativas conforme al artículo 12 de dicha ley- y en ese contexto la trascendencia del documento en papel o el título accionario de la acción era mayor, al permitirse la acción al portador. Empero, (...) el actor Elton y Cía. Limitada no se ha apoderado de la cosa material o del título accionario, sino que únicamente ha investigado y descubierto una situación que dice relación con las acciones en cuanto concepto de carácter incorporal desprovisto de la descrita materialidad, por lo que, según se ha dicho, cabe desestimar la alegación formulada en estrados por los abogados de los recurrentes (...).”

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

21.- Las clasificaciones siguientes se refieren directamente a las cosas corporales.-

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

2) MUEBLES E INMUEBLES.

22.- Formulación.-

"Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles" (art. 566).

El germen de la clasificación se encuentra ya en las XII Tablas, en las que se imponen diferencias entre fundos y otros bienes para el plazo de la usucapión (...).

Las legislaciones actuales continúan revelando una actitud por la que atribuyen a los inmuebles mayor importancia comparativa, económica y aun de prestigio, que habiendo florecido en épocas pasadas no remite del todo, traducida en formalidades y precauciones en los actos que se refieren a ellos (y así, la enajenación de un pequeño sitio en un sector urbano está rodeado de especiales formas y garantías que no son requeridas para la enajenación de todo un patrimonio mobiliario).

(...) en el Derecho contemporáneo hay básicamente dos factores incidentes en los inmuebles con impacto en el ámbito jurídico: valor económico e interés público. El primero, relativo y variable, ha conducido a la autoridad a una actitud protectora para los negocios sobre ellos (que por aquella relatividad no siempre resulta justificada); el segundo, permanente y poderoso, conduce a la autoridad a adoptar medidas de organización y control, traducidas, por ej., en el Registro inmobiliario y las regulaciones urbanística y ambiental.

Esos factores a veces inciden también en los muebles y, cuando así acontece, es comunicada semejanza normativa (que es observada en materias como el Registro de ciertos bienes muebles y la regulación de bienes de interés cultural). Así, la diferencia es mantenida, aunque atenuada.

(...) El aludido destacado valor de los inmuebles ha llegado hasta el desarrollo industrial, y quedó reflejado en las codificaciones del siglo XIX y aun del XX. Sin embargo, el progreso científico y tecnológico ha originado la producción de muchos bienes muebles (instrumentos electrónicos, medios de transporte, objetos de propiedad intelectual, etc.), cuyo valor suele superar ampliamente el de muchos inmuebles. Por otra parte, la producción en gran escala, que necesita de cuantiosos recursos económicos para sus instalaciones industriales, ha motivado el surgimiento de ciertas instituciones jurídicas, como las sociedades de capital, que a su vez ha derivado en una particular "movilización de los inmuebles", al existir ciertos títulos (como las acciones), representativos del valor de una parte del haber social y que pueden transferirse fácilmente. Siempre los inmuebles — por naturaleza— han sido traspasados de un sujeto a otro sólo en los títulos (y conviene recordarlo), pero con estas sociedades tales transferencias, y parciales, se multiplican notablemente. Y en el terreno legislativo estas novedades han quedado reflejadas más que en nuevos códigos o reformas a los antiguos, en una frondosa legislación paralela a los códigos civiles.

Con lo expuesto puede concluirse: primero, que el aparecimiento de muchos muebles de valor debe llevar, y ha llevado, al legislador, a proteger algunos de ellos, dictándose al efecto normas especiales; entonces, la protección a los inmuebles, como uno de los fundamentos de la distinción, se debilita; y segundo, que como puede verse corrientemente, el desarrollo de las áreas urbanas y específicamente del comercio, ha ido también incrementando el valor de los inmuebles: por su utilidad mercantil, en sectores céntricos de las ciudades alcanzan valores excepcionales; y, concretados en una edificación habitacional, siguen ostentando una demanda bastante segura y en gran cantidad. En este sentido es fácil constatar que, en contrapartida del aumento de muebles valiosos, con el

progreso económico general los inmuebles están recibiendo una constante mejoría material que incrementa su valor; en el medio urbano, en obras de urbanización y nuevas edificaciones habitacionales, comerciales e industriales, y en el medio rural en plantaciones e instalaciones industriales, agroindustriales, mineras, hidráulicas.

Desde otro ángulo, y con base en lo ya consignado, en la regulación es perceptible una tensión entre dos fuerzas: la naturaleza propietaria de las normas induce a una igualación, y la consideración del rol que desempeñan los variados objetos empuja a la diversidad.

23.- Aplicación.-

En el Derecho positivo son innumerables las disposiciones que aplican la distinción; serán consignadas algunas contenidas en el código, muchas de las cuales constituyen expresión de la importancia que ese texto atribuye a los inmuebles.

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

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

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

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

e.- En las reglas de la sociedad conyugal se establece que los inmuebles que cada uno de los cónyuges tenía al casarse, o adquiriera durante el matrimonio a título gratuito, pertenecen al haber del respectivo cónyuge; los muebles que cada uno de los cónyuges tenía, o adquiriera durante el matrimonio a cualquier título, pertenecen al haber social (arts. 1725 y sgts.).

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

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

h.- Tratándose de cauciones reales, hay dos instituciones diferentes, la prenda y la hipoteca, según la garantía sea un mueble o un inmueble (arts. 2384 y 2407).

Una apreciación general de las reglas diferenciadas permite desprender que: 1º.- La importancia de la clasificación está reflejada no sólo en el ámbito privado sino en varios otros: penal, procesal, fiscal, etc. 2º.- La lista de materias en las que está manifestada demuestra que el estatuto particular de los inmuebles no está siempre determinado por la mayor importancia atribuida a la respectiva materia; a veces está decidido por explicaciones técnicas, derivadas de la estructura de las respectivas instituciones y aun de

la mayor o menor movilidad física de las cosas. 3º.- Por el interés público que subyace en la distinción, las respectivas normas no son inmodificables por la voluntad de los particulares; los particulares no pueden calificar como mueble una cosa que jurídicamente es inmueble, y viceversa.

24.- A. Bienes muebles.-

Están definidos en el art. 567.

A su vez, son subclasificados en:

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

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

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

(...) Con el fin de aclarar la acepción del término "mueble", de frecuente uso, existen algunas disposiciones especiales (como las de los arts. 574 y 1121).

Es claro que el papel es cosa mueble; sin embargo, para los "documentos" (como cosas) las legislaciones suelen contener reglas especiales. También las hay en el Derecho nacional (para las energías, que algunos códigos del siglo XX califican de cosas muebles, v. *supra* N° 5).

(...) **25.- B. Bienes inmuebles.-**

El concepto es consignado en el art. 568.

Debido a que los textos consideran jurídicamente como inmuebles a ciertos bienes que naturalmente no lo son, ha sido formulada una conocida distinción.

1º.- Inmuebles por naturaleza. Corresponden al contenido de la disposición referida.

Aunque el texto, en redacción de apariencia ejemplificativa, expresa "como las tierras y las minas", en definitiva el inmueble por naturaleza es el suelo (...).

En este sentido, las llamadas "minas" (yacimientos) no son más que (...) una particular concentración de algún elemento mineral en grado económicamente rentable (conforme a la tecnología disponible); pero —como es sabido— entre ese sector llamado mina y el resto del suelo no hay solución de continuidad.

En todo caso —y aquí se irá constatando— conviene advertir que, aparte del suelo, el concepto de inmueble viene a quedar determinado por la ley; son inmuebles los que la ley declara tales; hay, pues, muchos muebles que, por ley, son (o se reputan, o se consideran) inmuebles.

2°.- Inmuebles por adherencia. Del art. 568 se desprende que son ciertos bienes que, siendo muebles, se reputan inmuebles por estar adheridos permanentemente a un inmueble. Conforme al texto, es necesario que el bien esté adherido al inmueble y que la adherencia sea permanente.

Mientras permanecen adheridos a su fuente de origen, los productos de la tierra y los frutos de los árboles son inmuebles, pues forman con ella un solo todo; separados permanentemente, son muebles; y se reputan muebles (según ya ha sido dicho) antes de su separación, para los efectos de constituir derechos sobre ellos en favor de otra persona que el dueño.

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

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

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

Se entiende que el bien debe estar destinado al uso, cultivo o beneficio del inmueble (no del propietario del inmueble), y el destino debe ser permanente. Ha sido exigido también que debe estar en el inmueble, debido a que es éste el que comunica su carácter; pero habría que aceptar, en todo caso, que pueden estar transitoriamente alejados de él. Se ha sostenido que es necesario que este destino sea conferido al bien por el dueño del inmueble; algunos de los ejemplos que menciona el art. 570 exigen este requisito y, en tales situaciones, no puede ser discutido, pero la ley no establece la exigencia en términos generales por lo que es discutible imponerla con generalidad.

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

depende de la observación de circunstancias materiales; en tanto que, establecido ese destino, determinar (calificar) si es o no inmueble por destinación, es una cuestión de Derecho.

A continuación serán formuladas algunas observaciones sobre ciertas situaciones específicas.

a.- Tratándose de plantaciones, para tener a la planta por inmueble no es necesario que haya afirmado o unido las raíces (que trae) a la tierra (al comienzo más bien la tierra apuntala a la planta) o que haya radicado, emitido nuevas raíces; queda como inmueble por la simple inmisión en la tierra. Lo mismo puede ser aplicado a la simiente; basta la inmisión, sin esperar a que radique, emita raíces. Basta la incorporación destinada a germinar.

b.- Los árboles son inmuebles independientemente de la persona que haya efectuado la plantación.

c.- Mientras está plantada, la planta de semillero (también llamada almácigo) es inmueble; es irrelevante que esté destinada a ser trasplantada (la provisionalidad del almácigo no excluye el carácter inmobiliario).

d.- Las plantas puestas en vasos o cajas, aisladas del terreno, son muebles (lo dispone expresamente el art. 569); están destacadas del suelo. Y lo son, aunque los vasos o cajones en que se encuentran estén —como suele acontecer— enterrados. Es mueble la tierra que está en el vaso o caja; también lo es la planta.

e.- Los árboles dejan de ser inmuebles con la separación del suelo, sin que importe la causa de la separación.

f.- Los frutos son inmuebles hasta la separación.

g.- En cuanto a las construcciones, la expresión es amplia (edificios, diques, parapetos, postes, etc.), de cualquier material (madera, piedra, metal, cemento, etc.); lo importante es la incorporación física al suelo, de modo que formen un solo todo con él. Mientras en las plantas se trata de una incorporación orgánica y la unión con el suelo tiene lugar por fuerza natural (se alimentan del suelo) en las construcciones la incorporación tiene lugar por unión material.

h.- La inmuebleización comienza con la incorporación y termina con la separación. Como la construcción no surge instantáneamente, se produce una inmuebleización sucesiva, a medida que los materiales específicos son incorporados; los cimientos quedan inmuebles, aunque la construcción no esté terminada; no es la terminación (del edificio) lo que determina la inmuebleización, sino la incorporación. Inversamente, la calidad de inmueble cesa a medida de la demolición o derribo, efectuada por cualquiera y por cualquier causa.

i.- Una casa prefabricada (sin instalar) es sólo material de construcción; fijada al suelo, es inmueble, aunque pueda transportarse de un lugar a otro (es algo parecido a las plantas del vivero); no importa la técnica; mientras la casa esté adherida al suelo es inmueble, aunque

sea posible transportarla a otro lugar sin demolerla. Es necesaria la conjunción material, no importa con qué medio. Sin conjunción material, y sólo apoyada en el suelo, es mueble.

j.- Igualmente, no son inmuebles las escorias o desechos de una fábrica; ni las escorias de una mina.

k.- Para impartir la calificación de inmueble por adherencia, y para reputar inmueble por destinación, el código exige permanencia. Queda excluida, pues, la adherencia o destinación efímeras o provisorias (como la que tiene lugar en las casetas que se instalan para las ferias).

Reunidos los requisitos para que sean inmuebles, lo son independientemente de la titularidad de los materiales y de la persona del constructor, salvo las situaciones que el código excluye expresamente (el art. 570 menciona algunos elementos que, para ser calificados de inmuebles, deben ser destinados por el dueño de la finca, como los utensilios de labranza o minería, animales, abonos; el destino debe ser dado por el dueño de la finca, pero no aparece la exigencia de que esos elementos sean de propiedad del dueño de la finca).

Para ser inmueble no es necesario que no pueda separarse (todo se puede separar); lo importante es que no pueda separarse sin deterioro del todo; salvo las situaciones que el código excluye expresamente (puede verse al respecto el art. 572 parte final).

26.- Inmuebles (predios) rústicos y no rústicos; urbanos y rurales.-

Desde hace ya varias décadas en el Derecho chileno ha ido adquiriendo interés esta subclasificación de los inmuebles como consecuencia de la dictación de estatutos diferenciados para la actividad agropecuaria y el desarrollo urbano. Originariamente, las diferencias surgen por las características físicas del suelo (que a veces conforma, por ej., una montaña de aptitud forestal y otras una llanura de aptitud agrícola) y por la decisión de instalarse un asentamiento humano (con el que surge la ciudad). La situación se torna más compleja a medida que se toman en consideración más factores, que se configuran principalmente por la interacción de condiciones o aptitudes naturales del suelo con la industria humana.

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

(...) El predio rústico ha sido definido como "todo inmueble susceptible de uso agrícola, ganadero o forestal, esté situado en sectores urbanos o rurales" (art. 1º letra a. de la derogada Ley 16.640, de Reforma Agraria). Los que no sean susceptibles de aquellos usos, deben ser considerados, en consecuencia, predios no rústicos. En cambio, hay que entender por predio urbano todo inmueble que esté situado dentro del límite urbano de las

ciudades, y por predio rural el que esté ubicado fuera de ese límite (que es una línea imaginaria trazada en torno a cada ciudad, en conformidad a la legislación pertinente; la regulación del suelo puede ser consultada más adelante; *infra* N° 57 *quáter*).

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

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

El código también efectúa referencia a esta distinción (por ej., en los arts. 407, 1749, 1756), pero al no estar consignado en él un concepto de predio rústico con criterio funcional, parece aceptable concluir que utilizó la base de ubicación geográfica, que ha sido la habitualmente empleada (v. además *infra* N° 57 *quáter*).

Corte Suprema, 04.04.2016, Lácteos Tronador con Servicio de Impuestos Internos, Rol n.º 1474-2015

"(...) En segundo término, reclama la infracción al artículo 570 del Código Civil, porque si bien la sentencia señala que los bienes que individualiza son inmuebles por destinación, luego indica que son muebles por anticipación, argumentando que las partes han querido desafectarlos para hacer aplicables las normas de las cosas muebles. Sin embargo, ese no fue un planteamiento de la reclamante, quien señaló que se trata de muebles construidos en suelo ajeno. Agrega que la vendedora participa de la propiedad de la reclamante, y que las especies están emplazadas en un terreno de ésta, y por eso no han sido movidos. Por otro lado alega la transgresión del artículo 571 del Código Civil, norma que define los muebles por anticipación y que exige que se trate de productos de los inmuebles o cosas accesorias y que haya voluntad del dueño de constituir un derecho a favor de terceros, explicando que en este caso los bienes sobre los cuales recae el fallo no son cosas accesorias, sino que infraestructura instalada para el beneficio del predio (...).

Segundo: Que la sentencia (...) para resolver la naturaleza de los bienes objeto del pleito, cita los artículos 566, 567, 568, 570 y 571 del Código Civil, que definen los bienes muebles e inmuebles por naturaleza, adherencia o destinación, y destaca el caso de los bienes muebles por anticipación, que siendo inicialmente de naturaleza mueble, se transforman en inmuebles por destinación, y después recuperan su primitiva naturaleza cuando son

desafectados. En esa línea, indica el fallo que si nos encontramos ante una cosa mueble por anticipación, las partes actúan conforme a la ley si aplican el estatuto jurídico de ese tipo de bienes y no el de los inmuebles, añadiendo que la naturaleza de la cosa prima por sobre la pretensión de los contratantes. Para resolver tendrá en consideración los casos en que la ley ha descrito expresamente la cosa como inmueble por destinación, porque entiende que las partes la desafectaron como mueble por anticipación, como también si la especie razonablemente puede considerarse mueble por anticipación.

Hecha esa precisión, declara como muebles por anticipación en su fundamento séptimo los siguientes bienes: equipos e instalación del sistema de riego y equipos e instalación de la red de agua, cartelería y cercos, bebederos, comederos y corrales y muebles. Indica luego las cosas respecto de las cuales desechará el reclamo: calle para vacas y caminos, infraestructura de sala ordeña rotativa, sala ordeña parto y terneras, instalaciones hospedería lácteos, casas y bodegas, infraestructura sala de ordeña tradicional, otros equipos e infraestructura, silo y praderas.

Aludiendo, en su motivo octavo, a las alegaciones del reclamante en cuanto a la aplicación del artículo 669 del Código Civil, la desestima, debido a que esa norma regula una cuestión distinta, la accesión de mueble a inmueble. Con ello, acoge parcialmente el reclamo, modifica la Resolución Exenta N° 1662, corrigiendo el crédito fiscal y el agregado a la renta líquida imponible, sin costas.

(...) **Cuarto:** Que, habiendo quedado asentados los hechos del proceso, se hace necesario determinar la naturaleza de los bienes contenidos en las facturas cuestionadas por el Servicio de Impuestos Internos. En ese sentido, importa dejar en claro que tal establecimiento no es una cuestión fáctica, sino jurídica, que se sustenta en los presupuestos de hecho del proceso que, en este caso, consisten en los distintos bienes enunciados en las facturas de compra, a saber, equipos e instalación sistema de riego, equipos e instalación red de agua, cartelería y cercos, bebederos, comederos y corrales, muebles, calle para vacas y caminos, infraestructura de sala ordeña rotativa, sala ordeña parto y terneras, instalaciones hospedería lácteos, casas y bodegas, infraestructura sala de ordeña tradicional, otros equipos e infraestructura, silo y praderas.

Quinto: Que, sobre este punto, la parte reclamante sostiene que las cosas adquiridas tienen naturaleza mueble, debido a que el terreno en el que están emplazadas es de un propietario distinto, y extrae de ciertos preceptos del Código Civil que la consideración de éstos como bienes inmuebles, sólo se produce cuando el dueño de la finca lo es también de las cosas muebles. Al contrario, el ente fiscalizador afirma que la determinación a efectuar no tiene relación con la propiedad de las especies, sino que con la posibilidad que puedan ser transportadas, su eventual adherencia permanente al suelo o destinación permanente al aprovechamiento de inmuebles, y su accesoriedad.

Para resolver adecuadamente este asunto, cabe acudir a la definición normativa de las distintas clases de bienes (...)

Sexto: Que, como una primera cuestión a despejar, resulta claro de las normas transcritas que los bienes que se clasifican como muebles, por cuanto pueden ser desplazados de un lugar a otro, pueden ser estimados como inmuebles, en caso que permanentemente adhieran o se destinen al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, recuperando su primitiva calificación para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona distinta del dueño.

De este modo, la propiedad de los distintos bienes no tiene injerencia en su calificación, puesto que ella depende exclusivamente de las condiciones que éstos tengan o en que se encuentren. Se trata, así, de dos temas distintos, uno de ellos, la clasificación de las cosas, y el otro, la propiedad que pueda tenerse respecto de ellas, acorde con aquella clasificación. De lo anterior puede colegirse que la disposición del artículo 669 del Código Civil, invocada por el reclamante, no es una norma decisorio litis, y por lo mismo, sus fundamentos en torno a la naturaleza mueble de los bienes mencionados en las facturas cuestionadas, no se ajustan a derecho, puesto que se vinculan con la propiedad de ambas clases de cosas radicadas en personas distintas, en circunstancias que tal elemento no condiciona la calificación de las especies. Tal carácter lo tienen, de contrario, los artículos 570 y 571 del código citado, puesto que ellos regulan aquellos casos en que los bienes muebles pueden alterar su clasificación, dependiendo de su eventual vinculación con inmuebles.

Séptimo: Que, conforme con la normativa antes referida, queda claro que los bienes muebles por anticipación se reputan de tal forma puesto que, en realidad, son inmuebles por adherencia o destinación. Esta última calidad es, entonces, la primera que ha de establecerse, premisa que concurre en los bienes enunciados en las facturas, ya en cuanto se trata de inmuebles por adherencia, como es el caso de los siguientes: instalación sistema de riego, instalación red de agua, cercos, corrales, calle para vacas y caminos, infraestructura de sala ordeña rotativa, de sala ordeña parto y de terneras, instalaciones hospedería lácteos, casas y bodegas, infraestructura sala de ordeña tradicional, otras infraestructuras, silo y praderas; o de bienes raíces por destinación, como ocurre con los equipos de riego, de red de agua, cartelería, bebederos, comederos, muebles y otros equipos. En ese contexto, el reproche que formula el recurso es que no se establecieron en el proceso las condiciones para realizar tal antelación.

Sobre tales condiciones, previstas en el artículo 571 del Código Civil, es posible advertir que los bienes objeto de este litigio, consistentes en infraestructura, instalaciones y equipos para el trabajo de la tierra y el cuidado de animales, pueden ser estimados accesorios a un inmueble, al estar unidos a éste, y desde el momento de ser vendidos, ciertamente se constituye un derecho en favor de terceros distintos al propietario del predio. Sin embargo, tales requisitos no son suficientes para calificarlos como muebles por anticipación, puesto que para ello debe quedar en claro que tras el acto que se celebre en beneficio de otra persona tales cosas serán separadas del inmueble en que se encuentran. Esta circunstancia cobra relevancia desde que el ente fiscalizador refutó la probable calificación de bienes muebles por anticipación aludiendo a que los consignados en las facturas se mantuvieron en el mismo predio en que se encontraban antes de la compra, puesto que el inmueble había

sido arrendado por la vendedora a la adquirente, que continuó con la explotación de la finca. En ese contexto, resultaba necesario que quedara asentado como un hecho del proceso la separación posterior de los bienes del predio, sin embargo, esa circunstancia fáctica no ha sido establecida, y por ello los bienes objeto del pleito no pueden ser considerados muebles por anticipación.

Octavo: Que, conforme con lo que se ha ido señalando, queda claro que las cosas mencionadas en las facturas que generaron el crédito fiscal cuestionado por el Servicio de Impuestos Internos son inmuebles por destinación o por adherencia, por lo que la sentencia recurrida incurre en un error de derecho al concluir que algunos de ellos -equipos e instalación sistema de riego y equipos e instalación red de agua, cartelería y cercos, bebederos, comederos y corrales, muebles- tienen esa calidad, que se produjo como consecuencia de haber omitido la exigencia del artículo 571 del Código Civil, en cuanto deben separarse del bien raíz, contraviniendo así su texto (...).”

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

(...) 4) BIENES CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES.

28.- Conceptos.-

Por su naturaleza, esta clasificación es aplicable sólo a los bienes muebles. Está confusamente contenida en el art. 575 del código.

En ella se ha llegado a precisar una distinción entre consumibilidad objetiva y subjetiva.

Son objetivamente consumibles los bienes que, en su función natural, se destruyen por el primer uso. Y son concebidas una destrucción natural y una civil. Se destruyen naturalmente si, al ser usadas, desaparecen o sufren una alteración sustancial; se destruyen civilmente si su uso implica enajenación. Así, los alimentos son naturalmente consumibles (pues se alteran sustancialmente o desaparecen con el primer uso); las monedas son civilmente consumibles (pues su uso natural implica enajenarlas). Son objetivamente no consumibles los bienes que, considerando su natural función, no se destruyen ni natural ni civilmente por el primer uso (como una mesa, un automóvil). Conviene insistir en que para la calificación es considerada la función "normal" (común, habitual, y primordial) no las posibles funciones que podría desempeñar la cosa, no un empleo secundario, accidental o caprichoso (así, un escritorio de madera es inconsumible, aunque destinándolo a fuente de calor se consumiría con el primer uso; un libro es inconsumible porque al leerlo no se destruye, aun cuando alguien puede quemarlo y, por tanto, consumirlo, para obtener calor).

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

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

Por cierto, el carácter no consumible de un bien no se opone al paulatino deterioro ocasionado por el uso (deterioro que, en determinadas situaciones, es considerado por la ley para ciertos efectos). Es la destrucción súbita, inmediata (por el uso), lo que conduce a calificarlo de consumible. En otros términos, es consumible la cosa en la que un solo (o primer) y efectivo uso, conforme al citado destino, provoca su extinción o perecimiento, o el desprendimiento de ella (aquí pueden ser mencionados los tres ejemplos del art. 587 del cód. francés: grano, licores y dinero).

La cosa inconsumible es proclive a un uso continuado o reiterado, de acuerdo a su normal función o destino (suele agregarse: económico-social), sin que ello provoque su destrucción o un menoscabo considerable; admite utilización durante un período de tiempo más o menos prolongado sin que el uso importe perecimiento sensible ni apreciable disminución, aunque con el uso vaya sufriendo desgaste paulatinamente.

Puede apreciarse que el concepto jurídico de consumibilidad no se atiene a puros factores físicos o químicos. Si así fuere, habría que concluir: o que todas las cosas son consumibles (porque todas están sometidas, a lo menos, a desgaste o transformación, por el uso o por obra de agentes externos), o que todas son inconsumibles (porque la materia sólo se transforma).

El concepto jurídico de consumibilidad no coincide con los criterios de las ciencias naturales en dos sentidos. Primero, la consunción en sentido jurídico se produce, aunque la materia no quede extinguida; la cosa ya está consumida (jurídicamente) cuando es alterada su función económico-social, aunque físicamente sólo se ha transformado (la leña es cosa consumible porque al ser usada se extinguió en cuanto leña, aunque físicamente sólo ha quedado transformada). Segundo, la consunción en sentido jurídico puede producirse aun cuando físicamente permanece inalterada, considerando la noción de extinción de la titularidad, que es producida con el primer uso (las monedas se consideran jurídicamente consumibles, aunque físicamente permanezcan inalteradas, porque el primer uso implica pérdida o extinción para su titular).

Algunos autores llegan a configurar una categoría especial, la de bienes "deteriorables", intermedia entre los consumibles y los no consumibles.

En sus nociones objetiva y subjetiva (aunque principalmente en la primera) esta clasificación tiene importancia en la celebración y ejecución de ciertos actos que otorgan derechos sólo de uso y goce de una cosa, que posteriormente debe ser restituida (por ej., el usufructo, el arrendamiento, el comodato).

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

5) BIENES FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES.

29.- Conceptos.-

En rigor físico, toda cosa es única; tiene caracteres que la distinguen de las demás (en análisis microscópico, un billete de papel moneda —un ejemplo de profunda igualdad— no es idéntico a otro). Pero en la valoración social hay cosas que, siendo muy semejantes, se tienen por idénticas porque se tiene igual interés en una que en otra, o, en otros términos, porque se prescinde de las mínimas diferencias existentes. Así, la noción jurídica de fungibilidad deriva de lo que cierta doctrina ha llamado una "identidad económico-social": una actitud compartida en la comunidad de que dos o más objetos son "iguales", prescindiendo de diferencias tenidas por insignificantes. Esa consideración como idénticas es objetiva; como lo indica la expresión, es la comunidad la que las tiene por idénticas, a diferencia de una consideración individual o de dos partes al negociar (que genera una fungibilidad subjetiva, de la que se tratará pronto). En la fungibilidad (objetiva) la valoración individual queda sustraída.

Hay diversos criterios para abordar esta clasificación. En términos predominantes, son fungibles las cosas que por presentar entre sí una igualdad de hecho se les considera como de igual poder liberatorio. Con otras expresiones, son bienes fungibles los que pertenecen a un mismo género y se encuentran en el mismo estado.

Puede advertirse que esa extrema síntesis tiene una orientación exclusivamente física; y, además, va desvirtuándose en la medida en que se va ampliando el género considerado; mientras más amplio es el género más son las especies incluidas y, por tanto, mayores son las posibilidades de que surjan diferencias entre ellas.

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

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

Sin embargo, la noción de fungibilidad sólo puede plantearse en términos generales, que necesitan de adaptación a las variadas circunstancias en las que es aplicada: cuando en una relación determinada se pretende reemplazar un objeto por otro. Además, la similitud es un calificativo graduable y, entonces, casi siempre la fungibilidad va a depender del grado con que esa semejanza sea exigida.

Por otra parte, el concepto amplio inicialmente expuesto permite aplicarlo no sólo a las cosas, sino también a los hechos. Así, habrá hechos que se considerarán fungibles (aquellos

cuya ejecución no requiere de condiciones o destrezas especiales), y otros no (como la pintura de un cuadro, en que tiene importancia la identidad de quien lo ejecuta).

En cuanto a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes, aunque habitualmente la fungibilidad objetiva es aplicada a los muebles, en ciertas situaciones es también aplicable a los inmuebles (como en los sitios de un loteo). En el CC. se observa aplicada a los muebles (art. 575 inc. 1°).

Ante situaciones dudosas, ha de influir la voluntad de las partes (que puede llegar a establecer la llamada fungibilidad subjetiva) y los usos del tráfico.

30.- Consumibilidad y fungibilidad.-

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

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

La anterior circunstancia puede servir como explicación de la confusión en que incurre el art. 575 del código, según el cual las cosas consumibles pertenecen a las fungibles, significando que las cosas consumibles son una especie de las fungibles, un grupo de ellas.

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

En fin, son muchas las oportunidades en que el código hace referencia a las cosas fungibles (arts. 764, 1656, 2196, 2198, etc.).

31.- Fungibilidad subjetiva.-

Sin aceptación unánime, ha sido propuesta una acepción subjetiva de la fungibilidad. Conforme a ella, dos o más cosas son subjetivamente fungibles cuando, no siéndolo objetivamente, se les atribuye igual valor económico y de uso y, en todo caso, igual poder liberatorio, sin que intervenga el valor de afección (tal ocurre, por ej., cuando alguien, habiendo comprado un automóvil, acepta recibir en pago una camioneta).

Con esta noción, hay cosas que, siendo objetivamente fungibles, subjetivamente pueden no serlo; ocurre sobre todo cuando está presente el llamado valor de afección (así, un reloj

corriente, como muchos, por ser un antiguo recuerdo de familia puede no ser fungible para su actual propietario).

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

6) BIENES PRINCIPALES Y ACCESORIOS.

32.- Conceptos.-

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

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

La clasificación no sólo es aplicada a los bienes corporales; también a los incorporales o derechos (así, por ej., el derecho de servidumbre es accesorio del derecho de dominio sobre el predio en el que la servidumbre es ejercida, el derecho de hipoteca es accesorio del crédito que garantiza, etc.).

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

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

33.- Clases de cosas accesorias.-

Aunque sin unanimidad, la doctrina e incluso algunas legislaciones distinguen tres especies de cosas accesorias.

a.- Partes integrantes son componentes de una cosa que, estando incorporados a ella, pierden o carecen de individualidad (como las partes de un reloj, la lana de un animal).

b.- Pertenencias son cosas muebles que tienen una propia individualidad, pero que están destinadas al uso, cultivo o beneficio de otro mueble o inmueble (la vaina de una espada, los implementos de labranza —llamados entre nosotros inmuebles por destinación—, etc.).

c.- Cosas accesorias en sentido estricto son cosas que sin ser integrantes ni pertenencias de otra, por voluntad de las partes se incluyen en otra que se reputa principal, sin tener con ésta una unidad de destino económico.

Sin formular estos conceptos, el código impone reglas sobre el dominio de estas clases de cosas utilizando siempre el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero basándose, como se ha dicho, en diversos criterios (se volverá sobre el punto al tratar la accesión; v. *infra* N^os. 81 y sgts.).

Es la categoría de pertenencia la que más ha requerido de precisiones. Desde luego, la calificación de una cosa como pertenencia respecto de otra puede tener importancia en negocios jurídicos no bien explícitos; en enajenaciones (por compraventa, donación, aporte a una sociedad), en concesiones de usufructo o uso, en contratos de arrendamiento, en la partición de comunidades, en el cumplimiento de contratos de seguro (cuando ocurre el siniestro), en contratos de construcción de obra, en el contrato de transporte, en los embargos y subastas, en la celebración y ejecución de las garantías, en el funcionamiento de los regímenes matrimoniales, en la expropiación. Por cierto, es uno de los conceptos básicos en la organización y funcionamiento de las explotaciones o unidades económicas de variada naturaleza (agraria, fabril, minera, comercial, etc.). Y en su aplicación interviene directamente el proceso de interpretación de actos y contratos.

Divididas las cosas materiales en simples y compuestas, puede apreciarse que las segundas aumentan incesantemente en el mundo moderno. En ellas, varias cosas (simples) "integran" una nueva, en un plano de igualdad funcional, complementándose recíprocamente (más adelante se verá esta clasificación; v. *infra* N^o 40). En las pertenencias, en cambio, hay una jerarquía; la función básica ya existe, y la pertenencia la mejora, perfecciona o adorna; hay una relación de "servicio" (una sirve a la otra) y subordinación. Y el vínculo ha de ser estable y fundamentalmente objetivo.

Como principio, la calificación de una cosa como pertenencia de otra es de naturaleza objetiva; pero, en la práctica, parece ser admisible en prudente grado un componente subjetivo (que sea verosímil, comprensible por los terceros y —en caso de conflicto— probado). Esta flexibilización al criterio objetivo es justificada porque las cosas, frecuentemente, cumplen más de una función, y ensamblan materialmente con más de una cosa (principal); así, en el efectivo acoplamiento con otra ha incidido la voluntad del titular que, ejercitando una opción, ha decidido que esta cosa pertenezca a esa y no a aquella otra a la cual también podría ser acoplada. Y todo sin perjuicio de las estipulaciones de las partes, que pueden tener por pertenencia a una cosa que (dentro de límites razonables) para la generalidad de las personas o visiblemente no pertenece a ella.

Pudiere decirse que en las integrantes hay una unión física y en las pertenencias no necesariamente (más aún, generalmente no la hay). Pero parece posible que la unión física falte incluso en las partes integrantes (como en las tablillas del juego llamado "dominó"; cada una integra la cosa; si falta una el juego queda inutilizado, destruido). Más bien dependerá de las características de la cosa.

Las pertenencias pueden ser objeto de relaciones jurídicas separadas (a diferencia de las partes integrantes, salvo por cierto que efectivamente sean separadas, en cuyo caso dejan de ser partes integrantes).

La vinculación es posible en los muebles y en los inmuebles (inmuebles por destino).

En el Derecho comparado actual parecen predominar al menos estas dos proposiciones: a.- Salvo voluntad distinta, los actos sobre la cosa principal alcanzan a la pertenencia; b.- la pertenencia mantiene su individualidad, pudiendo ser objeto de relaciones jurídicas separadas.

En la calificación de pertenencia que la ley efectúa de una cosa respecto de otra militan diversos fundamentos; desde luego la voluntad presunta de las partes; pero no sólo ella; también la pretensión legislativa de protección de las unidades económicas, la necesidad de conferir protección al tráfico (a los terceros), etc.

Entonces, la voluntad particular interviene en dos etapas; primero, en cuanto el titular decide que cierta cosa (de su dominio) quedará al servicio de otra; y segundo, al celebrar actos y contratos sobre ellas, en que, por su decisión (en actos unilaterales) o por decisión convenida (en los bilaterales) es entendido que una queda incluida en el acto o contrato celebrado respecto de la otra (principal).

7) BIENES DIVISIBLES E INDIVISIBLES.

34.- Conceptos.-

Físicamente, todas las cosas corporales son divisibles, y es conocido el avance de las ciencias naturales en la búsqueda de la unidad mínima de materia.

Jurídicamente, hay cosas indivisibles y divisibles; y hay dos conceptos de divisibilidad, uno material y otro intelectual.

a.- Son materialmente divisibles los bienes que, al ser fraccionados, cada parte mantiene la estructura, función y valor proporcional del todo original (no pierde la homogeneidad, función ni valor proporcional). Un líquido (como el agua) es divisible; un animal es indivisible (al fraccionarlo, cada porción tendrá una estructura distinta a la del animal fraccionado y, además, no cumplirá —en proporción— su función); un diamante generalmente será indivisible, porque al fraccionarlo disminuye significativamente su valor proporcional (las partes, en conjunto, tendrán un valor considerablemente inferior a la piedra primitiva). De todos modos, es difícil efectuar la calificación abstractamente; en cada caso obran muchas circunstancias: ubicación, calidad, sustancia, destinación, etc., que influirán decisivamente en la calificación del objeto (v. al respecto el art. 1337 N° 1).

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

Desde este punto de vista, todas las cosas son divisibles.

Por su naturaleza, al no tener consistencia física, las cosas incorpóreas (los derechos) sólo son intelectualmente divisibles; y, por disposición legal, hay ciertos derechos que no pueden dividirse ni siquiera intelectualmente (como se verá a continuación).

En cuanto a los derechos reales, dentro de nuestro Derecho positivo algunos son indivisibles (como los derechos reales de servidumbre, arts. 826 y 827; de prenda, art. 2405; y de hipoteca, art. 2408).

La situación del derecho de dominio es especial. Es sostenido que el derecho de dominio es típicamente divisible; pero conviene una aclaración: distinta es la divisibilidad del derecho de dominio de la del objeto sobre el que recae. Dividido el bien que es tenido en dominio, éste sigue indivisible sobre cada una de las partes. El dominio puede considerarse un derecho divisible en cuanto —en la concepción de este derecho como suma de atributos— es el típico derecho real que admite desmembraciones, al ser posible desprenderse de una o más facultades de las que concede, y constituir las en otro; así (en esta concepción), es el derecho el que es dividido, aunque el objeto sobre el que recae no sea tocado; en este sentido, la más usual de las divisiones que se imprimen al dominio es aquella en que el propietario mantiene la nuda propiedad y confiere a un tercero las facultades de uso y goce, con lo que el derecho real de dominio origina otro derecho real, el de usufructo. Por otra parte, se tiene generalmente entendido que si sobre un mismo objeto varias personas ejercen el derecho de dominio, configurándose una comunidad sobre el objeto, no hay división del dominio; en tal caso, cada sujeto ejerce todo el derecho de dominio, sólo que limitado en su ejercicio por el derecho de cada uno de los otros (se volverá sobre este punto al tratar la copropiedad).

En cuanto a los derechos personales, el tema es tratado en el capítulo del Derecho de obligaciones; en todo caso, está vinculado a la divisibilidad de su contrapartida, la obligación, con sus reglas (entre nosotros, arts. 1524 y sgts.).

8) BIENES SINGULARES Y UNIVERSALES.

35.- Conceptos.-

Son bienes singulares los que constituyen una unidad, natural o artificial. Son bienes universales (o universalidades) las agrupaciones de bienes singulares, que no tienen entre sí una conexión física, pero que, relacionados por un determinado vínculo, forman o son consideradas una unidad.

En la realidad, sólo existen los que aquí han sido llamados cosas singulares. Pero, jurídicamente, el conjunto llamado universalidad es considerado una sola cosa; por tanto, recibe un tratamiento jurídico como unidad, y los actos celebrados sobre ella recaen sobre un (solo) objeto.

36.- Las universalidades.-

Las universalidades constituyen en Derecho un capítulo arduo y de dilatadas controversias doctrinarias. Aquí serán formuladas sólo algunos alcances fundamentales. Para avanzar conceptos se procederá a establecer la difundida distinción entre universalidades de hecho y de Derecho (o jurídicas); pero debe dejarse constancia que, en la doctrina actual, la justificación y los rasgos que las diferencian permanecen discutidos.

37.- Universalidad de hecho (*universitas facti*).-

Es un conjunto de bienes que, no obstante conservar su individualidad, conforman una cosa al estar unidos por un vínculo de igual destino, generalmente económico.

En su origen surgió restringida a los bienes muebles. En sus comienzos la noción de universalidad de hecho fue desenvuelta en el Derecho comercial, vinculada al análisis del establecimiento de comercio y era la época en la que se compartía la regla de que "todo lo inmueble es civil". (...)

a.- Los bienes que la componen pueden ser de la misma naturaleza o de naturaleza diferente; y por esta circunstancia han llegado a ser distinguidas dos categorías: las colecciones y las explotaciones.

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

Las "explotaciones" están constituidas por bienes singulares de diferente naturaleza, y con frecuencia incluyen bienes incorporales; en tales condiciones la finalidad común, como vínculo unificador, adquiere una especial relevancia (el establecimiento de comercio es citado como un típico ejemplo de esta categoría de universalidades, aunque el punto es discutido).

b.- Los bienes que la componen mantienen su propia individualidad, función y valor. Esta circunstancia genera algunas consecuencias. Por una parte, pueden celebrarse actos sobre alguno de los bienes singulares, que serán excluidos del conjunto; por otra, no se consideran universalidades de hecho las meras partes o fracciones de un bien singular (así, un saco de trigo no es una universalidad de hecho, porque los granos aisladamente considerados son sólo partes de un bien singular que es el saco de cereal); lo mismo acontece con ciertos objetos que adquieren valor sólo apareados (como un par de zapatos); se trata de cosas singulares, pero indisolublemente unidas, que aisladas pierden utilidad.

c.- El vínculo que une las cosas singulares para formar la universalidad de hecho es el de un común destino o función, que generalmente es de carácter económico. Así, la definición de si cierto objeto pertenece o no a la universalidad es decidida fundamentalmente por esa circunstancia. El destino puede estar determinado con mayor o menor amplitud (lo que puede generar dudas cuando la destinación es excesivamente genérica).

d.- La subrogación real (una cosa es sustituida por otra, que pasa a ocupar la posición jurídica de la primera), admitida —como se dirá— en la universalidad jurídica, suele aquí también ser mencionada como característica. Pero más bien de lo que se trata es de una (pura) sustitución de una cosa por otra de naturaleza semejante y, sobre todo, de una misma o equivalente función; atendida la relevancia del vínculo unificante del común destino, en la universalidad de hecho sólo parece admisible la sustitución de una cosa por otra de la misma especie; sobre todo, que cumpla la misma o análoga función, manteniéndose así la unidad de destino.

e.- Se tiene entendido que la universalidad de hecho sólo comprende bienes, es decir, sólo elementos activos, y no pasivos (deudas), que son aceptables sólo en las universalidades

jurídicas (y este es un elemento que deja al establecimiento de comercio en una calificación controvertible).

Ha sido postulado que la universalidad de hecho requiere que el destino común del conjunto de bienes sea conferido por el propietario de dichos bienes (así, por ej., un conjunto de vestuario en una bodega de un ropavejero no constituiría universalidad de hecho porque su dueño no le ha impuesto un destino determinado al conjunto y, por lo mismo, está dispuesto a enajenar separadamente cada prenda específica, en tanto que en manos de un coleccionista podría constituirlo).

Impuesto el destino unificante, la universalidad permanece, aunque algunas de las cosas sean objeto de negociación separada. Y cesa la universalidad por la voluntad contraria, que la hace desaparecer, voluntad que ha de manifestarse por hechos, circunstancias o actitudes que la demuestran con evidencia. Así, la existencia de la universalidad depende en gran medida de la interpretación de la voluntad de quien la configura.

38.- Universalidad de Derecho (*universitas iuris*).-

Es un conjunto de bienes y relaciones jurídicas activas y pasivas, consideradas, jurídicamente, una cosa.

Es la ley la que considera al conjunto como una unidad, en atención a algún interés o para el cumplimiento de alguna función, aquí eminentemente jurídica.

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

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

c.- Dentro del conjunto de bienes que componen la universalidad funciona, como norma general, el principio de la subrogación real, por el cual los bienes que ingresan al continente universalidad a costa de otros que salen, pasan a ocupar la posición jurídica de éstos. Mientras en la *facti* la subrogación es entendida como la sustitución material de una cosa por otra de la misma especie y, sobre todo, que cumpla la misma función (una cabeza de ganado por otra), en la *iuris* se trata propiamente de una subrogación, que tiene un sentido económico, de valor económico, con prescindencia de que las cosas (subrogadas) tengan naturaleza y, por tanto, función, distinta.

39.- Confrontación.-

Sin perjuicio de discrepancias específicas, es posible percibir algunas diferencias entre universalidad de hecho y de Derecho.

Mientras en la universalidad de hecho la unidad es configurada por el hombre, en la de la universalidad de Derecho es impuesta por la ley. Pero al fondo, la diferencia proviene de una circunstancia anterior. La universalidad de hecho está fundada en la real vinculación de los bienes que la componen, en torno a la unidad de destino, que el titular viene a confirmar, o a definir entre varios posibles; en la jurídica, inicialmente sólo hay una masa de bienes,

heterogéneos, sin vínculo real entre ellos (o, al menos, no necesariamente con uno), pero existe un interés general, externo al conjunto, que aconseja conferirles tratamiento único para ciertos efectos y, entonces, sensible a ese interés, la ley (el arbitrio legislativo) viene a imponer trato único al conjunto.

Como la universalidad de hecho presenta una real unidad de destino, frecuentemente las legislaciones le aplican el régimen que corresponde a los bienes singulares que la componen. En cambio, como la universalidad de Derecho es tratada por la ley como una unidad puramente jurídica, le aplica normas particulares sin considerar la objetiva naturaleza de los bienes que la integran. Eso explica que la mayoría de los actos jurídicos que pueden celebrarse sobre bienes singulares específicos pueden, asimismo, celebrarse sobre la universalidad de hecho (venta, donación, aporte a una sociedad, arriendo, etc.); en cambio, no siempre son admitidos respecto de la universalidad de Derecho (puede verse, por ej., la restricción para la compraventa, conforme al art. 1811; la conocida enajenación de una herencia no implica, al menos respecto de terceros, sino traspaso del activo hereditario, etc.).

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

Finalmente, conviene advertir que no hay una correlación con la distinción entre cosas corporales e incorpóreas (que condujere a concluir que las de hecho están constituidas por cosas corporales y las de Derecho por incorpóreas). En ambas puede haber bienes corporales e incorpóreas.

(...) **44.- A) Bienes apropiados e inapropiados.-**

Inapropiados son los que, siendo susceptibles de apropiación, carecen actualmente de dueño. Puede acontecer que nunca hayan tenido propietario (y entonces son llamados *res nullius*), o pueden haberlo tenido, pero fueron abandonados por el dueño con intención de desprenderse del dominio (son los llamados *res derelictae*) (el abandono como modo de extinción del dominio es tratado más adelante; *infra* N° 65).

En el Derecho chileno la existencia de bienes inapropiados (llamados "mostrencos" cuando son muebles y "vacantes" cuando son inmuebles), queda reducida sólo a los muebles (por lo dispuesto en el art. 590 del CC., que deja en dominio del Estado los inmuebles que carecen de otro dueño).

45.- B) Bienes susceptibles de apropiación por los particulares y no susceptibles de apropiación por los particulares.-

Con prescindencia de decisiones político-económicas, la organización de la sociedad ha impuesto la necesidad de que ciertos bienes, por su naturaleza susceptibles de apropiación, no queden entregados al dominio de los particulares, sino que han de pertenecer a toda la comunidad para la satisfacción del interés general. Determinados bienes, especialmente

inmuebles (como plazas, calles, caminos, etc.), siempre han sido considerados indispensables para la vida asociativa y, por tanto, son declarados por la ley inapropiables por los particulares.

(...) En una norma que resulta fundamental para los ordenamientos jurídico y económico del país —el art. 19 N° 23— la C. Pol. chilena establece, como regla general, la libre apropiabilidad; en su conjunto, los N°s. 21 a 25 del art. 19 consignan las bases y la orientación sobre la materia (...).

46.- Nomenclatura.-

En el Derecho chileno son denominados "bienes privados" (o "bienes particulares") a los bienes de dominio de los particulares, y "bienes públicos" o "nacionales" a los de la Nación toda, subdistinguiéndose en éstos los "bienes nacionales de uso público" (o "bienes públicos") y los "bienes del Estado" (o "bienes fiscales") (el art. 589 del CC. también establece esta clasificación). Estas distinciones pueden continuar: el examen de los bienes nacionales de uso público es emprendido agrupando varios "dominios" (terrestre, aéreo, fluvial y lacustre, y marítimo) que serán descritos a continuación.

13) BIENES PRIVADOS Y PÚBLICOS (O NACIONALES).

47.- Conceptos.-

Bienes privados son los que pertenecen a los particulares (personas naturales o jurídicas). Bienes públicos o nacionales son "aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda" (art. 589). El estudio de la regulación de esta clase de bienes corresponde a las disciplinas del Derecho público.

Pueden revisar su nivel de comprensión de la materia jugando el siguiente Kahoot!:

https://kahoot.it/challenge/03698319?challenge-id=de22f30f-93ff-48f5-ab45-29d823675647_1598733089088

Tema 3: El derecho de propiedad

Noción, función y características

Jeremy Waldron, Propiedad (2019), Del original, Property Law, en Patterson, Dennis (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell (1996) 3-23. Traducción por Mariano Soto Gajardo.

El pensamiento filosófico respecto del derecho de propiedad comprende dos clases de problemas. En primer término, hay problemas analíticos relativos al significado y uso de los conceptos más importantes en el derecho de propiedad, tales como “propiedad privada”, “dominio” y “cosa”. El segundo tipo de problemas es normativo o justificativo. El derecho de propiedad, tal como lo conocemos, supone individuos con derecho a tomar decisiones acerca del uso de los recursos -la tierra y la riqueza material de un país- sin consultar necesariamente los intereses y deseos de los demás miembros de la sociedad que pueden verse afectados. Entonces, en general ¿qué justifica dar a las personas derechos de esta naturaleza? Y más específicamente ¿qué principios justifican la asignación de determinados recursos a determinados propietarios? Los dos tipos de problemas están, desde luego, vinculados; por lo significativo de agudizar nuestra comprensión analítica de conceptos como “dominio” es importante aclarar qué es lo que realmente está en juego cuando se formulan preguntas de justificación.

Problemas Analíticos

Cualquier intento por definir términos como “propiedad privada” y “dominio” corre el riesgo o de sobresimplificar las complejidades del derecho de propiedad o de perder en absoluto el sentido de los problemas más generales en una maraña de detalles técnicos. En efecto, algunos juristas han sostenido que estos términos son indefinibles y principalmente prescindibles (Grey 1980). Afirman que llamar a alguien el “dueño” de un recurso no proporciona una información exacta relativa a los derechos de ella (u otros) puedan tener con relación a ese recurso: un copropietarios no es lo mismo que un dueño absoluto; el dueño de una propiedad intelectual tiene un conjunto distinto de derechos que el propietario de un automóvil; e incluso con relación a un mismo recurso, los derechos (y obligaciones) de un dueño que no tiene ninguna carga sobre su propiedad pueden ser bastante diferentes de aquellos que tiene un deudor hipotecario que vive en su propio inmueble.

Si uno es paciente, sin embargo, es posible construir un mapa conceptual de la materia lo suficientemente claro, el cual respete tanto la sensibilidad del técnico por los detalles legales como la necesidad del filósofo por un conjunto de "ideales tipo" bien entendidos que sirvan como el centro de atención del debate justificativo (Waldron 1986, pp. 26-61).

Los objetivos de la propiedad

Comencemos con algo de ontología. El derecho de propiedad es relativo a *cosas*, y a nuestras relaciones recíprocas con respecto al uso y control de ellas. ¿Qué tipo de cosas? Cosas materiales, por supuesto, como manzanas y automóviles, pero la propiedad nunca se ha autolimitado a cosas corporales. Los bienes raíces son un ejemplo interesante. Una casa rodante es una cosa, como también lo es la porción de terreno sobre la cual se encuentra. A los ojos del derecho, sin embargo, la tierra no es un objeto tangible. Resulta tentador identificar la tierra con el suelo y las rocas sobre las cuales se encuentra la casa rodante; pero retire cualquier porción de suelo y roca y la tierra aún permanece. La tierra es más bien la región de espacio o la porción de superficie de la tierra en la cual el suelo, la roca y también la casa rodante están ubicadas. Una categoría diferente de intangibilidad está vinculada a la propiedad intelectual. Mi CD de Madonna es una cosa corporal distinta de tu cassette de Madonna. Pero ambos contienen las mismas canciones, y las canciones en sí mismas -las melodías y las letras- pueden ser consideradas como cosas sobre las cuales puede haber derechos de propiedad de la misma forma que las manzanas y los automóviles.

Una tercera categoría de intangibilidad comprende la "cosificación" de las relaciones jurídicas en sí mismas. Si Jennifer debe a Sarah 50 libras y Sarah abandona la esperanza de cobrar la deuda, ella puede aceptar un pago de 30 libras de Bronwen, un especialista en cobranzas, a cambio de las cuales Bronwen adquiere el derecho de recuperar las 50 libras de Jennifer (si puede conseguirlo). Parece obvio decir que Sarah ha vendido la deuda a Bronwen, y que por lo tanto la deuda era una "cosa" de que Sarah era dueña y sobre la cual tenía derecho de disponer incluso antes de que Bronwen apareciera en escena. El término jurídico para este tipo de cosas es el de *choses-in-action* (las *choses-in-action* más complejas comprenden cheques y repartos de una sociedad) Ahora bien, puede ser de ayuda para ciertos propósitos considerar las "*choses in action*" como una materia adecuada para el derecho de propiedad, pero en general ellas no generan problemas importantes en la filosofía de la propiedad de la misma forma que la tierra, la propiedad intelectual y los bienes materiales. Una composición, una porción de tierra y un automóvil son cosas que existen independientemente del derecho objetivo y sobre las cuales el derecho es requerido para tomar ciertas decisiones, solucionar determinadas disputas y así sucesivamente. Por el contrario, una *choses in action* existe solamente porque el derecho *ya ha resuelto* determinados conflictos de una forma particular. Los problemas filosóficos generados por una *choses in action* son mejor apreciados como problemas en el derecho de los contratos o de sociedades y no como tópicos en el derecho de propiedad.

Las diferencias ontológicas entre los bienes corporales, la tierra y la propiedad intelectual pueden tener una importante relación con preguntas de justificación. En cierta forma, hay un argumento más convincente a favor de la propiedad privada sobre bienes intelectuales que sobre la tierra. Una melodía original que he compuesto es, en cierto sentido, un

producto del intelecto. Sin mi creatividad, la canción puede que nunca haya tenido existencia y cualquiera que reclame por las ganancias que obtengo de mis derechos de propiedad intelectual debe admitir que no estaría en peores condiciones si yo nunca hubiese compuesto la melodía y, por consiguiente, nunca hubiese adquirido un derecho de propiedad sobre ella. Una porción de terreno, por el contrario, es más que un producto del hombre o de una invención, naturaleza pura. O si la definimos como una región en el espacio, la tierra es simplemente lo que ha sido *dado* por adelantado a la actividad de cualquier individuo; es parte del marco dado para el movimiento y el funcionamiento de la vida humana.

Otros contrastes entre la propiedad intelectual y la no-intelectual parecen funcionar en la dirección opuesta. No existe la misma *necesidad* de restricciones a la propiedad referidas a cosas producto del intelecto, si esas cosas van a ser utilizadas, como la que existe con relación a porciones de terreno o a cosas corporales como las sillas. Cuando usted está usando un Blackacre en un juego de cricket, yo no lo puedo usar para jugar fútbol americano; y rara vez dos personas pueden sentarse en una misma silla sin resultados catastróficos. Pero si yo interpreto o grabo una melodía que otro ha compuesto, no le estoy impidiendo o interfiriendo el uso de ella a su compositor o a cualquier otro individuo. Las canciones no se ocupan del mismo modo que las sillas o las porciones de terreno, y no se gastan por su uso. Puedo estar interfiriendo en las ganancias del autor derivadas de su composición. Pero ello deja sin resolver la pregunta acerca de la propiedad para el compositor las ganancias constituyen simplemente la explotación del derecho que le confiere su propiedad sobre la melodía, a saber, el derecho de excluir a otros del uso de esa melodía si ellos no le van a pagar por dicho privilegio.

Tipos de sistema de propiedad

A medida que nos preocupamos por los problemas de justificación planteados por los derechos de propiedad sobre distintos tipos de cosas, es importante comprender las principales alternativas consubstanciales a un sistema de propiedad privada.

Deberíamos comenzar con la distinción entre propiedad y propiedad privada. La distinción es una de género a especie. El concepto genérico –propiedad- puede ser utilizado para referirse a cualquier sistema de reglas que regulen el acceso de las personas a las cosas, a su uso y control, sean tangibles o intangibles, naturales o manufacturadas. Siguiendo a David Hume, podemos decir que las reglas de propiedad son necesarias para cualquier clase de cosas sobre las cuales existe la posibilidad de que surjan conflictos relativos a su acceso, uso y control, particularmente cosas que son escasas en relación a las demandas que los deseos humanos son susceptibles de generar en ellas. (Hume, [1739] 1888, pp. 484-98). Desacuerdos relativos a quien ha de usar o controlar dichos objetos son susceptibles de ser serios porque el uso de recursos es un tema de importancia para las personas, tanto para su sustento como para su disfrute. De esta forma, cualquier sociedad

con interés en evitar un conflicto violento necesitará un sistema de reglas con la autoridad suficiente para resolver desacuerdos de este tipo. La importancia de tales reglas apenas puede ser sobreestimada, ya que su función es proporcionar un marco jurídico para la economía de la sociedad en cuestión. Sin ellas, la planificación, la cooperación, la producción y el intercambio son prácticamente imposibles o posibles sólo en temerosas y truncadas formas que apreciamos en "mercados negros" donde nada puede ser considerado.

Los juristas generalmente mencionan estas necesidades como la base de un argumento a favor de la propiedad *privada*, pero hasta ahora, todo lo que ellas demuestran es la necesidad de reglas de propiedad. A medida que continuamos con nuestro análisis, tenemos que mantener en mente que determinadas sociedades humanas han existido por milenios, satisfaciendo las necesidades y deseos de todos sus miembros sin propiedad privada, ni nada que se le parezca, sobre la tierra o sobre los otros principales recursos de la vida económica.

Sostengo que "Propiedad" es el término genérico. Hay tres grandes especies de organización de la propiedad: propiedad común, propiedad colectiva (o estatal), y propiedad privada.

En una organización en base a *propiedad común*, los recursos son gestionados por reglas cuyo objetivo es ponerlos al alcance de todos los miembros de la sociedad. Una zona de propiedad común, por ejemplo, puede ser utilizada por todos en una comunidad para pastorear al ganado o recolectar el alimento. Un parque público puede estar abierto a todas las personas para hacer picnic, deportes o para recreación. El objetivo de cualquier restricción en su uso es simplemente asegurar el justo acceso a todos y prevenir que alguien los utilice de un modo que pueda impedirlo.

La *propiedad colectiva* es una idea bastante diferente. En un sistema de propiedad colectiva, los recursos no son dejados abiertos a todos los que lleguen. En cambio, la comunidad en su conjunto determina cómo han de utilizarse los recursos; estas determinaciones son hechas sobre la base del interés social, por medio de los mecanismos de toma de decisiones colectivas de la sociedad. Ahora, lo que esto signifique dependerá de las instituciones públicas que existan en determinadas sociedades. Puede comprenderlo todo desde un pausado debate entre los ancianos de una tribu hasta una burocrática decisión implementando un "Plan Quinquenal" al estilo soviético. (En sociedades modernas la propiedad colectiva equivale, en efecto, a la propiedad estatal y es frecuentemente aludida al socialismo). También depende de la concepción dominante del interés social – por ejemplo, si éste se concibe como un idéntico interés en el bienestar de todos, o como la mayor felicidad de la mayoría, o la promoción de algunos objetivos futuros, tales como la gloria nacional, el esplendor cultural, o la rápida industrialización.

La *propiedad privada* es una alternativa tanto a la propiedad colectiva como a la común. En una planificación en base a la propiedad privada, las reglas de propiedad están organizadas en torno a la idea que los recursos han de ser considerados como cosas separadas, cada una entregada a la decisión de algún sujeto determinado (un individuo o una compañía). La persona a quien una cosa determinada le es asignada por los principios de la propiedad privada (por ejemplo, la persona que lo encontró o que lo fabricó) tiene el control sobre ella; es su decisión determinar qué debería hacerse con ella. En el ejercicio de esta autoridad, ella no es concebida como un agente u oficial de la Sociedad. En su lugar, decimos que el recurso es de su *propiedad*; le *pertenece*; ella es *su dueña*; es tan suyo como sus brazos y piernas, riñones y córneas. Al decidir cómo ha de usarse la cosa, ella puede según su deseo, actuar en su propia iniciativa como un sujeto privado sin necesidad de dar explicaciones a nadie, o bien entrar en acuerdos de cooperación con terceros para el beneficio de éstos o del suyo propio. Además de todo eso, su derecho para decidir a su arbitrio se ejerce sin interesar si otros se ven afectados por su decisión. Si Jennifer es dueña de una fábrica de acero, tiene derecho a decidir (en su propio interés) si la cierra o la mantiene funcionando, aun cuando la decisión de cerrarla pueda tener el más grave impacto en sus trabajadores y en la prosperidad de la comunidad local.

Aunque la propiedad privada es un sistema de toma de decisiones individuales, es también un sistema de reglas sociales en el siguiente sentido. El dueño no está obligado a confiar en su propia fuerza para justificar su derecho a tomar decisiones en relación a la cosa que se le ha asignado: cualquier intento por parte de otros en impedir o resistir su decisión se encontrará con una fuerza combinada de la sociedad en su conjunto. Si los trabajadores de Jennifer se toman la fábrica de acero para mantenerla en operaciones a pesar de su decisión, ella puede llamar a la policía y echarlos a la calle sin tener que hacerlo por su cuenta ni pagar con dinero de su bolsillo.

En ciertas ocasiones hablamos acerca de estos tipos alternativos de planificación de la propiedad -común, colectiva y privada- como si fueran maneras alternativas de organizar las sociedades por completo. Decimos que la ex Unión Soviética era una sociedad socialista porque los recursos económicamente más importantes estaban regidos por reglas de propiedad colectiva, mientras que en los Estados Unidos los recursos económicamente más significativos están regidos por reglas de propiedad privada. En realidad, en cualquier sociedad moderna hay recursos regidos por reglas de propiedad común (como por ejemplo, calles y parques), recursos regidos por reglas de propiedad colectiva (tales como bases militares y piezas de artillería), y recursos regidos por reglas de propiedad privada (cepillos de dientes y bicicletas). Incluso entre los recursos económicamente significativos (tierra agrícola, minerales, vías férreas, plantas industriales), encontramos en la mayoría de los países una mezcla de propiedad y estatal, constituyendo un punto de permanente debate político el equilibrio entre los dos tipos de organizaciones.

A mayor abundamiento, existen variaciones en el grado de libertad que tiene un propietario privado sobre los recursos que se le han dado. Es evidente que la libertad de un dueño está limitada por reglas de conducta básicas: No puedo usar mi revólver para asesinar a otro. Pero éstas no son en estricto rigor reglas de propiedad. Más vinculadas con el tema, existen cosas como planos reguladores y leyes relativas a la preservación histórica que equivalen, en efecto, a la imposición de una decisión colectiva sobre el propietario privado relativa a determinados aspectos sobre el uso de un recurso dado. Al propietario de un edificio en un distrito histórico se le puede señalar, por ejemplo, que puede destinarlo a un negocio, a una casa, o a un hotel, a dejarlo desocupado si desea, pero que no puede demolerlo y reemplazarlo por un rascacielos postmoderno. O, en el ejemplo de la fábrica de acero de Jennifer, ella se puede dar cuenta que se encuentra obligada por ley a no cerrar su planta sin otorgar a sus empleados y a la autoridad local una notificación con 90 días de anticipación. La propiedad privada, entonces, es un asunto de grado. En los ejemplos recién indicados, nos gustaría decir que el edificio histórico y la planta de acero eran propiedad privada; pero si muchas otras áreas de decisión relativas al uso fueran también controladas por agencias públicas, estaríamos más inclinados a decir que los recursos en cuestión en realidad estaban sujetos a una organización de propiedad colectiva (con el dueño funcionando como gestor de las decisiones de la sociedad).

El dominio: un haz de derechos

Concentrémonos ahora más detenidamente en la propiedad privada. Analizando técnicamente el derecho de un individuo para tomar decisiones acerca del uso de una cosa comprende dos elementos. El primero, como acabamos de ver, dice relación con la ausencia de cualquier obligación de usar o de abstenerse de usar la cosa en cualquier forma. El propietario puede decidir como desee y está en absoluta libertad para llevar a efecto su decisión ocupando, usando, modificando o tal vez incluso consumiendo o destruyendo la cosa. En segundo lugar, la propiedad privada importa que otras personas no tengan esta libertad; ellos tienen una *obligación*- una obligación para con el dueño- de abstenerse de ocupar, usar, modificar, consumir o destruir la cosa. Ellos podrán usarla con su permiso; pero lo que esto significa es que depende del dueño decidir si excluye o no del goce de la cosa a terceros.

El propietario puede dar a otras personas permiso para hacer uso de su propiedad. Podrá prestar su automóvil, arrendar su casa, ceder una servidumbre de paso sobre su propiedad. El efecto del ejercicio de estos atributos es, a veces, crear otros intereses (relativamente limitados) sobre la cosa, de modo tal que las distintas libertades, derechos y atributos del dominio se encuentran diseminados entre muchas personas. De esta forma, el derecho de propiedad se preocupa de cosas tales como garantías, arrendamientos y servidumbres, además del dominio mismo.

Más llamativamente, el dueño está legalmente facultado para transferir todo el haz de derechos que tiene sobre la cosa de que es propietario (incluyendo la facultad de transferir) a otro –como un regalo, o en la forma de una venta si desea recibir algo a cambio, o como un legado para después de su muerte. Una vez que ha hecho esto, el adquirente se encuentra en calidad de dueño; el tridente deja de tener un interés jurídicamente protegido sobre la cosa. Con este poder de transferencia, el sistema de la propiedad privada se vuelve autoperpetuo (no es lo mismo que autoexigible). Después de un reparto inicial de cosas a los dueños, no existe más la necesidad por parte de la comunidad o del Estado de preocuparse de preguntas distributivas. Las cosas van a circular según los arbitrios y decisiones de los propietarios individuales y los mandatos de los sucesivos adquirentes. (La excepción ocurre en derecho sucesorio, el que proporciona un conjunto de reglas subsidiarias para el evento que un dueño muera sin dejar instrucciones sobre quien deberá sucederle en su propiedad; pero incluso estas reglas están generalmente basadas en las disposiciones que normalmente se espera que hagan los testadores.) El resultado puede traducirse en que los recursos sean distribuidos en forma amplia o bien se concentren en unas pocas manos; algunos individuos pueden ser dueños de mucho, otros de casi nada. Es parte de la lógica de la propiedad privada que nadie tiene la responsabilidad de preocuparse por el panorama general en lo que concierne a la distribución de los recursos. La sociedad sencillamente se compromete a hacer valer los derechos de exclusión que son implícitos al dominio, donde sea que éstos se encuentren. Como lo veremos, los filósofos están en desacuerdo sobre si esto es una ventaja o un reproche al sistema de propiedad privada.

Estos son entonces los episodios más llamativos de la propiedad: la libertad de uso, el derecho para poder excluir y los variados atributos de transferencia. Otros juristas han enumerado muchos otros (ver especialmente Honore, 1961), incluyendo las inmunidades constitucionales contra la expropiación tales como la expresamente garantizada en la Quinta Enmienda a la Constitución Norteamericana), y la factibilidad del dueño a ser ejecutado (por deudas, por ejemplo) por medio de la subasta pública de la cosa. Obviamente que la formulación y nivel de detalle en este análisis son en parte una cuestión de gusto, y en parte una cuestión de qué es lo que se considera como problema más importante a considerar en cualquier debate normativo acerca de la institución.

La necesidad de una justificación

Los problemas de justificación surgen porque las leyes e instituciones que tenemos no son características distintivas del mundo natural como lo es la gravedad, sino creaciones humanas, establecidas y sustentadas por decisiones humanas. No estamos atados a las organizaciones que hemos heredado: actuando colectiva y políticamente podemos optar por cambiarlas si queremos, ya sea a gran escala o en detalle. La argumentación normativa tiene lugar cuando juntos pensamos sobre cómo guiar y evaluar tales opciones.

Cada institución social requiere de justificación, aunque sólo fuera porque la energía y los recursos necesarios para sostenerla podrían ser utilizados de alguna otra forma. La propiedad privada, sin embargo, pertenece a una categoría especial de instituciones que requiere de justificación no sólo porque existen costos de oportunidad involucrados en su puesta en marcha, sino porque ellas operan de una forma que parece – a primera vista – moralmente objetable. Con respecto a esto, la propiedad privada se asemeja a la institución de la pena. Necesitamos de una justificación para el castigo no sólo porque el dinero gastado en cárceles podría invertirse en educación, sino porque el castigo comprende la deliberada imposición de muerte, dolor, o privación en los seres humanos. Tales acciones no son susceptibles de defensa a menos que sirvan a ciertos propósitos moralmente convincentes y queremos que se nos diga cuáles son esos propósitos.

De la misma forma, buscamos una justificación para la propiedad privada, porque ella priva a la comunidad del control de los recursos que pueden ser de importancia para el bienestar de sus miembros, y especialmente porque requiere que nosotros movilizemos la fuerza social en apoyo a la exclusión de muchos miembros de nuestra sociedad sobre todos y cada uno de los usos de los recursos que se necesitan para vivir. He dicho antes que uno de los efectos de reconocer atributos de transferencia es que los recursos pueden gradualmente ser distribuidos de tal forma que deje a unos pocos con mucho, a un gran número con muy poco y a un número considerable con absolutamente nada. La propiedad privada involucra un compromiso de la sociedad en el sentido que continuará utilizando su autoridad, tanto física como moral, para defender los derechos de los propietarios, incluso contra aquellos que no tienen trabajo, alimento que comer, hogar donde ir, ni tierra en la cual no estén expuestos en cualquier momento a ser expulsados. El que esa autoridad legal y fuerza social sean tomados como instrumentos para una distribución arbitraria del control sobre la tierra y los demás recursos, es suficiente para generar una presunción en contra de la propiedad privada. Buscar una justificación es una forma de preguntar si hay algo que aducir para destruir esa presunción.

Puede pensarse que el problema justificativo es hoy en día discutible, con el colapso del “socialismo vigente” en Europa Central y del Este y en la ex Unión Soviética. ¿Qué estamos presenciando ahí, sino el tardío reconocimiento (por los antiguos defensores de la propiedad colectiva) que los mercados y la propiedad privada son, después de todo, necesarios -y no sólo propiedad privada sobre departamentos, cepillos de dientes, y excepcionales automóviles contaminantes, sino también sobre negocios, fábricas, minerales, tierra agrícola, y medios de producción en general?

Con esto aconteciendo en la cuna del Marxismo-Leninismo, parece fácil concluir que la propiedad colectiva ha sido completamente desacreditada y que el problema de justificar la propiedad *privada*, es resuelto por exclusión, por decirlo de algún modo. El problema puede ser ahora entregado a los filósofos, como algo de lo cual los individuos prácticos no necesitan preocuparse más. Sin duda que los filósofos continuarán tratando el problema -

pero de la misma forma que ellos se provocan con preguntas acerca de la realidad del mundo exterior o si el sol rayará mañana.

Sería equivocado desechar el problema de esta forma. Considere una analogía: suponga que como resultado de una “revolución retributiva” mundial, todos los países que han proscrito la pena de muerte desde el año 1940 fueran a reimplantarla. ¿Disminuiría ello la preocupación que las personas en los Estados Unidos tienen hoy acerca de la pena capital en su sociedad - el debilitamiento del tabú contra el asesinato, el peligro de ejecutar a un inocente, disparidades raciales en la aplicación de la pena de muerte, la barbarie de la fascinación popular con sus macabros detalles, y así sucesivamente? Puede hacernos menos optimistas acerca de las probabilidades de éxito de la reforma, pero no disminuiría la necesidad de examinar si ésta era una institución con la cual estábamos autorizados a vivir cómodamente, desde un punto de vista moral.

De todas formas, la razón de discutir la justificación de una institución no consiste sólo en meditar acerca de su proscripción. Frecuentemente necesitamos justificarla para entender y poner en marcha la institución de manera inteligente. Nuevamente, una analogía con el castigo puede ser de ayuda. En Derecho Penal, estudiamos problemas acerca del *mens rea* y la responsabilidad estricta, la diferencia entre causal de justificación, excusa y atenuante, el uso o abuso de la defensa basada en la demencia y las analogías entre un crimen homicida y un asesinato deliberado. Es difícil ver cómo nada de eso puede hacerse sin formular preguntas relativas al *objetivo* de la sanción penal. Sin algo de información filosófica acerca del castigo y la responsabilidad individual, las doctrinas y principios del derecho penal son propensos a parecer como un lenguaje misterioso, con una gramática formal, pero sin un significado real propio.

Análogamente, al pensar en la propiedad privada, hay un número de problemas y debates que no tienen mucho sentido a menos que sean discutidos en la conciencia de cuáles serán los *objetivos* de las reglas sobre propiedad (o específicamente las reglas sobre propiedad *privada*). Algunos de estos problemas son técnicos. La *Rule against perpetuities*, los tecnicismos del registro de los títulos de propiedad, los límites a la libertad de testar -todo esto sena un código misterioso e ininteligible, para ser aprendido en el mejor de los casos, de forma mecánica, a menos que se hicieran algunos intentos para conectarlos con la idea de respaldar el control individual o la disposición individual del control de los recursos con la autoridad social.

Lo mismo es cierto con problemas menos técnicos y más sustantivos. La Quinta Enmienda a la Constitución de Los Estados Unidos exige que la propiedad privada no sea expropiada para propósitos públicos sin una justa indemnización. Es bastante evidente que este derecho prohíbe al Estado apoderarse o confiscar la propiedad raíz de alguien (para usarla campo de tiro o aeropuerto). Pero piense en el ejemplo utilizado antes: ¿Qué sucede si el Estado lisa y llanamente coloca algún tipo de restricción en el uso de la propiedad raíz? A

Sarah se le dice que no podrá edificar un edificio para oficinas postmoderno en su propiedad porque comprometerá la estética histórica del barrio. ¿Equivale esto a una expropiación por la cual ella debería ser indemnizada bajo la Quinta Enmienda? Es un hecho que Sarah ha sufrido una pérdida (ella puede haber comprado la propiedad exclusivamente con la intención de urbanizarla). Por otro lado, sería torpe sostener que existe una expropiación cada vez que se impone cualquier restricción. No puedo conducir mi automóvil a 180 kilómetros por hora, pero aún sigo siendo el dueño del vehículo.

No creo que sea posible contestar a esta pregunta marcando con un asterisco las palabras “propiedad” y “expropiación”. Ciertamente que es imposible atender el problema constitucional inteligentemente (como ' contrapuesto a aprender en forma mecánica las respuestas que los tribunales han sugerido) sin algo de conocimiento acerca de por qué la propiedad privada es considerada como lo suficientemente importante para haberle otorgado este tipo de protección constitucional ¿Está protegida porque desconfiamos de la capacidad del Estado y sus agencias para tomar decisiones colectivas relativas al uso de los recursos? ¿O lo está sólo porque queremos poner límites a las cargas que cualquier individuo espera soportar en aras del bien común? Puede constituir una diferencia de importancia para nuestra interpretación de la norma sobre expropiaciones, además de otras venerables doctrinas sobre el derecho de propiedad, lo que consideremos como objetivos y valores primordiales a los que la propiedad privada supone servir.

Teorías Justificativas

Nos dedicaremos ahora a las teorías de justificación que sobre el particular han sido propuestas. En este punto, la filosofía del derecho se extiende a la filosofía política y a los debates sobre la propiedad en los cuales han participado Platón, Aristóteles, Grocio y Pufendorf; Hobbes y Locke; Hume, Smith y Rousseau; Hegel y Marx; Bentham y Mill; Nozick y Rawls.

Una institución como la propiedad privada requiere de justificación en dos aspectos. Primero, necesitamos justificar la idea general de tener cosas bajo el control de sujetos privados. En segundo lugar, debemos justificar los principios en virtud de los cuales algunos llegan a ser propietarios de determinados recursos mientras que otros no. En principio, el mismo argumento puede funcionar para ambos cometidos, para algunos los propósitos justificativos generales no son otra cosa que principios distributivos forzados, escritos en letra grande. Robert Nozick, por ejemplo, justifica la propiedad privada únicamente en el hecho de que determinadas cosas pertenecen intrínsecamente a determinados individuos, y que nosotros debemos erigir nuestras instituciones sociales para respetar esos derechos individuales, sea o no que la institución en su conjunto sirva a fines sociales más amplios. "Las cosas aparecen en el mundo", nos señala, "ya vinculadas a personas con derechos sobre ellas" (Nozick, 1974, p. 160). Su ejemplo más convincente son las partes del cuerpo. No necesitamos de una justificación social general para la norma que

prescribe que mis riñones me pertenecen. Ellos sencillamente son míos, y cualquier teoría aceptable sobre la propiedad será mejor que respete esa circunstancia. Pero es dudoso que este enfoque individualista pueda extenderse a la propiedad raíz u otros objetos externos. El intento mejor conocido es el de John Locke ([1690] 1988, pp. 285-302); pero como lo veremos, incluso Locke consideró necesario complementar su teoría de derechos individuales con consideraciones más generales de utilidad social.

Objetivos Justificativos Generales

La estructura más común del argumento justificativo es que las personas se encuentran mejor cuando una determinada clase de recursos se encuentra regulada por un régimen de propiedad privada antes que por cualquier otro sistema alternativo. Bajo la propiedad privada, se afirma, los recursos se utilizarán de manera más inteligente, o bien serán utilizados para satisfacer un mayor (y tal vez más variado) número de necesidades que bajo cualquier otro sistema, de manera que la felicidad general que los individuos obtienen de un determinado surtido de recursos aumentará.

El argumento más convincente de esta clase es a veces conocido como la “tragedia de los bienes comunes” (Hardin, 1968). Si a cada uno se le otorga el derecho para usar una determinada porción de terreno, entonces nadie tiene un verdadero incentivo en vigilar que los cultivos se planten o que la tierra no se explote de manera excesiva. Si cualquiera toma a su cargo esta responsabilidad, es probable que ellos mismos sufran todos los costos de hacerlo (los costos de plantar o los de su auto restricción), mientras que los beneficios (si es que los hay) se acumularán para todos los posteriores usuarios. En muchos casos es poco probable que existan beneficios, desde que un control o una restricción individual será improductiva a menos que los demás cooperen. Más bien, bajo un sistema de propiedad común, cada comunero tiene un incentivo para obtener cuanto más se pueda de esa porción de tierra lo más pronto posible, dado que los beneficios de hacer esto son en el corto plazo concentrados y asegurados, mientras que los beneficios a largo plazo de la autorestricción son inciertos y difusos. Sin embargo, si una porción de una, hasta ahora, propiedad común se divide en hijuelas y cada una de ellas es adjudicada a un individuo particular que puede controlar lo que en ella sucede, entonces la planificación y la autorestricción tendrán oportunidad de sostenerse. Por ahora, la persona que sufre los costos de una restricción está en una posición de cosechar todos los beneficios; de modo que si las personas son racionales y si la restricción (o alguna otra forma de actividad planificada a futuro) es más rentable, existirá un aumento general en la cantidad de utilidad obtenida.

Argumentos de este tipo son familiares e importantes, pero como todos los argumentos utilitaristas, necesitan ser tratados con cuidado. En la mayoría de los sistemas de propiedad privada, hay algunos individuos que tienen muy poco o nada y que se encuentran completamente a merced de otros. De modo que cuando se dice que las “personas” están

mejor bajo una organización en torno a la propiedad privada, debemos preguntar “¿Cuáles personas? ¿Todos? ¿La mayoría? ¿O sólo un pequeño grupo de propietarios cuya prosperidad es tan grande que puede compensar la consecuente miseria en un cálculo utilitario global?”

John Locke se aventuró a decir que todos estarían mejor. Comparando Inglaterra cuyos bienes comunes estaban rápidamente siendo reunidos en manos propietarios particulares, con la América precolombina, donde los nativos continuaron gozando de un acceso universal a la tierra, Locke especuló que “un Rey de un territorio extenso y fructuoso, allá (esto es, en América), alimenta, se hospeda y se viste peor que un trabajador en Inglaterra” (Locke [1690] 1988, p. 297) El trabajador puede que no sea dueño de nada, pero su calidad de vida es más alta tomando en cuenta las expectativas de trabajo que son ofrecidas en una próspera economía privatizada. Como alternativa, los más optimistas de los utilitaristas lanzan sus justificaciones en el lenguaje de lo que hoy llamaríamos "Óptimo de Pareto". Tal vez la privatización de una tierra que ha sido previamente común no beneficia a todos, pero beneficia a algunos y no deja a otros peor de lo que estaban antes. Ahora bien, esto difícilmente puede constituir un argumento que vaya a ser apoyado o promovido por el último grupo de personas, pero sugiere que no tienen mucho espacio para el reclamo. El problema de no tener techo y la miseria de los pobres, por esta razón, no es producto de la propiedad privada; es sencillamente el problema normal del género humano, del cual unos pocos usurpadores enérgicos han conseguido librarse.

Hasta ahora, hemos considerado el argumento utilitario para preferir la propiedad privada por sobre la propiedad *común*. El argumento para optar por la propiedad privada por sobre la *colectiva* tiene que ver más con los mercados que con la necesidad de responsabilidad y autorestricción en el uso de los recursos (aunque puede sostenerse que el historial ambiental de las sociedades soviéticas está resultando haber sido mucho, mucho peor que el de sus competidores capitalistas). El argumento a favor de los mercados es que en una sociedad compleja hay un número indefinido de decisiones que tomar respecto de la asignación de determinados recursos a determinados procesos de producción. ¿Es una determinada tonelada de carbón mejor aprovechada para generar electricidad, la que a su turno será utilizada para refinar aluminio para la fabricación de artículos de cocina o aviones, o se le dará un mejor uso si se ocupa para producir hierro el cual puede ser utilizado para construir las líneas férreas, las que a su vez pueden servir para transportar forraje o bauxita de un lugar a otro? En la mayoría de las economías hay cientos de miles de distintos factores de producción y se ha demostrado que es imposible para la toma de decisiones eficientes relativas a su asignación el que éstas sean hechas por agencias centrales actuando a nombre de la comunidad y saturadas con el control de la economía en su conjunto. En las sociedades socialistas existentes, la planificación centralizada se convirtió en una forma de asegurar más que de prevenir una parálisis económica, la ineficiencia y el despilfarro.

En economías de mercado, por el contrario, decisiones como las señaladas son tomadas en un sistema descentralizado por miles de individuos y compañías respondiendo a señales de precios, cada uno buscando maximizar las ganancias provenientes del uso de los recursos productivos que están bajo su control. Algunos han especulado que podrían existir mercados sin propiedad privada, pero esto también parece imposible. A menos que los empresarios en una economía de mercado sean motivados directamente por consideraciones de ganancia personal en sus inversiones y decisiones de inversión- o a menos que se hagan responsables frente a otros que están motivados en esa base- no puede esperarse que ellos respondan eficientemente a los precios. Este tipo de motivación puede esperarse sólo si los recursos en cuestión son suyos, de modo que la pérdida sea suya cuando se pierde una señal de mercado y la ganancia sea también suya cuando una inversión rentable es segura.

He dicho anteriormente que la defensa utilitarista de la propiedad privada se encuentra en problemas, a menos que pueda demostrar que todos están mejor bajo un sistema de propiedad privada, o al menos que nadie se encuentra peor. Ahora bien, una sociedad en la que todos los ciudadanos obtienen ventajas significativas de la privatización de la economía no es quizás un ideal imposible. Pero en cada sistema de propiedad privada con el cual estamos familiarizados hay una categoría de personas, generalmente muchos miles, que son dueños de muy poco o nada, y que están probablemente mucho peor bajo ese sistema que el que tendrían bajo una alternativa socialista. Una teoría justificativa no puede simplemente ignorar su predicamento, aunque sólo fuera porque es en cierta forma su predicamento el que coloca el problema justificativo en primer lugar. Un utilitarista exagerado puede sostener que las ventajas para aquellos que disfrutan de la propiedad privada simplemente superan los costos de aquellos que sufren. Esto es, el utilitarista puede defender la propiedad privada utilizando exclusivamente medidas globales de producción y prosperidad. Filosóficamente, sin embargo, este tipo de exageración está bastante desacreditado (Rawls, 1971, pp. 22-23; Nozick, 1974, pp. 32-3): si tomamos al individuo en vez de una entidad abstracta como "el bienestar social" como el punto focal de justificación moral, entonces debería haber algo que podamos decir a cada individuo acerca de por qué la institución que estamos defendiendo es digna de respaldo. De otra forma, no es del todo claro por qué debería esperarse que él observara sus reglas y condiciones (a menos que tengamos el poder y el dinero para obligarlo).

Tal vez el argumento utilitario, puede ser complementado con un argumento de mérito con el objeto de demostrar que existe justicia en el hecho de que algunas personas gocen de los frutos de la propiedad privada mientras que otros deban soportar la pobreza. Locke también tomó esta dirección. Dios nos dio el mundo, sostiene "para que se aprovecharan de él el trabajador y el racional... no para el capricho o la ambición del pendenciero y conflictivo" (Locke, [1690] 1988, p. 291). Si la propiedad privada supone que el uso de los recursos se hará de forma en forma más sabia y eficiente, es porque alguien ha desarrollado las virtudes de prudencia, trabajo y auto-restricción. Personas que soportan la pobreza, por

esta razón, lo hacen principalmente producto de su inactividad, despilfarro o deseo de iniciativa. Ahora bien, teorías como ésta son fácilmente desca desacreditadas si ellas pretenden justificar la real distribución de la riqueza bajo una economía basada en propiedad priva (Nozick, 1974, pp. 158-9; Hayek, 1976). Pero hay una posición más modesta que los teóricos del mérito pueden abrazar: a saber, que la propiedad privada por si sola ofrece un sistema en el cual la inactividad no es premiada a costa del trabajo, un sistema en el cual aquellos que pueden tomar sobre sí las responsabilidades de prudencia y productividad pueden esperar cosechar alguna recompensa por su virtud, la que los distingue de aquellos que no hicieron dicho esfuerzo.

Uno también puede enfocar el problema de la virtud desde una perspectiva un tanto diferente. En vez de (o, además de) premiar al propietario por la virtud que exhibe, podemos contabilizar como un punto a favor de la propiedad privada el que ella ofrece a las personas la oportunidad de adquirir y ejercitar tales virtudes. Ser dueño de algo, en palabras de Hegel, ayuda a los individuos a "dejar de lado la mera subjetividad de la personalidad" (Hegel [1821] 1991, p.73); en palabras más sencillas, les otorga la posibilidad de hacer planes y proyectos concretos que de otra forma sólo revolotearían dando zumbidos dentro de sus cabezas, y a asumir la responsabilidad por sus intenciones de la misma manera como el material en que están trabajando -uña casa, un bosquejo, o un automóvil- registra el impacto de las decisiones que han tomado (Waldron, 1986, pp. 343-89; cf. Munzer, 1990, pp. 120-47). En la tradición cívica republicana, el argumento de virtud fue asociado a la noble independencia y autosuficiencia del granjero terrateniente. No deber nada a nadie salvo a su propio trabajo, ni tan rico como para ser capaz de comprar a otro, ni tan pobre para ser comprado, el propietario individual en una república de virtud podía tener fe en actuar como un buen ciudadano, usando en las relaciones públicas las virtudes de prudencia, independencia, determinación y buena labranza en las que él necesariamente confió al trabajar su propia tierra. Si la mayoría de los recursos económicos son poseídos en común o controlados colectivamente para el beneficio de todos, no existen garantías de que las condiciones de vida de los ciudadanos serán de tal magnitud como para ser capaces de promover virtudes republicanas. Por el contrario, los ciudadanos se pueden comportar como beneficiarios pasivos del Estado o como participantes irresponsables en la tragedia de los bienes comunales. Si una o dos generaciones' crecen con tal carácter entonces la integridad de la sociedad en su conjunto se encuentra en peligro. Estos argumentos acerca de la virtud por supuesto que son bastante sensibles a la distribución de la propiedad (Waldron, 1986, pp. 323-42). Tal como observó T. H. Green, a una persona que no es dueña de nada en una sociedad capitalista "también pueden denegársele, en lo que respecta a los objetivos éticos a los que la posesión de propiedad debería servir, derechos de propiedad por completo" (Green, 1941, p. 219).

Para completar este panorama respecto a las justificaciones generales de la propiedad privada, debemos considerar la relación entre propiedad y libertad. Sociedades con propiedad privada generalmente son descritas como sociedades libres. Parte de lo que esto

significa es que, de seguro, los propietarios son libres de usar su propiedad a su arbitrio; ellos no se encuentran atados por decisiones sociales o políticas. (Y correlativamente, el papel del gobierno en la toma de decisiones económicas se encuentra minimizado.) Pero esto no puede ser todo su significado -como lo vimos en nuestra discusión analítica- sería igualmente oportuno describir la propiedad privada como un sistema falto de libertad, desde que necesariamente involucra la exclusión social de las personas a los recursos que otros poseen.

Hay otras dos cosas implícitas en la exposición libertaria. La primera es una idea sobre la independencia: una persona que es dueña de una cantidad importante de propiedad privada -una casa, y digamos, una fuente de ingreso- tiene menos que temer de la opinión y la coerción de otros que el ciudadano de una sociedad en la cual otras formas de propiedad son predominantes. El primero abraza, en un sentido bastante literal, "La esfera privada" que los liberales han atesorado siempre para los individuos -un reino de acción en el cual no necesita responder a nadie sino a sí mismo. Pero como el argumento de la virtud, esta versión del modelo libertario es sensible a la distribución: para aquellos que no son dueños de nada en una economía basada en la propiedad privada parecería ser tan falto de libertad como cualquiera lo sería en una sociedad socialista.

La última idea puede parecer muy inteligente, aunque, hay otras maneras indirectas en las cuales la propiedad privada contribuye a la libertad. Milton Friedman (1962) sostiene que la libertad política aumenta en una sociedad donde los medios de producción intelectual y política (imprentas, máquinas fotocopadoras, computadores) son controlados por un número de individuos particulares, empresas y compañías - incluso si ese número no es muy grande. En una sociedad capitalista, un disidente tiene la opción de tratar con muchas personas (excluidos los agentes del Estado) si desea difundir su mensaje; y muchos están preparados para ofrecer sus medios de comunicación simplemente a cambio de dinero, sin consideración al mensaje. En una sociedad socialista, por el contrario, aquellos que son políticamente activos o tienen que persuadir a las agencias del Estado para difundir su opinión, o bien arriesgarse a una publicación clandestina. Más genéricamente, Friedman sostiene que una sociedad basada en la propiedad privada ofrece a aquellos que no son dueños de nada una variedad más amplia de formas en las cuales ganarse la vida -o si desea, una mayor cantidad de maestrías- de las que se le ofrecerían en una sociedad socialista. En estas formas, la propiedad privada puede según algunos hacer una positiva contribución a la libertad -o al menos un aumento en las posibilidades de elección- de todos.

Razonamientos distributivos particulares

Suponga ahora, por amor al razonamiento, que la propiedad privada es en general una buena institución para la sociedad. Sea porque maximiza la utilidad, facilita los mercados, cultiva la virtud, premia el mérito o porque proporciona un ambiente congénito para el

desarrollo de la libertad, pensamos que es una buena idea que los recursos estén bajo el control de los individuos que tendrán que vivir con los efectos de las decisiones que toman sobre aquéllos. La pregunta ahora es cuáles individuos han de tener el control de cuáles recursos. ¿Cómo – en virtud de qué principios- se ha de determinar esto?

La tarea de justificar una distribución de la propiedad privada es importante. En nuestra discusión analítica, observamos que una vez que se establece un sistema de propiedad privada, con determinados recursos asignados a determinados individuos, no se requiere de una intervención distributiva adicional para que el sistema funcione. Aunque las necesidades cambian, las personas mueren y una generación es sucedida por otra, la institución de la propiedad privada puede en gran medida subsistir por sí sola, en lo que a la distribución respecta. Pero los resultados pueden no ser muy atractivos. En algunos casos, la concentración de los recursos en manos de unos pocos individuos, empresas o familias puede ser tan extrema que las autoridades se sentirán compelidas a intervenir en el nombre de la justicia y emprender una redistribución a gran escala. Históricamente esto ha sucedido en una *gran* cantidad de países -en Nueva Zelanda durante la segunda mitad del siglo diecinueve, en México a comienzos de siglo y más recientemente en Filipinas. Los países que han iniciado reformas en la propiedad raíz se están planteando la pregunta distributiva nuevamente, tratando de establecer una asignación de los recursos que se justifique a la luz de los actuales requerimientos de su sociedad.

Incluso en países donde no hay tal distribución, los razonamientos distributivos pueden desempeñar un papel en la manera de pensar de los individuos sobre la forma cómo los derechos de propiedad deberían ser regulados, y la manera cómo ellos se ajustan a una estructura general de instituciones sociales y económicas. Muchos países desarrollados tienen impuestos progresivos la renta y la riqueza, y brindan apoyo económico y servicios básicos a sus ciudadanos más pobres, con cargo a esos impuestos. Estos esquemas no son generalmente concebidos como formas de redistribuir la propiedad, pero pueden, sin embargo, estar informados por un sentido que se cuestiona a qué distancia se encuentra el sistema vigente de una justa distribución o cuáles deberían ser los principios subyacentes básicos de la distribución de la propiedad.

Hago hincapié en esto porque hay un conocido argumento en "derecho y economía" tratando de demos- que las preguntas de distribución inicial son irrelevantes. Imagine que un campo sembrado con trigo contiguo a una vía férrea se quema constantemente producto de las chispas de los trenes que por ahí pasan. Está claro que o el trigo puede crecer en esta tierra o los trenes pueden cruzarla, pero no ambas. Un teorema debido a Ronald Coase (1960) sostiene que un resultado eficiente puede obtenerse por el cosechador de trigo y el ferrocarril, independiente de si al primero se le confiere el derecho de que su trigo no arda en llamas. Si el negocio de ferrocarriles es más rentable que producir trigo, la compañía de ferrocarriles estará en condiciones de pagar al granjero los daños por la pérdida de su cultivo y aún obtener ganancias, si el granjero tiene el derecho a demandar, y si no lo tiene,

éste va ha ser incapaz de pagar lo suficiente para persuadirlos de dejar el negocio de los ferrocarriles y seguir causando daños a su plantación. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, si el cultivo de trigo se convierte en una actividad más rentable: el reparto inicial no tiene ninguna importancia Pero el teorema de Coase sólo demuestra que la pregunta distributiva no es de importancia desde el punto de vista de la eficiencia (e incluso entonces, bajo supuestos altamente idealizados acerca de costos de transacción) Con todo, Coase y sus seguidores admiten que el reparto inicial de derechos tiene *gran* importancia en relación a con cuánta riqueza termina cada *parte* en una distribución eficiente, y difícilmente pueden negar que es probable que esto interese más a - las mismas partes que el problema de la eficiencia. En general, los profesores de "Derecho y Economía" no han hecho un intento por demostrar por qué deberíamos preocuparnos de la eficiencia con exclusión de todo lo demás, o por qué al derecho no le debería interesar lo que tradicionalmente ha sido considerada su razón de ser -la justicia.

Entre los filósofos que discuten principios para asignar recursos a determinados propietarios, algunos aceptan la inherente arbitrariedad del reparto inicial, mientras que otros insisten en que a menos que dicho reparto esté moralmente justificado, la subsiguiente operación del sistema de propiedad no puede estarla. Dentro del último grupo -esto es, de aquellos que insisten que el reparto inicial debe estar moralmente justificado- algunos sostienen que la distribución inicial de la propiedad privada debe ser un asunto de decisión colectiva por la sociedad en su conjunto, mientras que otros sostienen que repartos moralmente aceptables pueden ser establecidos por acciones unilaterales de los individuos.

Nombraré estos tres enfoques Humeniano, Rousseauniano y Lockeano en nombre a sus tres proponentes más famosos.

Enfoque Humeneano. En este enfoque, partimos del supuesto que, desde tiempos inmemoriales, los individuos han estado peleando y apropiándose de los recursos y que la distribución de la posesión *de facto* en cualquier tiempo es susceptible de ser arbitraria, dirigida por la fuerza, la destreza y la suerte. Es posible que esta apropiación y lucha predatoria (algunos de cuyos aspectos serán físicos, mientras que otros ideológicos) continuará de aquí para allá en forma indefnida Pero también es posible que la situación se calme en alguna forma de equilibrio estable, en el cual casi todos aquellos en posesión de recursos de importancia descubren que los costos marginales de una actividad predatoria adicional son iguales a sus ganancias marginales. Bajo estas condiciones, algo como un "dividendo de paz" puede ser asequible. Tal vez todos pueden ganar, en términos de disminución de conflicto, estabilización de las relaciones sociales, y expectativas de un mercado de intercambios, por un acuerdo de no luchar más por la posesión.

Observo que será de mi interés dejar a otro en posesión de sus bienes, a condición de que él actúa de la misma forma conmigo. Él es titular de un interés semejante en la regulación de

su conducta. Cuando este sentido común de interés es mutuamente expresado y conocido, genera una adecuada conducta y determinación. (Hume [1739] 1888, p. 490)

Tal determinación, si es duradera, puede equivaler con el tiempo a una ratificación de posesiones *de facto* como propiedad *de iure*.

El enfoque Humeneano -el cual encuentra una copia moderna en la obra de James Buchanan (1975) -proporciona una explicación a la distribución inicial que es congénita al espíritu de la economía moderna. No hace uso de ningún supuesto acerca de la naturaleza humana excepto aquellos utilizados en la teoría de la elección racional y es consecuentemente bastante modesta en sus pretensiones morales. En la explicación Humeneana, la estabilidad de una distribución inicial no tiene relación con su justicia o respetabilidad moral. Puede ser igual o desigual, justa o injusta (para algunos parámetros distributivos), pero las partes sabrán de antemano que no pueden esperar una mejor distribución precipitando nuevamente su propia fuerza contra la de los otros. Hume sostiene, que no nos deberíamos preocupar de las características distributivas del régimen posesorio que surge de la era de conflicto. El objetivo debería ser ratificar cualquier distribución que parezca digna de nota -esto es, cualquier distribución apoyada por promesas que nos alejen de la disputa respecto de quien debería ser dueño de tal o cuál cosa y nos acerquen a los beneficios prometidos por un mercado ordenado.

Como explicación sobre el génesis de la propiedad, la teoría de Hume tiene la ventaja sobre sus principales rivales de reconocer que las tempranas eras de la historia humana son eras de conflicto en gran medida no regulados por principios e ininteligibles a la luz de las últimas interrogantes morales. En nuestro análisis sobre la propiedad, Hume o nos exige indagar en la historia para averiguar quién hizo qué cosa a quién y qué hubiera sucedido si ellos no lo hubiesen hecho. Una vez que un determinado patrón de posesión surge simplemente trazamos una línea arbitraria y decimos “los derechos de propiedad comienzan desde aquí”. El modelo tiene consecuencias normativas de importancia para el presente también. Aquellos que son tentados a poner en duda o a desbaratar una distribución de propiedad vigente, deben reconocer que lejos de ser el comienzo en una nueva era de justicia, sus intentos son susceptibles de inaugurar una era de conflicto en la cual prácticamente ni la planificación ni la cooperación sean posibles. La importancia de tener relaciones estables de propiedad no es su contribución a la justicia, sino el proporcionar a las personas una base mutuamente reconocida sobre la cual el resto de la vida en sociedad pueda ser edificada.

La debilidad del enfoque Humeniano es, por supuesto, lo opuesto de su fortaleza. Tal como lo vimos en nuestra discusión sobre el Teorema de Coase, la justicia distributiva importa al derecho y nos importa a nosotros. No seríamos felices con una convención Humeniana que ratifique la esclavitud o el canibalismo, aunque para todo eso, Hume muestra que también puede ser una característica del equilibrio que surge de la era del conflicto que algunas

personas tengan la posesión de los cuerpos de otros. Y si este modelo de posesión fuera en realidad estable, todos ganarían -tanto los esclavos como sus dueños- con su ratificación como propiedad; pero aún nos opondríamos a ella en el terreno de la justicia. Lo que esto demuestra es que incluso si Hume está en lo cierto al decir que el sentimiento de justicia se construye en base a una convención de respetar la posesión *de facto* de otros, ese sentimiento una vez establecido, puede cobrar vida propia y, consiguientemente, volverse en contra de la distribución que engendró.

Enfoque Rousseauiano. En el modelo Humeniano, el dividendo de paz es asegurado por mutua cortesía: yo estoy de acuerdo en respetar lo que has conseguido para sobrevivir y tú estas de acuerdo en respetar lo que yo he conseguido con igual propósito. Una alternativa es establecer una autoridad pública o un Estado que haga valer esta mutua cortesía. Pero si el Estado que establecemos es lo suficientemente poderoso para imponer una distribución *de facto*, es probablemente lo suficientemente poderoso como para movilizar los recursos de un individuo a otro de acuerdo a sus propios criterios de justicia (a saber, los de sus constituyentes y funcionarios de gobierno).

En verdad, el poder del Estado puede acordarse por un sentimiento moral general basado en que las personas que actúan en conjunto están facultadas para establecer una nueva distribución basada en principios de justicia más amplios que reflejen la posición de cada individuo como un igual camarada en una sociedad. Estos principios pueden sostener, por ejemplo, que los recursos de la tierra en su origen fueron puestos a disposición de todos, de modo que ningún individuo podría legítimamente ser apartado de ellos por la apropiación de otro individuo sin su consentimiento. O bien pueden sostener, basados en las palabras sugeridas por Manuel Kant, que las acciones unilaterales de un usurpador no pueden generar las obligaciones que el derecho de propiedad supone, obligaciones que simplemente no se tendrían, con la excepción de la apropiación. Solo una voluntad que es omnilateral puede ser capaz de hacer esto, de acuerdo a Kant, sólo la voluntad colectiva (común) y poderosa asociada con el Derecho Público promulgado por el gobierno (Kant, [1797] 1991, pp.77 y 84).

Esta posición está asociada más cercanamente con la teoría normativa de Jean Jacques Rousseau. Incluso si los individuos están en posesión de recursos cuando una sociedad se establece, Rousseau sostiene que como una parte inherente del contrato social debemos alienar nuestras posesiones particulares al deseo general de la comunidad, la que por sí sola es capaz de determinar una distribución que otorgue una base genuina de respeto mutuo (Rousseau [1762] 1973, pp. 173-81). Por supuesto que esa sumisión nos parece terriblemente riesgosa. Pero el riesgo no parece ser tan grande si consideramos que la alternativa consiste en que ciertos individuos mantengan el dominio de los recursos, y por consiguiente, el poder sobre los demás de una forma que es sencillamente imposible de ser controlada por un principio moral. Debemos recordar también que el modelo Rousseauiano es uno altamente idealizado. La idea no es que todos -ricos y pobres

simplemente cedan sus posesiones a cualquier banda de ladrones o partido vanguardista ostente considerarse como gobierno. Se trata más bien de que la noción de un conjunto legítimo de derechos de propiedad es inseparable de la idea de una genuina unión social en la cual las personas resuelven juntas el problema de los recursos como individuos libres e iguales.

Lo que en realidad esto produce, en la forma de una asignación de recursos a los individuos, es una cuestión de principios distributivos que aprueben el examen (actual o hipotético) de la ratificación por la voluntad común. En efecto, muchos de aquellos que adoptan el enfoque Rousseauiano se representan algún tipo de burda igualdad en la propiedad privada.

Pero es aquí donde el modelo atraviesa por su mayor dificultad. Si un conjunto inicial de posesiones ha de ser valorado sobre la base de un principio distributivo (digamos, igualdad), entonces cualquier conjunto de posesiones puede calcularse sobre dicha base. Después de todo, de seguro que no existe justificación para aplicar el criterio Rousseauiano en t_1 , lo cual tampoco justificaría aplicarlo nuevamente a cualquier subsiguiente tiempo t_n . Pero si estamos distribuyendo derechos de propiedad privada a t_1 y si –como uno espera– ellos incluyen poderes de transferencia, entonces, como lo ha dicho Robert Nozick (1974, pp 162-4), cualquier distribución favorable es susceptible de transformarse en una distribución desfavorable en t_2 por el principio igualitario, como resultado de actividades voluntarias tales como hacer regalos, legados, intercambios en el mercado y así sucesivamente. Para mantener un patrón distributivo del tipo que el principio Rousseauiano considera, “uno debe o interferir continuamente para evitar que las personas transfieran sus recursos a su arbitrio, o interferir periódicamente para tomar de algunas personas recursos que otros por alguna razón les han transferido” (Nozick, 1974, p. 163). Aparte de atentar contra la libertad, los resultados de esta constante aplicación y reaplicación de un criterio moral puede hacer indeterminados los procesos del mercado, como Hume lo señala, "reducir a la sociedad a la más extrema de las indigencias; y en vez de evitar carencias y pobreza en unos pocos, convertirla en algo inevitable para toda la comunidad (Hume [1771] 1902, p.194).

John Rawls, quien puede ser considerado como un moderno exponente del enfoque Rousseauiano, sostiene que el problema puede resolverse por medio de insistir en que los principios de justicia ratificados por una asociación Rousseauiana imaginaria no han de ser aplicados a repartos distributivos individuales sino al juicio y elección de instituciones que, como es entendido, una vez escogidas funcionan por su propia cuenta y lógica. "Una distribución", escribe Rawls "no puede ser juzgada en forma aislada del sistema del cual es su producto o de lo que los individuos han hecho de buena fe a la luz de las expectativas establecidas" (Rawls, 1971, p. 88). Pero resta por ver si esta norma altamente abstracta puede convertirse en una forma de pensar y evaluar el real funcionamiento de organizaciones concretas de propiedad.

El enfoque Lockeano. En el modelo Rousseauiano, el reparto inicial de recursos es hecho por la sociedad en su conjunto, bajo la premisa que algo que afecta a todos requiere el consentimiento de todos. El enfoque Lockeano refuta este enfoque como ridículo e imposible: “Si dicho consentimiento fuera necesario, la especie humana estaría muriendo de hambre, a pesar de lo muchísimo que Dios le haya dado” (Locke [1690] 1988, p.288). Nacimos, sostiene, en inundo abastecido para satisfacer las necesidades de la vida, y no puede haber nada malo en que una persona tome posesión y use algo de esto. Aún más, si una persona comienza a ocupar una porción de tierra u otro recurso natural, parece equivocado que otros traten de perturbarlo o despojarlo de ella, a menos que de algún modo su apropiación haya perjudicado gravemente su existencia. Pareciera que no necesitamos de ninguna decisión colectiva u omnilateral para establecer el derecho del apropiador a cierto respeto por el derecho que ha creado.

En su forma más sencilla, la teoría de adquisición unilateral se nos presenta como la Teoría de la Primera Ocupación: la primera persona en ocupar una porción de tierra, se convierte en su dueño, o más genéricamente, la primera persona en actuar como si fuera dueño de algo se convierte en su propietario, en lo que respecta a la moral de sus acciones o la de los demás. El argumento tradicional para esto ha sido que mientras los segundos y subsiguientes ocupantes necesariamente perjudican los intereses de alguien que llegó antes, el primer ocupante no. Pero eso no serviría de nada incluso si no hay un primer ocupante – apropiador, aún pueden haber otros individuos cuyos intereses son afectados por el primer ocupante -a saber, aquellos quienes han disfrutado previamente el recurso en común, pero que ahora se encuentran impedidos de usarla o gozarla por el título putativo del primer ocupante.

La teoría de John Locke es sin duda considerada como la más interesante de las discusiones filosóficas acerca de la propiedad, en gran medida porque representa un intento serio por tratar el problema. El punto de partida del análisis de Locke es que Dios dio el mundo a los hombres para compartirlo, de modo que la introducción unilateral de derechos es reconocida desde el comienzo para representar en cierto modo un problema moral.

¿Cómo plantea Locke solucionar este problema? Primero, él lo hace manejable por la vía de poner énfasis en que cuando la propiedad privada fue inventada había, en realidad, más que suficiente para que todos se hicieran dueños de algo. Fue la creación del dinero, sostuvo, la que lideró a la introducción de posesiones individuales más extensas, producto de las cuales algunos llegaron a ser propietarios de mucho y otros muy poco o nada; y agregó -no de manera completamente convincente- que desde que el dinero tuvo como base la convención humana, la fase de distribución fue gobernada por consideraciones de justificación de un tipo (al que he llamado) Rousseauiano: “Desde que el oro y la plata (...) tienen un valor sólo por el consentimiento de los hombres (...) es evidente que los hombres

han acordado una posesión de la tierra en forma desigual y desproporcionada” (Locke, [1690] 1988, pp. 301-2).

El principal significado de este argumento es que representa la conciencia de Locke sobre los límites de una teoría unilateral de apropiación. Una conciencia similar se muestra en su discusión sobre el origen de la propiedad, donde encontramos su teoría de apropiación individual complementada, desde principio a fin, por lo que he llamado antes Teoría General Justificatoria. Aunque Locke sostiene, tanto como cualquier teórico de la Primera Ocupación, que una persona que toma recursos de la tierra virgen normalmente adquiere un derecho sobre ellos, ella siempre trata de agregar que esto es también una cosa buena desde el punto de vista social, porque premia el trabajo y promueve el bienestar general. La apropiación unilateral nunca tiene que permanecer completamente sola en la teoría de Locke, como lo está en la visión de sus más recientes seguidores, más destacadamente, Robert Nozick (1974).

Al final, sin embargo, es el argumento acerca de la apropiación unilateral el que ha capturado la imaginación filosófica Y es indispensable para el ejemplo de Locke –aunque sólo sea porque proporciona el prototipo de los derechos individualizados que son apoyados por los razonamientos generales y que más tarde serán ratificados por el consentimiento. La contribución de Locke es haber conectado la apropiación unilateral con la idea de auto- dominio.

Aunque la tierra (...) sea común a todos los hombres, cada individuo tiene una propiedad sobre su persona. A ésta nadie tiene derecho sino ella misma. El trabajo de su cuerpo y la actividad laborativa de sus manos podemos decir que, en estricto rigor, son suyas. Él ha mezclado su trabajo con todo lo que ha sacado del estado que la naturaleza le ha proporcionado y los ha reunido en algo que le es propio, de ahí que lo haga su propiedad: Lo que él saca del estado común en que la naturaleza lo dejó, tiene producto de su trabajo algo anexo a ella, lo que excluye el derecho común de otros hombres: (Locke, [1690] 1988, pp. 287-8)

Que algo en lo que he trabajado encarna una parte de mí es un sentimiento bastante común. Locke conectó este sentimiento con el de autodominio. Que caracterizó al emergente individuo liberal, en una forma que también gestó argumento tanto económica como moralmente convincente a favor de la apropiación unilateral. Desde que la mayor parte de lo que valoramos en las cosas externas no es producto de la naturaleza, sino que del trabajo, no resulta tan extraño, como Locke lo plantea, “que la propiedad sobre el trabajo debería ser capaz de preponderar por sobre la comunidad de la tierra”.

Aunque las cosas de la naturaleza son dadas en común, los hombres (por ser dueños de sí mismos, propietarios de su propia persona y de las actividades laborativas de ella genera) tienen en sí mismos la piedra angular de la propiedad; y aquello que constituyó la mayor

parte de lo que a él se dedicó para su sustento o comodidad, cuando la invención y las artes han mejorado las conveniencias de la vida, era perfectamente suya, y no perteneció en común a otros (Locke, [1690] 1988, pp. 296-9).

La parte de la teoría de Locke que ha despertado quizás el mayor escepticismo en la filosofía del derecho no es la teoría de la adquisición unilateral, sino algo que parece derivarse de ella -a saber, que pueden haber derechos de propiedad privada anteriores al establecimiento de sistema de derecho positivo. La propiedad Lockeana se estableció en el estado de naturaleza y aunque más tarde la desigualdad es ratificada por el consentimiento, dicho consentimiento no tiene nada que ver con el contrato social o la invención del gobierno. Consecuentemente, cuando el derecho positivo nace, se encuentra con un conjunto de derechos individuales ya existentes, y con una gran cantidad de punzantes ciudadanos que están dispuestos pelear por la tesis que sostiene que la tarea del gobierno es proteger sus derechos de propiedad y no reconstituirlos o redistribuirlos. Entonces, a la inversa, aquellos que creen que el gobierno debería tener más poder Rousseauiano sobre la propiedad, generalmente sostienen su argumento basado en la tesis que los derechos de propiedad son inimaginables sin derecho positivo.

En efecto, no es tan fácil de deshacerse de la visión Lockeana. En primer lugar, el estado de naturaleza de Locke no es uno asocial, sino sólo apolítico. Locke toma la plausible perspectiva que todos los tipos de relaciones morales pueden existir en un denso tejido de interacción social, sin el apoyo específico del Estado o del derecho positivo. Pero si esto es reconocido como una proposición general, ¿Por qué las relaciones de propiedad han de ser una excepción? Las personas seguramente pueden cultivar la tierra exista o no un derecho positivo, y la idea de que otros sin el derecho son incapaces de formar, compartir o de actuar de acuerdo a la opinión que sostiene que es equivocado interferir o apropiarse del producto del trabajo de otros, parece poco plausible. De modo semejante, no parecemos necesitar la ayuda de un ordenamiento jurídico para explicar la existencia del intercambio y de los mercados. Hasta donde podemos decir, el comercio entre los habitantes de diferentes regiones es de anterior data que la existencia de determinadas instituciones legales por muchos milenios.

Lo que sí es cierto es que el derecho hace una inmensa contribución al sistema de propiedad y que en las complejas circunstancias de la vida moderna, la propiedad sin derecho -donde las reglas descansan sobre nada más robusto que una conciencia moral compartida- es susceptible de ser acibillada entre disputas y malos entendidos. Pero Locke reconoció este punto. Que después de todo era el propósito de celebrar un contrato social -proporcionar mecanismos para resolver pormenores, hacer valer derechos, arbitrar disputas que no existían en el estado de naturaleza. Pero no es 'una consecuencia necesaria del hecho que necesitamos estos mecanismos -y que sólo un ordenamiento jurídico puede proporcionar- que nuestros pensamientos y sentimientos acerca de lo mío y lo tuyo, la propiedad y justicia distributiva, sean producto exclusivo del derecho positivo.

Ernesto Vargas, Hacia un sistema de propiedad privada sobre el viento en Chile, *Revista Chilena de Derecho* 44(1), 2017, pp. 7-17.

EL PROBLEMA QUE PLANTEA LA APARICIÓN DE UN NUEVO BIEN VALIOSO

Es una idea aceptada que el desarrollo económico exige reglas claras y estables que provean certeza a sus titulares sobre los retornos de su inversión. Sin embargo, esta certeza pareciera no existir en Chile respecto del viento. Por un lado, es un lugar común la afirmación de que el viento no tiene dueño (o que es un bien común a todos los hombres); por otro, resulta evidente que el único que puede, en los hechos, extraer beneficio económico de una columna de viento es quien puede acceder al terreno ubicado inmediatamente bajo la misma.

Hasta ahora, la aparente incertidumbre sobre la titularidad para aprovechar el viento parece no haber impedido el desarrollo de proyectos de generación de energía de fuente eólica en Chile. Lo anterior es desconcertante, considerando el rol central que el pensamiento utilitarista asigna a la propiedad privada (y su capacidad para proveer certeza) en la promoción de eficiencia productiva y prosperidad social.

En este contexto, el presente artículo se pregunta por la asignación privada del derecho a aprovechar el viento. Para tal efecto, en primer término desarrolla un marco teórico que propone que, desde el punto de vista económico, el viento está pasando a ser un bien rival y presenta un modelo para analizar cómo se produce la asignación privada de bienes rivales, previamente comunes o sin dueño y sus implicancias. Luego, intenta determinar cuál es actualmente el estatus jurídico del viento en Chile, sugiriendo que, contrario a una aproximación intuitiva, el viento no es actualmente una cosa común a todos los hombres, ya que el dueño del predio bajo la columna de viento puede, en los hechos, excluir a los demás de sus beneficios económicos; en particular, de su capacidad para producir energía, y que su asignación originaria está dominada por el principio de la accesión. En tercer lugar, este trabajo propone considerar una forma alternativa para asignar originariamente el derecho a aprovechar el viento en forma privada que sigue la lógica de la ocupación y que es análoga a la que existe en Chile en materia de aguas y sustancias minerales, argumentando que esta resultaría más eficiente y estaría respaldada por una mejor teoría asignativa. En cuarto lugar, se discuten algunas implicancias de implementar un sistema como el propuesto, incluyendo la necesidad de crear un régimen de servidumbres forzosas.

II. MARCO TEÓRICO: PROPIEDAD PRIVADA Y DESARROLLO ECONÓMICO

1. LA (CONTINGENTE) NATURALEZA ECONÓMICA DEL VIENTO

La teoría microeconómica clasifica los bienes en función al tipo de comportamiento que tienden a generar entre agentes que interactúan estratégicamente entre sí (esto es, agentes que buscan maximizar su beneficio en un escenario determinado por sus interacciones recíprocas). Esta clasificación se basa en dos criterios: rivalidad vs. no rivalidad y exclusividad vs. no exclusividad.

El criterio de rivalidad vs. no-rivalidad está determinado por la capacidad de un bien de servir a más de un agente al mismo tiempo. Un bien es no rival si su utilización por una persona no obsta a que otra persona lo utilice al mismo tiempo en iguales condiciones. Por su parte, la clasificación exclusividad vs. no exclusividad depende de la capacidad de los agentes de excluir a otros del aprovechamiento del bien. La exclusividad del bien no suele ser una cuestión problemática para los bienes no rivales cuando ya han sido puestos en existencia (“bienes públicos” en terminología económica). En la medida que el aprovechamiento de los bienes públicos por un agente no disminuye la posibilidad de que otro se beneficie de los mismos, el problema de quién tiene derecho a excluir a otros no se plantea para este tipo de bienes.

Sin embargo, los bienes rivales que, por razones de hecho o de derecho, no pueden ser utilizados en forma exclusiva por una parte (“bienes comunes” en terminología económica) tienden a inducir comportamientos estratégicos que derivan en un equilibrio socialmente subóptimo, tradicionalmente denominado “tragedia de los comunes”. Como cualquier individuo puede servirse de los bienes comunes sin costo, pero, al hacerlo, perjudica la posibilidad de que otros se sirvan del bien en iguales condiciones, los agentes involucrados tienen incentivos individuales para sobreexplotar el recurso que tienen en común, lo que es subóptimo desde una perspectiva social. Por ello, la existencia de bienes comunes plantea, tarde o temprano, la cuestión de quién puede excluir a otros interesados de su utilización. En otras palabras, la existencia de bienes comunes plantea inevitablemente la cuestión de la titularidad (propiedad privada, en un sentido genérico) sobre esos bienes.

La capacidad del viento para regenerarse hace parecer que este fuera una fuente ilimitada de energía. Por lo mismo, se tiende a asumir que el viento se comporta económicamente como un bien no rival. Sin embargo, el viento (propriadamente, la energía cinética del viento) no es completamente infinita. El uso de un aerogenerador para extraer la energía cinética del viento crea un “efecto de sombra” en el área viento abajo (es decir, el área que está a “sotavento” o tras el aerogenerador). En ese sector el viento es más lento y turbulento y, por lo tanto, menos adecuado para la generación de energía eléctrica. La sombra de un solo aerogenerador comercial puede ser de hasta 700 metros y la de una granja eólica completa puede alcanzar hasta los 60 kilómetros. En consecuencia, dependiendo de la proximidad de los aerogeneradores o granjas eólicas relevantes, el viento tiene una naturaleza económica diferente. Cuando los generadores están suficientemente alejados, el viento se comporta como un bien público (o sea, es no rival); pero cuando están próximos, el viento tiende a convertirse en un bien rival. La proliferación de proyectos de energía eólica en Chile hace

cada vez más probable que surja este segundo escenario. En consecuencia, resulta crítico determinar si existe en Chile un derecho a excluir a otro del uso de viento y, en ese caso, quién es su titular. Dicho de otra forma, es esencial abordar el asunto de la propiedad sobre el viento; o, si se prefiere, del derecho a aprovechar el viento y la energía contenida en él.

2. LA ESENCIA DE LA PROPIEDAD PRIVADA: ¿DISPOSICIÓN O EXCLUSIÓN?

Abordar el problema propuesto exige contar con una definición instrumental de propiedad. El Código Civil chileno (“CC”) define al dominio o propiedad como el “derecho real en una cosa corporal para gozar, usar y disponer de ella arbitrariamente (...)” (artículo 582 CC). Basándose en esta definición, la doctrina chilena tiende a identificar el contenido de la propiedad privada con los “atributos del dominio”: usar, gozar y disponer de la cosa. Al preguntarse cuál es el elemento definitorio del dominio (su esencia) la doctrina señala en forma bastante uniforme que este es la facultad de disposición; en particular, la facultad del dueño para destruir o alterar físicamente la cosa.

La doctrina chilena no da normalmente demasiada relevancia al carácter “exclusivo” de la propiedad como uno de sus elementos definitorios y suele únicamente tratarlo, brevemente, como una de sus “características”. Generalmente, los diferentes autores se limitan a identificar la “exclusividad de la propiedad” con que no pueden existir dos o más titulares independientes de un mismo derecho de propiedad. Sin embargo, algunos autores agregan que la facultad de excluir a otros es una importante forma de concreción de esta característica, entendiéndolo por ello el “poder o prerrogativa que tiene el dueño para impedir a los demás el uso, goce y disposición de la cosa de que se es propietario”. Si bien este elemento suele no estar explicitado en las definiciones y caracterizaciones del dominio, no está por ello ausente. En rigor, la facultad del propietario para excluir a otros está determinada por su pertenencia al género de los derechos reales. En la medida que el derecho real implica, por su propia definición, una relación directa con la cosa (in rem) que debe ser tolerada por todo los demás (*erga omnes*), el poder del propietario para excluir a terceros de los beneficios de la cosa es consustancial a su esencia, aunque no permita distinguirlo de los otros integrantes del mismo género (esto es, de los otros derechos reales).

La importancia que debe ser reconocida al “derecho a excluir” como elemento central del concepto jurídico de dominio ha sido ampliamente discutida en el *common law*. A diferencia de la tradición continental, en el *common law* el equivalente del derecho de bienes (*property law*) no está basado en la extensa recepción del derecho romano, la abolición del derecho feudal y el surgimiento de un derecho nacional sistemático y codificado, sino en un cuerpo de derecho de origen medieval desarrollado casuísticamente que ha dado lugar a una importante discusión sobre la noción misma de propiedad. En el apogeo del liberalismo clásico, a fines del siglo XVIII, Blackstone describió la propiedad en su comentario sobre las leyes de Inglaterra como “el dominio único y despótico que un

hombre tiene o ejerce sobre las cosas de este mundo, con total exclusión de cualquier otro individuo en el universo”. Sin embargo, en los doscientos años siguientes esta concepción unitaria o esencialista de la propiedad se desmoronó, especialmente bajo el influjo del realismo americano. Con bastante escepticismo, los realistas definieron el derecho de propiedad utilizando la metáfora del “atado de derechos” (*bundle of rights*), implicando con ello que siempre es posible adicionar o quitar derechos al conjunto y seguir hablando de la propiedad como un atado de derechos. Si bien esta visión fue recogida en la sección 10 del *Restatement of Property* (1936) y sigue siendo prevalente en la academia jurídica de Estados Unidos, ella ha sido objeto de importantes críticas durante las últimas décadas, señalándose que ha dejado de ser una categoría relevante para la teoría jurídica y política.

Los críticos de la teoría del atado de derechos han propuesto entender, nuevamente, el derecho de propiedad desde una perspectiva esencialista centrada, precisamente, en el poder de excluir a otros. Conforme a esta tesis, el derecho a aprovechar la cosa y de excluir a otros de la misma son diferentes caras de una misma moneda. Sin embargo, esta teoría postula que el estudio del derecho de propiedad (en el sentido de derecho de bienes, en nuestra tradición) debiera estar determinado por un análisis basado en el derecho a excluir a otros de la cosa, más que en el derecho de aprovecharse de la misma. Lo relevante para delimitar la noción de propiedad es la capacidad de forzar a terceros a abstenerse de interferir en el aprovechamiento de una cosa y no tanto las facultades o atributos que esta otorga a su titular para aprovecharse de ella. Esto se ha expresado señalando que “el derecho de propiedad es un derecho para excluir a otros de una cosa basado en el interés que se tiene en aprovecharse de ella”. Por tanto, para esta concepción, los atributos del dominio (el poder beneficiarse de la cosa) sirven como teoría justificatoria del derecho de propiedad, mientras que el poder de exclusión determina su esencia jurídico-formal. Esta es la concepción de propiedad que sigue este trabajo para aproximarse a la cuestión de la titularidad para aprovechar el viento.

3. LA APARICIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD PRIVADA (I): EL PORQUÉ

La Teoría Económica denomina “externalidades” a los efectos indirectos de la producción o consumo que, como tales, no son reflejados por el sistema de precios²⁵. Lo que caracteriza las externalidades es que estas son costos o beneficios que no son tenidos en cuenta en la decisión individual de los agentes microeconómicos y que recaen en terceros que no los han consentido o no han pagado por ellos.

Uno de los efectos más importantes de la aparición de derechos de propiedad privada es que permite a los afectados asignar las externalidades eficientemente por medio de acuerdos privados²⁶. Siguiendo esta línea, Demsetz²⁷ propone que la aparición de nuevos derechos de propiedad privada es una respuesta a la necesidad de los agentes económicos de ajustarse a nuevas oportunidades de costo-beneficio, en sus palabras: “los derechos de

propiedad surgen para internalizar las externalidades cuando la ganancia de la internalización es mayor que los costos de la internalización”.

Esto puede explicarse con mayor claridad con un ejemplo histórico descrito por el mismo Demsetz. Antes de la llegada de los franceses a la Península de Labrador (Canadá), sus habitantes originarios, los Montanges, tenían un sistema de propiedad colectiva (en sentido jurídico) sobre las tierras de caza. Las diferentes familias Montanges cazaban en las tierras comunes para proveerse de alimentación y vestido. En la medida que los requerimientos de cada familia eran bajos en relación al número de animales existentes, la caza de una familia no perjudicaba a la otra (no había externalidades), por lo que las tierras de caza funcionaban como un bien público (en sentido económico). Con el arribo de los franceses y su interés por las pieles, los Montanges empezaron comerciar con los recién llegados. La ganancia que los Montanges hacían con el intercambio los impulsó a comenzar a cazar en las tierras comunes con fines comerciales, no solo de subsistencia. El incremento en la caza determinó que fuera cada vez más difícil encontrar animales, llevando a los Montanges a competir por los animales y a sobreexplotar los bienes comunes, de modo que las tierras de caza pasaron a ser bienes colectivos (en sentido económico). Para enfrentar esta situación de “tragedia de los comunes”, con el paso del tiempo, los Montanges comenzaron a asignarse determinados lapsos para cazar en las tierras comunes y, luego, zonas de caza exclusivas. Finalmente, para fines del siglo XVIII, los Montanges habían desarrollado un sistema de propiedad privada sobre la tierra. El hecho de que los animales a cazar tuvieran hábitats especialmente reducidos (bajo costo de internalizar) y que las ganancias del comercio de pieles fueran elevadas (altas ganancias de internalizar), determinó que fuera eficiente crear un sistema de propiedad privada: los costos totales de crear un nuevo sistema de propiedad eran menores que las ganancias asociadas a ello. Esta parece ser la situación que el viento está enfrentando en Chile (sección III. 2).

La historia de los Montanges parece demasiado perfecta para justificar el nacimiento de la propiedad privada como una especie de necesidad ante la escasez de ciertos bienes, una suerte de consecuencia natural. Con todo, lean la sección siguiente pensando en si la institución no supone más bien crear un juego de vencedores/derrotados, donde es difícil discernir si el surgimiento de la misma proviene del razonamiento de Demsetz, o bien, del interés de algunos por capturar para sí los beneficios que surgen de ella.

4. LA APARICIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD PRIVADA (II): EL CÓMO

La teoría de Demsetz ha sido criticada debido a que solo explica por qué surgen los derechos de propiedad, pero no es capaz de describir cómo ocurre ese proceso. Banner sostiene que no puede asumirse que la creación de derechos de propiedad simplemente responda a un patrón cambiante de costo y beneficio, como cualquier otro bien, porque enfrenta al menos dos obstáculos. Primero, la creación de nuevos derechos de propiedad

propiedad requiere que alguien invierta tiempo y recursos en producir un bien (el sistema de propiedad privada) que luego va a beneficiar a todos los individuos de la comunidad relevante, independiente de que hayan colaborado a crearlo (esto es, exige crear un “bien público”, en sentido económico). En estos casos, si los individuos involucrados no son capaces de coordinarse, terminan por esperar que alguien más desarrolle el bien, en la expectativa de capturar el beneficio sin incurrir en el costo, con el resultado final de que el bien nunca se produce o se produce en forma subóptima. El segundo obstáculo son, precisamente, los costos de transacción envueltos en la transición de un sistema a otro. La creación del nuevo sistema de propiedad exige evaluar los bienes bajo el antiguo régimen y reasignarlos bajo el nuevo, lo que puede implicar costos que impidan a los sujetos coordinarse para crear el nuevo sistema. De acuerdo a Banner, los obstáculos para generar nuevos derechos de propiedad privada son superados por la aparición de un grupo con capacidad suficiente para liderar la transición, en la expectativa de capturar la mayor parte de los beneficios resultantes del aumento de eficiencia a la vez de cargar la mayor parte de los costos a otro grupo; mientras la gran mayoría de los individuos (que permanecen inactivos) recibe una parte menor del aumento de eficiencia. Banner explica una serie de casos históricos con este modelo, incluyendo el proceso mediante el cual se cerraron las tierras comunes de Inglaterra (the English Enclosure Movement) y la colonización de Norteamérica, Australia y Nueva Zelanda. De lo anterior resulta que los efectos distributivos del proceso por el cual los bienes comunes son asignados a privados no deben ser omitidos³². La creación de un sistema de propiedad privada sobre bienes previamente comunes no solo puede tener efectos de eficiencia, sino que también puede tener un impacto distributivo que resulta necesario considerar al preguntarse por la asignación de una titularidad exclusiva para aprovechar el viento.

III. LA SITUACIÓN DE CHILE: EL VIENTO COMO BIEN COMÚN SUJETO A APROVECHAMIENTO INDIVIDUAL DE FACTO

1. LA (APARENTE) RESPUESTA JURÍDICO-FORMAL: EL VIENTO COMO BIEN COMÚN A TODOS LOS HOMBRES

El sistema jurídico chileno no aborda explícitamente el problema de la titularidad sobre el viento o del derecho para aprovecharse del mismo. Aparte de un antiguo trabajo, la doctrina local tampoco parece haberse referido explícitamente al tema. La falta de atención a este asunto deriva probablemente de que, hasta hace muy poco, la posibilidad de extraer beneficios económicos del viento era tan remota que, en la práctica, no se presentaban escenarios en que fuera necesario resolver quién tiene derecho a ocupar una columna de viento en un caso dado; o, mejor dicho, quién tiene derecho de excluir a otro de la utilización de la misma.

La doctrina pareciera asumir que la respuesta del Derecho chileno a esta cuestión es que no existe propiedad privada sobre el viento. La justificación implícita de dicha apreciación

parece derivar de estimar que el viento no es susceptible de apropiación y, por lo tanto, sería una de aquellas “cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres” (artículo 585 CC, énfasis en original). Probablemente, la idea bien asentada en la doctrina chilena de que el aire es una cosa común a todos los hombres ³⁵ tiende a reforzar esta visión, ya que el viento no es más que aire en movimiento.

Sin embargo, la calificación jurídica de bien común depende de una cuestión natural y no de una consideración normativa; y el sustrato de hecho (la “naturaleza”) que permitía asumir con comodidad que el viento es una cosa común a todos los hombres está modificándose. Como resultado del cambio tecnológico y la creciente demanda por energía renovable no convencional, hoy es posible para un agente “apropiarse” del viento en el sentido de excluir de sus beneficios a otros, incluyendo a potenciales desarrolladores ubicados “viento abajo”. En la medida que el viento (o la energía contenida en él) no ha sido declarado normativamente como un bien nacional de uso público (como el agua) ni un bien propiedad del Estado (como las minas), su apropiación parece estar abierta a los particulares conforme a las reglas generales y garantizada constitucionalmente (artículo 19 N° 23(1) de la Constitución Política de la República, “CPR”) Por lo tanto, más allá de su calificación jurídica, el viento parece estar convirtiéndose, en los hechos, en un bien valioso, rival y excluible, susceptible de ser sometido a la lógica del dominio privado.

2. LA RESPUESTA JURÍDICO-PRÁCTICA:

LA ASIGNACIÓN DE UN NUEVO DERECHO INTERÉS SOBRE EL VIENTO BAJO EL PRINCIPIO DE LA ACCESIÓN

En la medida que el viento se ha vuelto un bien rival valioso, y en ausencia de una regulación jurídico-formal que se haga cargo del tema, al igual que los Montanges, los agentes económicos chilenos han creado un sistema para asignarse una posición jurídica que, en los hechos, permite servirse del viento en forma exclusiva. En la medida que los derechos reales están sujetos en Chile a una regla de numerus clausus, este sistema opera a través de los derechos reales ya existentes y del (más flexible) derecho de contratos.

En forma similar a lo que ha ocurrido en otras partes del mundo, los desarrolladores de proyectos energéticos chilenos obtienen una posición jurídica que les permite acceder a los beneficios económicos del viento y excluir fácticamente a otros de los mismos, por la vía de celebrar contratos de arrendamiento con el dueño del predio bajo el cual pasa la columna de viento relevante. Estos arrendamientos permiten al desarrollador ingresar al predio, construir la infraestructura necesaria y operar la planta; manteniendo generalmente a salvo el derecho del dueño para hacer cualquier otro uso del predio. La mecánica implícita en este método es que el “derecho” a extraer la energía cinética del viento está, de cierta forma, vinculado al derecho a acceder al suelo bajo el mismo y, por lo tanto, vinculado a la propiedad raíz. Bajo esta misma lógica, en otros países, desarrolladores también han

protegido sus proyectos eólicos por la vía de arrendar el predio viento arriba o constituir servidumbres sobre el mismo con el objeto de crear un buffer que lo mantenga a salvo del efecto de sombra. Esta vinculación entre el suelo y el aprovechamiento del viento ha sido caracterizada por la doctrina comparada como propia o característica del modo de adquirir accesión.

El anterior modelo parece tener como supuesto jurídico implícito la aceptación de la antigua doctrina romana del *ad coelom* respecto de la proyección vertical del dominio. Conforme a ella, el dueño del suelo lo es también de todo el subsuelo y del espacio vacío por sobre el predio. En el derecho de los Estados Unidos, salvo que exista escisión (*severance*), esta teoría determina que el dueño del suelo lo sea también de los minerales que se encuentren en él y que tenga el derecho a extraer el agua, petróleo y gas que exista bajo la superficie. En Chile esta teoría goza solo de una aceptación parcial. La propuesta alternativa con mayor aprobación en la doctrina chilena, atribuida generalmente a Ihering, delimita la extensión vertical del dominio inmobiliario en función del interés práctico del propietario. Sin embargo, en la medida que extraer la energía cinética contenida en el viento constituye un interés práctico para el dueño del predio, el resultado final es, en principio, el mismo. Quien tiene acceso a la porción de suelo relevante (en última instancia, el dueño del mismo) es quien, de facto, tiene derecho a beneficiarse de la columna de viento que pasa sobre el mismo. Probablemente, la única diferencia es que esta segunda concepción de la proyección vertical del dominio impediría al dueño del predio bloquear el viento con el solo ánimo de perjudicar a su vecino o cobrar el valor de molestia (*nuisance value*) por no haber un fin práctico en ello. Sin embargo, podría llegarse al mismo resultado bajo la doctrina del *ad coelom* recurriendo a la teoría del abuso del derecho en el contexto de las relaciones de vecindad.

Por lo tanto, en los hechos, la obtención de una posición que permita a un desarrollador aprovechar el viento con exclusión de otros es accesoria a la propiedad del suelo y circula mediante la celebración de contratos de arrendamiento. En consecuencia, desde un punto de vista material, actualmente la posibilidad de aprovecharse en forma exclusiva del viento sigue, al menos parcialmente, la lógica de la accesión (ver artículo 643 CC). Conforme a esta lógica, el dominio de una cosa se asigna a quien ya es dueño de alguna otra cosa. En este caso, el titular de un bien preexistente que se juzga principal (el suelo) está en posición de aprovecharse de los nuevos bienes (el viento) que, de alguna forma, están vinculados en forma física al bien principal (necesidad de acceso), excluyendo consecencial, pero necesariamente, de ese aprovechamiento a cualquier otra persona (asignación privada). Así, el dueño del predio o a quien este ceda su goce a cualquier título, está en una posición que le permite excluir a todos los otros del aprovechamiento del viento, especialmente de aquellos que se encuentran viento abajo. Esto no quiere decir que el dueño del suelo adquiera el viento por accesión en un sentido técnico-jurídico, sino únicamente que el aprovechamiento práctico del viento sigue la lógica de esta.

Sin embargo, las circunstancias fácticas bajo las cuales se produce la explotación del viento, en especial, el tratarse de un bien migrante, determinan que la posición de quien tiene acceso al suelo sea esencialmente precaria en relación a quien se sitúa viento arriba. Como resultado del efecto de sombra, una parte con acceso a un predio viento arriba puede excluir del uso de la columna de viento a quien se encuentra viento abajo. En esta circunstancia se revela la necesidad del dueño del suelo de aprehender efectivamente el viento para aprovecharlo y, en consecuencia, la presencia del otro gran principio en materia de adjudicación privada originaria de bienes: la asignación al primer ocupante 48 (ver sección IV siguiente). En este sentido, la aplicación del principio de accesión al caso del viento es solo parcial: este delimita quienes pueden hacerse dueños de un bien en base al dominio de una cosa preexistente, pero no basta para que el dueño del suelo excluya a otros de su uso. El dueño del suelo debe, además, “ocupar” el viento en su sentido más propio de “aprovechamiento”. De esta forma, bajo la lógica actual, el interés del dueño del predio o su arrendatario en aprovechar el viento carece de protección jurídica respecto de otros propietarios que se sitúen viento arriba. A su respecto, el dueño del predio relevante tiene una mera expectativa, lo que tiende a restarle certidumbre respecto de los retornos de su inversión. Es cierto que el desarrollador que se encuentra viento abajo siempre podría contratar con la parte que tiene acceso al predio viento arriba para crear un buffer, permitiendo una solución eficiente del problema mediante acuerdos directos, pero ello está limitado en la práctica por la existencia de costos de transacción (ver sección IV siguiente).

De lo anterior resulta que, si bien no existe en Chile propiamente un derecho a aprovechar el viento en forma excluyente, en los hechos, este claramente no funciona como una cosa común a todos los hombres. Desde una perspectiva práctica y sujeto a una configuración de hecho variable (a saber, la ubicación del suelo respecto del viento), en Chile el dueño del predio relevante o quien tiene derecho a usarlo a cualquier título (arrendamiento, usufructo) está en posición de excluir a otros del aprovechamiento del viento y tiene la posibilidad de transar esa posición en el mercado a través de contratos de arrendamiento, constitución de derechos reales, pactos de obligaciones de no hacer o servidumbres negativas. De esta forma, al menos desde la perspectiva de poder fáctico de excluir a otros de su aprovechamiento, el viento tiene un “dueño” (aunque sea un dueño “precario”). En consecuencia y siguiendo a Demsetz, pareciera que, como resultado del cambio tecnológico y la creciente demanda de energía renovable no convencional, los beneficios derivados de la explotación energética del viento tienden a superar el costo de crear un sistema de derechos de propiedad sobre el mismo. Por otro lado, y siguiendo a Banner, pareciera que quienes lideran esta transición son los desarrolladores energéticos y, dentro de los potenciales mayores beneficiados (aparte de los desarrolladores) se encuentran los dueños de los predios que se hallan viento arriba.

Preguntas:

¿A qué problemas da lugar el aprovechamiento de la energía eólica?

¿Qué diferencia existe entre enfrentar esos problemas contractualmente —como se hace en la actualidad— versus establecer un derecho de propiedad?
¿Podrían darse los mismos problemas respecto del aire limpio?

Facultades y atributos del dominio

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

52.- Concepto. Las concepciones analítica y sintética. El contenido.-

Ya ha sido dicho que las bases para la regulación del derecho de propiedad están en la respectiva Constitución. Sin embargo, generalmente las Constituciones no consignan una definición. Habitualmente son los códigos civiles los que la definen.

Para el conocimiento y, sobre todo, análisis de las definiciones, conviene distinguir los planos técnico y de contenido del derecho.

a.- En el ámbito técnico las definiciones emergen de la concepción que se tenga del derecho de propiedad: una concepción analítica o una sintética.

La primera concibe el dominio como una suma de atributos, identificables y que presentan cierto grado de autonomía; y, por tanto, con un criterio cuantitativo se dedica a enumerar las facultades que el dominio confiere al propietario sobre el objeto de su derecho. Ese grado de autonomía de los atributos permite concebir actos sobre cada uno de ellos, para ser transferidos y luego recuperados, gravados y luego liberados.

La segunda lo concibe como un señorío monolítico o poder pleno sobre el objeto de la propiedad, con las características de abstracción y elasticidad. Abstracción: un poder pleno con prescindencia de facultades identificables que puedan describirse separadamente y mantener autonomía; y elasticidad: se contrae al admitir restricciones por derechos reales restringidos y otras de variado origen, para luego expandirse cuando las restricciones quedan extinguidas (sin necesidad de un acto nuevo para el regreso al estado anterior).

Cada concepción genera una definición distinta. En la primera, la definición está dedicada a enumerar facultades o atributos; la segunda, en dirección cualitativa, se reduce a describir los caracteres, vigor y alusión (genérica) a restricciones a ese pleno poder.

Por cierto, la diferencia tiene importancia. Por ej., en el punto técnico (que aquí sólo es insinuado) de la constitución de los derechos reales restringidos. Concebido el dominio como una suma de atributos, se tiende a plantear una gestación de esos derechos como "transferencia" (de determinado atributo) del dueño a quien será titular del derecho real restringido (de modo que si el sistema de transferencia de bienes en el respectivo país es el del título y modo, será necesario efectuar la tradición del derecho real, lo cual, por otra

parte, crea varios inconvenientes difíciles de sortear). En cambio, concebido el dominio como un señorío monolítico, con abstracción y elasticidad, se trata simplemente de una "constitución", en la cual el dominio queda contraído, dando origen al derecho restringido (y aunque el sistema general sea el del título y modo no habrá tradición, y si se exige inscripción registral en los derechos limitados inmuebles ella no tendrá el rol de tradición), en términos que al extinguirse el derecho real limitado, expandiéndose, el señorío del dueño recupera su original potencia (sin que sea necesaria una "tradición inversa") (al tratar los derechos reales limitados se volverá sobre este punto).

En el Derecho actual parece estarse imponiendo la segunda alternativa: la propiedad es un poder pleno, con abstracción, y directo sobre una cosa; con un significado de "pertenencia" (una cosa es mía o de otro) que se traduce en una "titularidad" de este derecho pleno; conforma técnicamente un derecho real; dotado de elasticidad; y con exclusividad (que parece constituir la característica esencial de la propiedad privada). Es lo que preferimos también.

b.- En cuanto al contenido, es la plenitud del poder, que es consignado sea enumerando facultades o describiendo su vigor, y que es ensamblada con las restricciones impuestas por la hoy llamada "función social" (que en su consistencia y calificación como elemento interno o externo se verá más adelante; infra N° 57 bis). (...)

d.- En el Derecho chileno, el CC. declara que "el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno" (art. 582 inc. 1°). 369

Como puede apreciarse, la definición es consecuencia de una concepción analítica del dominio, que lo concibe como un conjunto de facultades o prerrogativas identificables y de cierta autonomía y, por tanto, con un criterio cuantitativo se dedica a enumerar las facultades que el dominio confiere al propietario sobre el objeto de su derecho.

Por el adverbio "arbitrariamente" que incluye ha sido calificada de clásica, denunciándose en ella un contenido absoluto, individualista, desprovisto de preocupación social. Pero puede observarse que el complemento ("no siendo contra ley o contra derecho ajeno") permite sobradamente morigerar y aun impedir la arbitrariedad y el abuso; por cierto, el legislador (el citado art. 582 no es texto constitucional) —como se explicará pronto al tratar la función social— y la jurisprudencia pueden conducir la institución mediante estas restricciones que posibilitan elaboraciones para que cumpla adecuada función; en esos términos, estimamos que el concepto es abierto y flexible (v. también lo dicho en supra N° 10 quáter, B., 2.).

En este sentido es reveladora la constatación de que nuevos textos, como el cód. civil holandés (arts. 5-1 y 5-2) y el cód. civil de Québec (art. 947), vienen a formular unas definiciones que no difieren sustancialmente de la nuestra.

Cuatro componentes son destacables en esa definición.

1°.- La calificación de "derecho", con la derivada calificación de "real".

2°.- La consignación de los atributos: de uso (implícito en uno expresado, el de goce), goce y disposición (se verán más adelante), con la amplitud de la arbitrariedad.

3°.- Las inmediatas restricciones genéricas: ley y derecho ajeno.

4°.- Un campo de aplicación; inicialmente cosas corporales, que a continuación (art. 583) es ampliado a las cosas incorpóreas, pero matizadamente, al calificar el poder sobre ellas como una "especie" de propiedad (al respecto, v. supra N°s. 12 y sgts.; una proposición particular, en la que el art. 582 estaría definiendo sólo la categoría de propiedad sobre cosa corporal, y las de los preceptos siguientes serían otras especies de un género no definido, pero cuya característica fundamental es la "exclusividad", en supra N° 14, final, nota).

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

59.- Caracteres. a.- Derecho real. b.- Absoluto (pleno). c.- Exclusivo (el uso inocuo, el acceso forzoso y el principio del mal menor). d.- Perpetuo. e.- Abstracto y flexible.-

En la evolución de la propiedad privada han ido quedando consolidados en el derecho de dominio un conjunto de caracteres. Durante siglos permanecieron cuatro, que todavía suelen encontrarse en textos sobre la materia: real, absoluto, exclusivo y perpetuo.

A esa lista conviene formular algunas prevenciones.

En primer lugar, y tal como ya se ha visto al tratar la protección a la propiedad en las Constituciones (supra N° 51, A., a.) y la protección a la propiedad en la Constitución chilena (supra N° 57 bis, e.), al menos para indagar la "esencia" de la propiedad estos "caracteres" deben ser examinados en conjunto con los llamados "atributos", porque puede estimarse que aquellos (al menos algunos) integran la esencia.

En segundo lugar, la intensidad con que se ha ido asumiendo la función social de la propiedad y la extensión de su ámbito de acción, que ya nada excluye, conduce a concluir que el carácter absoluto que se le atribuía ya debe ser eliminado y más bien reemplazado, como se dirá pronto al tratar esta característica; con esto, la lista originaria ya queda alterada.

Y, finalmente, la penetración expansiva de la función social ha llegado también a las otras características, en términos que ellas, aunque permanecen, deben ser en todo caso matizadas (tal como se irá viendo).

Con estas prevenciones se procederá al examen de los cuatro caracteres que pueden ser llamados tradicionales, y se añadirán observaciones derivadas de estas advertencias previas.

a.- **Real.** Es el derecho real por excelencia; empleando los términos del código, se ejerce sobre una cosa sin respecto a determinada persona (arts. 577 y 582), debiendo tenerse

presente la copiosa doctrina que sobre el derecho real ha sido desenvuelta y que hemos reseñado en otra ocasión (v. supra N°s. 17 y sgts.).

Ya se dijo (al tratar la protección constitucional, en supra N° 57 bis, e., a.) que por esta "realidad" lleva incorporada una acción persecutoria de la cosa, para recuperarla de manos de quien se encuentre mientras no se demuestre una justificación aceptable en Derecho para retenerla. Esa acción, tradicionalmente nominada, es la reivindicatoria; pero aun prescindiendo de ella, o en defecto de ella porque no se reunieren los requisitos exigidos en su regulación, en todo caso el propietario puede acudir al amparo judicial para aquella aludida recuperación (como lo proponemos al tratar —más adelante— la mencionada acción). Sin la reivindicabilidad o, mejor dicho, (para despegarnos de la rigidez que adopta la reivindicatoria en el estatuto positivo chileno) sin la reipersecutoriedad, la propiedad quedaría reducida a una facultad no reconocible como propiedad (y por eso es que al tratar la protección constitucional de los atributos esenciales la hemos incluido, aunque tradicionalmente esté calificada como uno de los caracteres).

b.- **Absoluto** (pleno). En la caracterización tradicional este rasgo ha significado que el titular puede ejercitar su derecho sobre el objeto dominado con las más amplias facultades posibles, soberana e independientemente.

Al ser definida la propiedad, en las codificaciones este carácter suele ser consignado con esa expresión en adverbio ("absolutamente"), o con otra equivalente (como "arbitrariamente", que es la adoptada por el CC.) (v. supra N° 52).

Esta es la característica que ha sido principalmente alterada en los términos que ya se ha venido reseñando, introduciéndosele restricciones de variada naturaleza y magnitud, a través de la genérica y ya referida "función social".

Considerando esas restricciones, para aludir esta ahora remodelada característica aquella denominación de "absolutismo" suele ser reemplazada por "generalidad" del dominio, en cuanto el propietario puede obtener toda utilidad o provecho que la cosa pueda proporcionar sin necesidad de texto o autorización especial, salvo las restricciones legales y las limitaciones derivadas de otros derechos reales sobre la misma cosa.

Con ese significado y teniendo presente aquella importante circunstancia de que tratándose de la propiedad, como ya se ha dicho aquí, el derecho cubre, abraza toda la cosa, por lo que se identifica con ella, en la búsqueda de un término más adecuado para reemplazar el absolutismo, preferimos la plenitud. El derecho de propiedad es pleno en dos sentidos; por una parte, porque recae sobre toda la cosa dominada y, por otra, porque permite ejecutar todas las actividades necesarias o convenientes para su aprovechamiento y asignarle los destinos que estime el titular; y, en este segundo sentido, sin requerir de previa consulta o confrontación con alguien o algo. Por cierto, esta comprensión debe ser compatibilizada con la función social (sea ella un elemento interno o externo) y con sus naturales fronteras, constituidas por la ley (en cuanto impone restricciones y cargas o deberes), el derecho ajeno y el ejercicio abusivo (como se dirá). Por otra parte, la plenitud contrasta con otros

derechos reales, los cuales permiten sólo algunas facultades, como que son llamados "limitados" o, más bien, "restringidos".

Pero la declinación del absolutismo de este derecho, con ser efectiva, suele ser descrita con tal fruición que merece ser depurada. Cuando se irrumpe negándose el absolutismo porque debe someterse a las restricciones y cargas impuestas por la ley (con tal que no lleguen a afectar su esencia, como ya se ha dicho), conviene reparar en que esa situación ha estado siempre presente; no es enmienda actual.

Desde luego, este carácter (con la expresión "absoluto" propiamente o con una equivalente, como "arbitrariamente") no ha sido instalado en textos constitucionales; a lo más fue consagrado en definiciones contenidas en códigos civiles (desde el célebre art. 544 del cód. francés, como ya quedó dicho aquí, en supra N° 52) que son sólo textos legales; las leyes posteriores siempre han podido atenuarlo mediante excepciones más o menos profundas o extensas (y, de hecho, así ha ocurrido, como se dijo, en Francia y en los códigos seguidores, como el nuestro, y desde muy pronto después de su dictación); incluso los textos solían expresar que ese absolutismo (o arbitrariedad) era sin perjuicio de leyes especiales restrictoras; más aún, esa posibilidad existía aunque no se hubiere declarado, por el rango simplemente legal del texto, unido a los principios de especialidad y de temporalidad de las normas legales (una ley especial —y todavía más, posterior— prevalece sobre la anterior: el precepto del código que establecía el carácter absoluto o arbitrario). Entonces, más bien era el legislador (que siempre ha actuado en las más variadas materias en que podía encontrarse con el derecho de propiedad) el que no intervenía, pudiendo; y ha sido luego él, con la evolución de la realidad posterior, quien por fin ha emprendido los cambios normativos que repercuten en el poder del propietario, y que siempre pudo emprender.

Por otra parte, el término "absoluto" siempre ha sido relacionado con el "abuso", (abutendi) tradicionalmente empleado y asimismo repudiado, pero en el sentido no de amparar el ejercicio abusivo, sino en el de poder "disponer" (el propietario) de la cosa, tanto material como jurídicamente, sin negar la función social y con las fronteras del respeto a las leyes, al derecho ajeno y el repudio al ejercicio abusivo.

Tal como ya ha quedado insinuado, el texto chileno donde quedó incluido el absolutismo o arbitrariedad, el art. 582 del CC., soporta esta masiva incursión casi sin resentirse porque a aquella arbitrariedad el precepto añadió de inmediato dos fronteras (la ley y el derecho ajeno) cuyas naturales movibilidades dejan a ese arbitrio en un estado muy susceptible de ser modelado, con lo que el concepto del dominio consignado quedó flexible y, por tanto, con bastante capacidad de sobrevivencia (v. también supra N°s. 52 y 57 bis).

c.- **Exclusivo.** El derecho está radicado en un solo titular, y no puede haber dos o más propietarios, independientes entre sí, sobre una misma cosa con iguales poderes sobre ella. Las actividades de demarcación y cerramiento son manifestaciones de la exclusividad del dominio (arts. 842 y 844; v. también arts. 876, 878, 942).

Debe recordarse lo dicho en cuanto estimamos que la exclusividad, más que un carácter, forma parte de la propiedad privada misma; sin exclusividad no hay propiedad privada (v. supra N° 14, final, nota).

Es sostenible que la exclusividad no es contenido sustantivo, sino característica (esencial). Pero si la exclusividad es eliminada está siendo eliminada una característica esencial, y el derecho (de propiedad privada) pierde su reconocibilidad, su identidad; deja de ser lo que es. Así, para quien ya la tiene, una privación de la exclusividad implicaría una verdadera expropiación no declarada formalmente. Llevando esta característica a una hipótesis, privar de la exclusividad significaría que a un propietario (individual) se le impone cotitularidad; se dispone que ya no será dueño exclusivo, sino que compartirá la cosa con otros co-dueños. En otros términos, al menos se le está expropiando una cuota (de su derecho), que es atribuida a otro u otros (por eso es que este carácter ha sido aquí incluido entre los atributos esenciales al tratar la protección constitucional; supra N° 57 bis, e., b.).

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

Deben destacarse importantes excepciones.

Como se irá viendo, aunque son concebibles en los muebles, generalmente son aplicadas a los inmuebles y, sobre todo, a los predios rurales. Entre ellas están relacionadas (así se aprecia en preceptos que las consagran; como el (...) art. 604 del CC., sobre el acceso de naves y náufragos a las playas). Están vinculadas a la noción de función social del dominio y con su carácter de absoluto; por lo mismo con las relaciones de vecindad y con los límites físicos del dominio (que son tratados en otros párrafos). En otro sentido, contribuyen a conferir la verdadera dimensión del derecho de propiedad. Por otra parte, en su funcionamiento práctico requieren de criterio prudente y adecuado control.

1º. El derecho de uso inocuo. Es el que se tiene en la cosa de otro para obtener un provecho sin causar al dueño perjuicio alguno o causándolo en medida insignificante.

Conviene distinguir la regla de la excepción. El dueño tiene la facultad de excluir, impidiendo que un extraño invada o entre en contacto con la cosa, aunque en nada la dañe; la excepción consiste en que el extraño puede entrar al objeto cumpliéndose ciertas condiciones; si le obtiene un provecho, sin causar al dueño perjuicio alguno o uno insignificante.

(...) En el CC. (como en los de su tiempo) no hay una fórmula amplia (con las exigencias mencionadas y eventuales regulaciones locales); sí hay algunas aplicaciones específicas (como la de art. 620; v. también arts. 14 y sgts. del C. de M. en la facultad de catar y cavar).

2º. El derecho de acceso forzoso (o coactivo). Es el que se le reconoce al dueño o administrador de una cosa para entrar, transitoriamente, a una propiedad ajena, a ejecutar algún acto relativo a la utilización de aquel objeto (por ej., para recoger frutos caídos en un predio vecino, para reparar un muro, etc.). Entre nosotros hay textos aislados a este respecto (por ej., los arts. 620 y 943 del CC.; también el art. 604, recién citado).

3º. El principio del mal menor. En su virtud, cualquier persona puede aprovecharse de una cosa ajena para salvar una cosa o un bien jurídico de mayor valor que el daño que pueda causar, ante un peligro inminente (v. un ejemplo en el art. 36 inc. final de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria; y v. nuevamente el art. 604) (el tema del libre acceso a las riberas —playas— de ríos, lagos y mar es tratado en el capítulo de los dominios públicos, en supra Nº 48 bis; para las inmisiones v. las relaciones de vecindad).

d.- **Perpetuo**. Significa que el dominio persiste mientras subsiste la cosa. No se extingue por el solo transcurso del tiempo o por la ausencia de ejercicio del derecho; por lo mismo, se tiene concluido que su acción protectora, la reivindicatoria (u otra reipersecutoria que el ordenamiento respectivo establezca), no queda extinguida por el solo transcurso del tiempo. Mediante tiempo pueden perderse cuando un tercero posee la cosa y llega a ganarla por prescripción (adquisitiva).

En el Derecho chileno esa afirmación está consignada en el art. 2517 del CC.: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho". Y debe tenerse presente, además, lo dispuesto en la Constitución (art. 19 Nº 24 inc. 3º, que permite la privación del dominio sólo mediante expropiación, con la respectiva indemnización) (v. también los párrafos sobre extinción del dominio, infra Nº 65 bis; y prescripción de la acción reivindicatoria, con una discusión, infra Nº 268).

(...) En el Derecho chileno la situación más típica de dominio revocable es la propiedad fiduciaria (art. 733 del CC.); está sujeta a una condición, de modo que, si la condición se cumple, el dominio es trasladado del propietario fiduciario al fideicomisario; siendo revocable en la dualidad recién vista, empleando los términos propios de la condición es llamada propiedad resoluble (se verá más adelante).

(...) Por otra parte, este carácter evoca la sucesión por causa de muerte, que se presenta como un medio para en cierto modo extender, si es posible, la perpetuidad del dominio más allá de la vida del titular (v. también supra Nº 57 bis).

Los tres anteriores son los caracteres del dominio para la generalidad de la doctrina chilena. El profesor Peñailillo agrega uno más a continuación ¿qué les parece?

e.- **Abstracto y flexible**.- Adicionalmente en la doctrina contemporánea han ido imponiéndose los caracteres de abstracción y flexibilidad (que suele ser llamado

elasticidad), habitualmente expuestos reunidos debido a su estrecha vinculación, que explican ciertas situaciones concretas de su funcionamiento. Es abstracto en el sentido de que el poder del titular es independiente de (está sobre) las facultades que integran su contenido; de ahí que, aunque una facultad sea (aparentemente) extraída, el dominio permanece sin desnaturalizarse. Incluso ha sido sostenido que la facultad queda potencialmente dentro del derecho; más bien está inhibida y es sólo el ejercicio de la facultad lo que ha pasado a otro o, sin pasar a otro, el titular queda inhibido (así ocurre, respectivamente, en el usufructo y en la convención de no enajenar).

Relacionada con esa característica está la otra, la elasticidad; a partir de su básica vocación de plenitud, el poder tiene la virtud de contraerse y expandirse; al concurrir otros derechos reales de inferior jerarquía, se contrae, para expandirse (automáticamente) en cuanto cesa ese derecho que lo comprimía. Este carácter explica la situación que se produce, por ej., en el usufructo: cuando el usufructo se extingue, el dominio se expande de inmediato, recupera su plenitud, sin necesidad de un nuevo acto (restitutorio).

Ya se ha dicho que con estas últimas características es que ha sido construida la actual concepción del dominio como señorío o poder monolítico, que prescinde de una descomposición en atributos o facultades separables.

En suma, si de caracterizar el dominio se trata, actualmente puede estimarse que es: un derecho subjetivo sobre cosas (corporales e incorporales), con un poder pleno sobre el objeto, sometido a la satisfacción de necesidades colectivas, con ejercicio respetando comparativamente el derecho ajeno y sin abuso (téngase también en cuenta lo antes dicho en cuanto a los caracteres que pueden ser considerados atributos, al menos para los efectos de su protección constitucional; supra N° 57, bis).

60.- Atributos (o facultades). A.- Concepto y clases. B.- Esenciales. a.- Uso; b.- Goce; c.- Disposición. C.- No esenciales (el entorno).-

A.- Concepto y clases.-

En el Derecho civil, y particularmente en la regulación del derecho de propiedad, el término atributo parece estar comprendido en el sentido de sustancia, contenido o composición de estructura; aplicado al dominio está referido al contenido del derecho del propietario sobre el objeto dominado, al contenido del poder que tiene sobre la cosa. Esta conclusión queda revelada cuando los atributos son enunciados (como se verá). Por otra parte, ese enunciado se sirve de una determinada concepción del dominio, aquí ya expuesta (en supra N° 52); la llamada sintética, que concibe el dominio como una suma de facultades identificables y separables.

Así, con ese significado de atributo y esa concepción del dominio es comprensible que habitualmente la doctrina, al menos en el Derecho chileno (aunque sin mayores explicaciones), enuncie como los atributos del dominio los de: uso, goce y disposición.

(...) Con estos antecedentes es que hemos concluido que, a aquellos tres generalmente mencionados deben ser agregados otros (tradicionalmente consignados como "caracteres")

y con el calificativo de "esenciales", al menos entre nosotros y para el efecto de la protección constitucional (como se dijo en supra N° 57 bis). En estas circunstancias, entre nosotros y al menos para su protección constitucional, son atributos de la propiedad privada: el uso, el goce, la disposición, la realidad (que incluye la reipersecutoriedad) y la exclusividad (y podrían añadirse otros, que estimamos dudosos) (v. supra N° 57 bis, e.).

Pudiere sostenerse que aquellos caracteres, sobre todo la "realidad" (que incluye entonces la reipersecutoriedad) y la "exclusividad", técnicamente no son atributos: no constituyen el contenido del poder del propietario. Desde luego, esa objeción importa un significado estrictamente sustancial del término "atributo", con una rigidez que no disfruta de clara consagración normativa. Pero aun admitiéndola, esos caracteres sí integran la esencialidad del dominio, contribuyen a su identidad, lo hacen "reconocible" como propiedad, de modo que deben ser considerados atributos, y esenciales, cuando la Constitución chilena, persiguiendo brindar una efectiva protección, extiende esa protección a sus "atributos esenciales". Y debe insistirse asimismo (porque también fue dicho en supra N° 57 bis) en que, tratándose de la exclusividad, más que atributo o carácter, integra el núcleo de la privacidad de la propiedad, en cuanto constituye la categoría (separándose de otras, como la propiedad grupal o la colectiva); sin exclusividad no hay propiedad privada. (...)

B.- Esenciales. a.- Uso; b.- Goce; c.- Disposición.-

Siguiendo anterior tradición y adoptando la concepción analítica del dominio, los códigos del siglo XIX y aun del XX, entre ellos el chileno al definirlo en el art. 582, han enumerado tres: el uso, el goce y la disposición. En todo caso, aun sin esa concepción, es útil examinarlas porque contribuyen a describir los poderes del propietario, es decir, el contenido del derecho de dominio.

Aquí serán tratados sólo ellos (los otros, agregados, ya fueron tratados como "caracteres", en supra N° 57 bis, e.).

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

Con frecuencia las cosas son susceptibles de varios usos, aunque también es frecuente que hay uno que suele llamarse el uso "ordinario" o "natural". El dueño podrá darle el que estime (con las restricciones que puede padecer debidas a la función social, ya examinada); pero

cuando confiere el uso a otro (un arrendatario, comodatario, usuario) sin más especificaciones, cobra importancia determinar el uso natural.

b.- Goce (fruendi) significa que el dueño puede beneficiarse con los frutos y productos de la cosa. No obstante que el art. 643 los llama productos, la doctrina siempre ha distinguido los productos de los frutos. Estos últimos son los que la cosa da periódicamente, ayudada o no de la industria humana y sin detrimento de la cosa fructuaria; el producto carece de periodicidad y disminuye la cosa (por lo mismo, es claro el art. 537).

Con lo anterior no resulta justificado recurrir a un modo de adquirir, la accesión —como lo hace el código (arts. 643 y sgts.)— para conferir al propietario de una cosa los frutos y productos de ella; pertenecen al dueño por la mencionada facultad de goce (v. lo que será dicho en la accesión y en el usufructo).

Por otra parte, estimamos que este atributo de goce (o el término "fruto", vía por la que se llegará al mismo efecto) debe ser entendido en un amplio sentido (que supera a la noción material de fruto como es generalmente comprendido), incluyendo, por ej., el beneficio o provecho que suele llamarse "deleite" o "placer" (como el que percibimos al contemplar una pintura u otra obra de arte de nuestro dominio). Y llegando a este punto puede observarse que, en determinadas circunstancias o en el provecho de ciertos bienes, los atributos de uso y goce quedan imbricados y aun fundidos indisolublemente.

c.- Disposición (abutiendi) significa que el dueño puede disponer de la cosa según su voluntad y arbitrariamente. Pero esta facultad debe ser entendida en el sentido y con las restricciones que ya han sido expuestas recién, a propósito del carácter "absoluto", o mejor, como se dijo, pleno (v. supra N° 59, b.).

En esta facultad de disposición pueden distinguirse dos categorías: la disposición material y la jurídica.

— El dueño puede disponer materialmente de la cosa, modificándola, destruyéndola.

Luego de aquellas restricciones generales, ahora merecen ser destacadas las contenidas en la legislación protectora de la naturaleza y de las obras de arte y monumentos históricos (ya mencionados en supra N° 57 ter); también leyes económicas impiden una destrucción caprichosa de artículos de consumo esencial (por ej., alimentos).

— El dueño puede disponer jurídicamente de la cosa, celebrando negociaciones con terceros respecto de ella, dándola en arriendo, comodato, gravándola con prendas, hipotecas u otras cargas y, en fin, transfiriéndola (v. además lo dicho sobre la disposición por causa de muerte al tratar el carácter perpetuo del dominio en supra N° 59; lo que se dirá sobre la extinción del dominio, especialmente sobre el abandono, en infra N° 65; y lo que se dirá pronto sobre las estipulaciones de no disponer material y jurídicamente, en infra N° 61).

C.- No esenciales (el entorno).-

Ya se expuso un concepto de estos atributos y, entre nosotros, su origen normativo (la Constitución).

Ante el intenso desarrollo de la protección ambiental, junto al estímulo de situaciones concretas suele postularse que las características ambientales que rodean al objeto (señaladamente al inmueble) integran también el derecho de dominio y quedan, por tanto, también protegidas; y así en los inmuebles aparece como un ejemplo de estos atributos no esenciales el llamado "entorno". Se trata de las cualidades ambientales que rodean al predio. Están, pues, determinadas por su emplazamiento (vista, iluminación, aireación, contigüidad a río, lago, mar, parques públicos, etc.).

Al respecto pueden ser formuladas algunas observaciones.

1º. Es discutible su naturaleza de atributo. Por una parte, puede sostenerse que no porque los atributos son predicados del derecho (de dominio) y el llamado atributo del entorno es más bien una característica del objeto. Pero, por otra, aquí (una vez más) debe ser recordada aquella identificación del derecho de propiedad con la cosa sobre la que el derecho recae, con la cual la separación tiende a desvanecerse.

Si llega a ser calificado de atributo, al menos por regla general no ha de considerarse esencial.

2º. Entonces, al igual que las partes integrantes de la cosa sobre la que recae el derecho de dominio, ese entorno en principio queda intangible ante intentos de alteraciones por la autoridad o por terceros. Decimos "en principio" porque, al igual que el objeto propiamente, puede ser alterado en ciertas circunstancias y con determinadas exigencias; esas características de entorno no podrían quedar más protegidas que la cosa misma. Además, esa intangibilidad debe ser evaluada frente a otros factores y, sobre todo, debe ser cotejada con las necesidades de modificación física del medio motivadas por interés de la comunidad (quedando incluidas en la función social del dominio); de no ser así, la intangibilidad absoluta del entorno, debido a que es parte del dominio privado, traería consigo la —insostenible— paralización (o congelamiento) general del ambiente del país y, eventualmente, del planeta, al menos en las zonas en que está distribuido en propiedad privada. Debe considerarse asimismo el derecho de los demás propietarios privados cuyos respectivos derechos de dominio deben ser también respetados. Así, las dificultades se conectan con las "relaciones de vecindad" (v. infra N° 64).

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

Para esos efectos pueden considerarse los siguientes elementos de juicio: a.- No todas las características del entorno han de quedar incluidas. Nótese que se trata de un atributo; luego, ha de tratarse de características positivas, beneficiosas para el predio y su disfrute conforme a los criterios con los que habitualmente son considerados caracteres positivos de un inmueble. Y esta calificación, efectuada por el tribunal, debe resultar de una apreciación objetiva; no de la ponderación proveniente del propietario (que frecuentemente

estará impulsado a la intangibilidad por variadas motivaciones y no sólo por un objetivo beneficio). En estas condiciones, quedarían fuera las características objetivamente perjudiciales y aun las inocuas; b.- Por otra parte, para concluir si la alteración de la que se está quejando un propietario merece o no protección, debe confrontarse también con la situación del resto de los vecinos, porque pudiese ocurrir que cierta característica del entorno, que para el quejoso es beneficiosa y no debiera ser alterada, para ellos sea perjudicial. En tales situaciones, la relatividad de los derechos y los principios y reglas sobre las relaciones de vecindad deben también ser considerados; c.- Ante ciertos reclamos del propietario por alteraciones producidas puede ser útil averiguar si, al adquirirse el objeto, tenía ya incorporada, legítima y definitivamente, la característica benéfica que ahora es alterada.

En conflictos específicos es esperable que también surja la regla constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8) (es bien probable que en las controversias sea revelada la vinculación con el capítulo de los límites físicos del dominio y las relaciones de vecindad, que son examinados en otros párrafos).

La situación ha sido planteada en predios colindantes con el mar (con la línea de más alta marea); el Estado entrega en concesión una parcela marítima, incluyendo playa de mar, a un particular para que efectúe relleno y explote el nuevo suelo (que es de propiedad del Estado) durante cierto plazo. El predio, que era costero, ahora ha quedado mediterráneo; sin acceso directo valdrá menos; la alteración es aún mayor si el concesionario construye, que es lo más probable (con la obra lo priva incluso de la vista al mar, que ya quedó lejano con el solo relleno vacuo). Situaciones semejantes suelen producirse en las cercanías de ríos o lagos, con construcciones en altura, instalaciones para extracción de áridos, etc. Y en cambios de uso de suelo de áreas verdes en urbanizaciones. Entre nosotros hay algunos precedentes jurisprudenciales.

Como señala Peñailillo, la distinción entre atributos “esenciales” y “no esenciales” proviene de la Constitución, que en el numeral 24 del artículo 19 señala:

“24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

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 la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

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 (...)” (énfasis agregado).

Ahora, ¿es posible inferir (como hace Peñailillo) que los atributos esenciales sean usar, gozar y disponer? ¿podría sostenerse una interpretación distinta? ¿tiene esa discusión alguna relevancia en sede civil (en oposición a constitucional)?

61.- Estipulación restrictiva o eliminadora de la facultad de disposición; jurídica ("cláusula de no enajenar") o material.-

Una imposición de no disponer puede provenir de la ley, de una orden judicial o de una convención. Aquí se trata de la última.

Es la convención por la que el propietario de un objeto se obliga a no disponer de él (...) Aquí es examinada la de no disposición jurídica (sobre la de no disponer materialmente, es formulado un alcance al final de este párrafo).

En la de no disponer en sentido jurídico debe ser aclarado el significado del término "disposición" (también empleado en textos legales, como en el art. 688 del CC.). Puede estar empleado en un sentido muy amplio de: no transferir el dominio ni la constitución de otros derechos reales y aun personales (en que la cosa quedaría jurídicamente inmovilizada), y, desde esa gran amplitud puede irse descendiendo gradualmente hasta un sentido muy restringido de no constituir o pactar uno determinado de esos derechos (reales o personales).

Dentro de la de no disponer jurídicamente (convenida), a continuación será tratada la de no enajenar en el sentido de no transferir el dominio. Es el sentido en el que ha sido examinada habitualmente entre nosotros y en el que más ha sido empleada la estipulación en la práctica nacional. El contenido de este examen puede ser aplicado a las otras posibilidades (especialmente a las referidas a otros derechos reales) con las necesarias adaptaciones.

Puede ser pactada aisladamente o incluida en un contrato que regule otros intereses, generalmente relacionados con la estipulación (compraventa, arrendamiento, mutuo hipotecario; en este último empleo la estipulación puede quedar impregnada de las controversias sobre los contratos de adhesión).

(...) la consistente en prohibir enajenar es con frecuencia de validez discutida. En el debate inciden varios factores (reglas y principios) atinentes a la teoría general de los derechos reales, que en un examen comparado deben ser tenidos en cuenta. Entre ellos: la actitud del respectivo ordenamiento ante el problema de la reserva legal para los derechos reales, el grado de alteración convencional de los diversos tipos establecidos que sea admitido, la posición que sea adoptada frente al llamado "acto de trascendencia real". En todo caso, al fondo subyacen dos planteamientos antagónicos aún más amplios. Por una parte, se privilegia la libre circulación de la riqueza y la libertad de comercio, estimándose que la facultad de disposición la garantiza, de modo que el establecimiento de trabas a la disposición conduce a una alteración sustancial del sistema económico, que podría adquirir caracteres feudales; así, hay un interés público comprometido en mantener en los

propietarios la libertad de disponer de los objetos de su dominio. En contra, se opta por la libertad de los particulares de contratar los convenios que estimen y, entre ellos, el de restringir la mencionada facultad dispositiva.

En el Derecho chileno la estipulación no ha sido acogida en los textos con una regulación general; pero hay preceptos que (reducida a no enajenar o no enajenar ni gravar), la aluden para materias específicas, y aun hay otros que le destinan alguna regla (para admitirla o reprobarla, como se verá pronto).

Más conocida como "cláusula de no enajenar" entre nosotros su funcionamiento práctico adopta en predominio estas características: referida a la no disposición jurídica; dentro de ella, a no enajenar en un sentido estricto (no transferir el dominio); sobre inmuebles corporales (aunque también suele aparecer en derechos); por determinado lapso; no es frecuente que sea declarado el motivo; aunque puede ser pactada aisladamente, generalmente es incluida en contratos de compraventa, arrendamiento o mutuo hipotecario (y debe entonces retenerse la advertencia antes formulada a este respecto); con mayor frecuencia surge en el ámbito comercial (y por eso su imposición puede estar relacionada con la regulación de la libre competencia).

(...) En cuanto a los textos (...) es aludida imprecisamente como estipulación de no enajenar; luego, perturbadoramente, en algunas materias específicas está prohibida (arts. 1126, 1964, 2031, 2415) y en otras permitida (arts. 751, 793, 1432); y no existe una norma que en términos expresos y generales se pronuncie respecto a su validez. Queda entonces discutida la validez fuera de los ámbitos de esas normas; y cada vez que sea admitida (sea por norma legal o porque es estimada válida) quedan discutidos los efectos (y para eso es que la distinción propuesta surge como necesaria, según se dirá).

Prescindiéndose de la distinción, la validez (fuera de las situaciones específicas para las que existen las citadas normas) ha sido discutida en los siguientes términos:

a.- Ha sido sostenida la validez de la estipulación, con los siguientes fundamentos: 1º. No hay una prohibición expresa general, y es principio generalmente aceptado el que en Derecho privado se puede efectuar todo lo que no está expresamente prohibido por la ley. 2º. Hay ocasiones en que la ley la prohíbe expresamente, de donde se desprende que por lo general es posible convenirla. 3º. Si el propietario puede desprenderse del uso, goce y disposición, caso en el que enajena la cosa, más bien podría desprenderse de sólo esta última facultad; 4º. El Reglamento del Registro Conservatorio permite precisamente inscribir, en el Registro correspondiente, "todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar" (art. 53 N° 3).

b.- En contra, ha sido rechazada, estimándose la nula. 1º. Atenta en contra de la libre circulación de la riqueza. Esta libre circulación y, por consiguiente, la proscripción de trabas propias de la época feudal, establecida en diferentes disposiciones del código y en el Mensaje, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y forma parte del orden público (sobre el principio de libre circulación de la riqueza, v. *supra* N° 10 *ter*, B.). 2º. Si en determinadas situaciones está expresamente permitida, de allí se desprende

que generalmente se le tiene por nula. 3°. El art. 1810, dando a entender también que sólo la ley puede prohibir enajenar, dispone que pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida por ley. 4°. En cuanto a la disposición del art. 53 del Regl. (citado), como se trata de una norma reglamentaria no puede dársele eficacia en lo que no se acomode a la ley y, rechazándose estas cláusulas por la ley (el código), el Reglamento no podría establecerlas (pero ha sido sostenido que habiéndose dictado el Reglamento en virtud de una disposición del Código, el art. 695, tendría fuerza de ley). En esta posición, la convención de no enajenar adolecería de nulidad absoluta por falta o ilicitud del objeto (conforme a los arts. 10, 1461, 1466 y 1682 del CC.).

c.- Finalmente, ha sido aceptada la validez en términos relativos; si es establecida por un tiempo no prolongado y exhibe aceptable justificación. Para este efecto es aducida la norma del art. 1126 *a contrario sensu* (a la que le es conferida una aplicación general).

Sin perjuicio de la que más adelante es estimada como la adecuada solución, si es tratada en términos indiscriminados (sin la distinción) esta última parece ser la solución más razonable. Con ella queda al menos en alguna medida desvirtuado el argumento del atentado al principio de la libre circulación de los bienes que, por su naturaleza general (y no de un mero particularismo dispositivo), pareciera ser la razón más contundente para negar validez a estos pactos. En esta misma dirección, la jurisprudencia tiende a aceptar la validez de la estipulación por tiempo determinado y prudente, y con justificado motivo. En alguna ocasión también la convención ha sido rechazada. (...)

— En cuanto a la obligación negativa (no enajenar) su validez no merece ser discutida (salvo prohibición expresa en la ley). Y respecto a sus efectos entre nosotros, tal como se dijo al comienzo (al describir las modalidades doctrinarias), impone una obligación de no hacer (no celebrar acto enajenativo). Si el deudor la infringe, es decir, enajena, es aplicable el art. 1555; y, debido a la estipulación, no hay efecto contra terceros; no hay oponibilidad, aunque sea inscrita (...) al enajenar el deudor violó el contrato (se obligó a no enajenar); entonces, le puede ser aplicado el art. 1489 y, con él, pidiéndose la resolución por incumplimiento puede ser afectado el tercero conforme a los arts. 1490 y 1491 (para lo cual tendrá importancia la inscripción).

(...) También es concebible la estipulación de no disponer de una cosa (sólo) materialmente. Es útil, por ej., para objetivos de preservar bienes de algún valor especial: artístico, histórico, afectivo, ecológico, etc.

Como la anterior, puede recaer sobre muebles o inmuebles; y en el convenio tendrá que ser descrita su amplitud (el grado de intensidad de la alteración); puede quedar impedida sólo la destrucción total, o ella y cualquier alteración importante, o ellas y cualquier alteración aun leve o puede pactarse su absoluta intangibilidad). (...)

Las cláusulas de no enajenar son una discusión antigua en el derecho civil chileno, pero que hoy en día ha perdido buena parte de su relevancia, principalmente porque son abundantes en la práctica y nadie sostendría su ilicitud a nivel general. La forma en que se compatibilizan con el principio de libre circulación de los bienes es entendiendo que se trata de cláusulas contractuales que no limitan realmente las facultades del propietario. Si el propietario enajena la propiedad contra lo indicado

en la cláusula, simplemente habrá incumplido un contrato, pero ello supone vicio alguno en la enajenación, ni afecta a terceros, salvo en los casos indicados de los artículos 1490 y 1491.

Atendido que la cláusula no tiene efectos reales, es discutible la fuente de su limitación en cuanto a su alcance y extensión (su carácter relativo en los términos de Peñailillo). Con todo, se ha estimado que, aun siendo una limitación contractual, sería inaceptable que un propietario sujetara su comportamiento a una restricción de tal naturaleza impuesta en forma absoluta. El principio es el mismo bajo el cual los contratos indefinidos pueden ser terminados en forma unilateral por cualquiera de las partes (tomando resguardo de los eventuales perjuicios que puede generar a la contraparte).

62.- Algunas clasificaciones.-

En el tratamiento de la propiedad la doctrina formula diversas clasificaciones, según diversos criterios.

Con base en la titularidad, la propiedad puede ser individual, grupal (o asociativa) o colectiva, según el propietario sea un particular, un grupo de individuos (formando una persona jurídica, como una Cooperativa) o el Estado o la Nación toda (v. *supra* N°s. 494 y sgts., con la discusión de si la colectiva es también propiedad).

Considerando la naturaleza del objeto sobre el que el dominio recae, se distingue la propiedad civil o común, agraria, urbana, intelectual, minera, horizontal, etc. (v. lo dicho sobre las "formas de propiedad").

En la concepción analítica del dominio (aquí ya varias veces referida) según las facultades que comprende puede ser plena o nuda. La primera está provista de los atributos ya mencionados de uso, goce y disposición. La segunda es la que mantiene los atributos de goce y disposición, por haberse constituido a favor de un tercero un derecho real de uso, o sólo el de disposición, cuando ha sido constituido un usufructo.

Considerando la perpetuidad o la eventualidad de resolverse, se distingue entre propiedad absoluta, que no está sometida a duración o término, y fiduciaria, que está sometida al evento de traspasarse a otro si se cumple una condición (art. 733; la fiduciaria será tratada más adelante).

En la doctrina ha quedado también configurada una distinción entre propiedad real y aparente. La segunda surge como consecuencia de la aplicación del principio de protección al tráfico (se volverá sobre ella al tratar la reivindicación).

63.- Extensión material. El subsuelo.-

Se trata del examen de los límites físicos del objeto del derecho de propiedad.

La antigua regla *superficies solo cedit* (lo que está en la superficie cede al suelo) ha sido extensamente estudiada en sus alcances y dilatada aplicación. Por cierto, está vinculada al principio de la accesoriedad. Su aplicación surge en varios capítulos del Derecho de cosas: en la accesión de inmuebles; en el Derecho real de superficie (en los ordenamientos en que

está acogido); en las acciones restitutorias exitosas sobre inmuebles (como la reivindicación); y también en los límites físicos de los inmuebles;

Como es sabido (y aquí ya ha sido dicho), cuando la propiedad recae sobre cosas corporales, el derecho abarca, abraza, toda la cosa sobre la cual el derecho recae (hasta identificarse el derecho con la cosa). Pero, por su naturaleza, ciertas cosas no exhiben lo que podemos denominar "resolución" o "definición" de sus contornos, indefinición que, por cierto, se comunica al ejercicio del derecho.

Tratándose de bienes muebles, los contornos materiales de la cosa constituyen su límite. Pero una indefinición aparece en los fluidos (líquidos, gases); requieren del auxilio de elementos contenedores o de medidas técnicas (como el "gasto" en el agua) para ser individualizados.

Individualizados así, allí quedarán igualmente establecidos los límites de su dominio.

Pero la situación se complica, hasta la viva polémica, en los inmuebles atendida, principalmente, la estructura y forma del planeta.

En el plano horizontal, los deslindes establecen la extensión de cada propiedad; y si ellos no están claros, se recurre a la operación de "demarcación", la que se puede complementar con la de "cerramiento" (arts. 842 y sgts., que serán estudiadas en el capítulo de las servidumbres; las dificultades que suelen surgir en la individualización de los predios serán examinadas en la acción reivindicatoria; v. también lo dicho sobre bienes inmuebles, *supra* N^os. 22 y sgts.).

En el plano vertical surgen dificultades en la extensión del dominio hacia el subsuelo y hacia el espacio (o "vuelo").

Para el examen debe distinguirse el suelo (en cuanto superficie), el subsuelo y el supersuelo o vuelo.

Prescindiendo (por ahora) de la titularidad, el suelo incluye toda la corteza terrestre (integrada por esa tierra que estimamos material predominante en la superficie del planeta, piedras, arena, lava y otros materiales considerados minas). El subsuelo incluye aquellos mismos materiales. El vuelo jurídicamente no es cosa; es espacio, que contiene aire.

En cuanto a los confines en este plano, es conocido el antiguo postulado: "por arriba hasta el cielo, por abajo hasta el infierno". Con esta concepción cada predio no tendría fin en este plano vertical hacia el espacio, y hacia el subsuelo llegaría hasta el centro de la Tierra (los planos serían convergentes hasta el centro, formando una pirámide invertida o una figura geométrica semejante).

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

Las necesidades de la vida actual y el progreso tecnológico y de la actividad constructiva han conducido al aprovechamiento del espacio sobre la superficie (para edificación de gran altura, de aeronavegación incluso cercana a la superficie del suelo, etc.) e incitan al

aprovechamiento del subsuelo (especialmente urbano), que ofrece atractivas posibilidades para variados usos (como estacionamientos de vehículos, líneas de comunicación, vías de transporte, de personas y mercadería mediante trenes y carreteras y de energías mediante ductos, etc.).

Por la fuerza de la realidad (en cuanto el efectivo ejercicio del dominio implica la necesidad de emplear espacio y subsuelo cercanos a la superficie) y el avance de las restricciones al derecho de dominio, se ha ido imponiendo, en la doctrina y en las legislaciones, la posición intermedia y que se nos presenta como más razonable, fundada en la noción de interés. El propietario del inmueble extiende su derecho al espacio que cubre el inmueble y al subsuelo en la medida que el interés y provecho del ejercicio de su dominio lo justifica; y quedando siempre a salvo las restricciones en el interés común.

Ese interés o utilidad ha de ser entendido en el estado actual de las disponibilidades; es decir, considerando hoy (al tiempo de la producción del conflicto) la factibilidad de la utilización o explotación del predio, sobre la base de la tecnología actual y otras condiciones objetivas incidentes. Por otra parte, el instrumento proporcionado es un concepto, el interés, que no soluciona casos con precisión; en la casuística se presentarán situaciones fronterizas, que tendrán que ser resueltas por el tribunal aplicando ese concepto.

El postulado es razonable para atribuir (en la zona donde sea demostrado interés) no sólo la utilización exclusiva y excluyente (salvo el uso inocuo), sino también el dominio, aunque se observa más vigoroso para el subsuelo (en todo caso, tratándose del vuelo nos referimos al espacio, no al aire). Más allá, hacia la profundidad y el espacio sobre la zona utilizable por el dueño surgen, primero, las alternativas de *res nullius* o de propiedad del Estado (con el concepto de soberanía); y, luego, en zonas aún más lejanas de la superficie, la noción de cosa común a todos los hombres (y su examen integra otras disciplinas, como el Derecho aéreo y del espacio) (sin perjuicio —una vez más— de las actitudes contrarias a la noción de propiedad sobre el planeta).

Entonces, tratándose del subsuelo, con estas bases la conclusión que emerge es que: si aquellas actividades y obras son ejecutadas a gran profundidad, no sería necesaria autorización de los propietarios ni expropiación (...). En el Derecho chileno, el CC., como los de su época, no contiene reglas al respecto.

En cuanto al espacio (no al aire) atmosférico no hay norma expresa sobre su dominio en favor del propietario de la extensión de tierra correspondiente; pero hay disposiciones que así lo dan a entender, como los arts. 931 y 942 del CC.; con ellas, interpretadas a la luz del postulado antes mencionado puede concluirse que, admitida la propiedad privada inmueble, es el dueño quien puede ocuparlo, en la medida de la utilidad que puede obtener; en todo caso, con las restricciones que impongan las normas urbanísticas y sobre aeronavegación (v. *supra* N° 48, 4°). En esa utilidad estimamos incluida la privacidad del dueño, sobre todo en los lugares en que resida.

En cuanto al subsuelo, igualmente no hay disposición expresa que lo atribuya en dominio al propietario. El art. 942 del CC. lo da por supuesto; por lo demás, admitida —como se dijo—

la propiedad privada del suelo, resulta indiscutible en una medida de profundidad razonable si se considera que para poder ejercitar su dominio el propietario necesita siempre de la parte inmediatamente inferior a la superficie (para cultivos, cimientos de construcción, etc.). Asimismo, con la concepción del interés o provecho, puede concluirse que el subsuelo pertenece al propietario en la medida que tenga un interés o le reporte utilidad. Las legislaciones minera y de aguas disponen restricciones en este punto (v. también los arts. 625 y sgts. del CC., sobre tesoros). Más allá, en la profundidad, ya no tiene dominio, aunque puede él utilizarlo, pero sin impedir el uso de otros. Y en cuanto a la titularidad de esa zona, las alternativas son: o es *res nullius* o es del Estado (con el art. 590 del CC. y el concepto de soberanía).

Chile, por ser un país donde la minería tiene una importancia económica significativa, cuenta con una legislación bastante permisiva de las actividades de exploración y explotación de minerales, incluso por sobre los derechos del dueño. Es uno de los pocos ámbitos donde la exacerbada protección de la propiedad privada individual cede ante otros intereses del Estado (y de otros privados).

Además, existen algunas normas reguladoras sobre materias específicas (urbanísticas, de concesiones, etc.) pero es necesario un cuerpo legal más completo y preferentemente sistematizado, que oriente las futuras inversiones en obras subterráneas (si se pretende estimularlas). Asimismo, en los planes reguladores (especialmente en los comunales), ha de ser incluido el tratamiento del subsuelo. Y en esa regulación tendrá que distinguirse entre el subsuelo de inmuebles que son bienes públicos (nacionales de uso público y fiscales) y el de inmuebles que son bienes de dominio privado.

63 bis.- Zonas fronterizas.-

Puede ser llamada zona fronteriza el área contigua al límite territorial del Estado.

En la generalidad de los países es establecido un régimen legal especial para esas zonas. Del examen de muchas legislaciones es posible desprender algunas características comunes, como las siguientes.

— Son impuestas restricciones a la adquisición de inmuebles y al ejercicio del dominio sobre ellos, incluyéndose la posesión y aun la mera tenencia (por eso son examinadas aquí).

— En consecuencia —y tal como es de suponer— hay regulaciones especiales relativas a la contratación.

— Aunque no siempre es declarado, el fundamento principal es el de la seguridad nacional. Son añadidos otros, como la protección de recursos naturales, la promoción de zonas que frecuentemente están alejadas de los importantes centros urbanos, etc.

— En el ámbito personal, la regulación es vinculada a la nacionalidad (sólo a veces al domicilio o a la residencia). Por lo mismo, es el principio de igualdad entre nacionales y

extranjeros (para la adquisición y goce de derechos civiles) el que soporta aquí excepciones.

— En cada país y con diversas denominaciones tales zonas son determinadas conforme a diversos criterios y en consideración a su organización político-administrativa.

— La regulación está contenida a veces en la Constitución, otras en la ley y aun en otra norma de jerarquía inferior.

(...) En el Derecho chileno esta materia ha venido organizándose en torno a una Institución pública, la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado (DIFROL), creada por Ley 16.592. Es un organismo técnico, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y cuya función es asesorar al Gobierno e intervenir en todo lo que se refiere a los límites internacionales y sus fronteras.

Sobre todo a partir de la creación de este organismo, comenzaron a dictarse normas que regulan actividades y negociación sobre bienes ubicados en tales zonas. (...)

64.- Las relaciones de vecindad. Las inmisiones.-

(...) El uso y goce de la propiedad, principalmente territorial, diariamente da lugar a variadas relaciones entre propietarios, vecinos o cercanos. Estas "relaciones" pueden mantenerse en términos de armonía y, más deseablemente, de cooperación, para la solución de problemas comunes del vecindario o comarca, o pueden adquirir caracteres de colisión de pretendidos derechos, con una sucesión imprevisible de consecuencias. Así, esas relaciones vienen a constituir el estado del comportamiento que se mantiene en un vecindario, que puede ser disfrutado o padecido; y esta evaluación puede ser referido a una apreciación integral o sumada, o a cada componente específico de esas relaciones (en cuanto a ruidos, al cuidado de animales domésticos, a la ocupación de espacios públicos cercanos, etc.).

Los caracteres de derecho absoluto (o mejor, pleno) y exclusivo que le han sido asignados al dominio, constituyen el punto de partida en la solución de tales conflictos, pero deben ser consideradas las orientaciones de la propiedad hacia una utilidad colectiva, así como otros principios generales, especialmente el del repudio al abuso del derecho. Y son convenientes algunas normas que dispongan a lo menos fórmulas generales y, en casos determinados, incluso sanciones.

Los problemas y, por tanto, la necesidad de soluciones, se presentan en los sectores rurales y urbanos, pero son más numerosos y agudos en las aglomeraciones ciudadanas. Por cierto, la creciente aplicación de la propiedad horizontal (o copropiedad inmobiliaria) contribuye a la aparición de desasosiegos vecinales (y cobra mayor efectividad la sentencia "no tendrás paz si tu vecino no lo quiere").

Con el aumento y concentración de la población y el desarrollo industrial (que provoca y disemina ampliamente la contaminación de variada naturaleza), en la actualidad hay dos caracteres destacables que adoptan estas relaciones. Por una parte, se colectivizan los sujetos involucrados (agrupados en juntas de vecinos, comités de administración, asambleas de copropietarios); y por otra, se extiende el campo de acción de las agresiones,

de las defensas y finalmente de las normas, abandonando la sola interpredialidad (colindantes), expandiéndose a zonas muy extensas, aunque sigan siendo los cercanos vecinos los más intensamente afectados.

Como las fuentes de conflictos son tantas y jamás podrán los textos legales tener respuesta para cada uno de ellos, ha resultado necesario propiciar alguna noción básica que pueda servir de directriz para orientar la innumerable y variada casuística. Para el efecto se ha ido imponiendo la regla de que los conflictos han de ser salvados aplicando un criterio de normalidad en el ejercicio de los derechos que a cada vecino corresponde y conforme al normal destino de los bienes que físicamente originan la contigüidad, considerando las características materiales, ambientales, culturales, etc., del vecindario; así, quien se aparte de ese ejercicio o uso normal, considerando aquellos factores, se pondrá, a lo menos en principio, al margen de lo que puede denominarse "lícita relación de vecindad". En estos términos, esta normalidad implica asumir y soportar; dentro de ella, todos a quienes afectan esas relaciones han de tolerar cierto grado de incomodidad, derivado de la cercanía. Entonces, presentado un conflicto, frecuentemente la tarea para dirimirlo consistirá en definir para el ambiente del caso aquella normalidad, y luego cotejar con ella los hechos que se presentan, para concluir si ha sido transgredido o no ese grado de tolerancia; en otros términos, si el demandado se ha puesto o no fuera de la lícita relación de vecindad.

En cuanto a normas, lo frecuente en las legislaciones es que las reglas están dispersas: en la respectiva Constitución, en el CC. y en muchas leyes sobre variadas materias específicas.

Para el tratamiento de la casuística ante supuestas infracciones deben distinguirse dos etapas en el conflicto, al día de la demanda: lo ya acontecido y la situación futura. En cuanto a lo ya sucedido, habrá que determinar si hay o no lugar a la responsabilidad civil (generalmente será la extracontractual), con la consiguiente indemnización de perjuicios. Sobre la acción futura, la respuesta es más compleja; se abren diversas alternativas o posibilidades de solución. Hay medidas materiales (instalación de mecanismos paliativos o amortiguadores, cesación o cambio de actividades, traslados de industrias, etc.) y diversos instrumentos jurídicos, directos e indirectos o inductores (como *injuctions*, *astreintes*).

En los códigos civiles del siglo XIX habitualmente no es destinado un cuerpo orgánico al efecto y no se percibe una dirección o un concepto unificante; normas sobre estas relaciones se encuentran diseminadas, aunque principalmente en el libro dedicado a los derechos reales; a ellas se van agregando muchas otras en sectores especiales del resto de la legislación.

La situación ha cambiado en los códigos de los siglos XX y XXI.

(...) En el Derecho chileno, de la Constitución debe ser destacada, principalmente, el fundamento de la protección del patrimonio ambiental para la función social de la propiedad (art. 19 N° 24) y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8). En el CC. hay un cúmulo de disposiciones legales relativas a la vecindad; están ubicadas especialmente en los títulos de la ocupación, la accesión, las servidumbres y las acciones posesorias, particularmente las especiales.

Deben ser consideradas también las numerosas disposiciones: del CP (especialmente las relativas a las faltas), de la LGUC., de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades, de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria, del Código Sanitario (puede verse además la amplia referencia a textos legales formulada en el párrafo sobre las restricciones propietarias por justificaciones ambientales, *supra* N° 57 *ter*).

Las inmisiones merecen una referencia especial.

Están constituidas por la penetración a un objeto o lugar de elementos materiales o inmateriales nocivos o molestos a la vida y, aun, para el uso o aprovechamiento de bienes muebles o inmuebles; como ruidos, humos, olores, trepidaciones, etc.

Puede apreciarse que vienen a constituir la faceta perjudicial o al menos ingrata de las relaciones de vecindad. La expresión relaciones de vecindad es neutra; ya se dijo que alude al estado del comportamiento que es llevado por el vecindario (y que puede ser disfrutado o padecido). Las inmisiones constituyen los elementos o componentes indeseables que invaden a cada vecino y, aun, a lejanos receptores. Queda dicho así que, por su alcance, puede superar ampliamente la relación de vecindad en cuanto ésta suponga cercanía.

Han ocupado a la doctrina y a las legislaciones desde hace más tiempo de lo que suele considerarse, aunque debe admitirse que en las últimas décadas la preocupación ha sido acentuada. Y es así por la intensidad con que se están presentando, a su vez debido al aumento de la población (ya somos muchos), que nos acerca incesantemente y por el desarrollo, asimismo incontenible, de las actividades productivas.

Entre las más frecuentes pueden ser mencionadas las consistentes en olores, humos, hollín, calor, trepidaciones, ruidos, luces, emanaciones nocivas indefinidas.

Conforme a las proposiciones doctrinarias más difundidas en la evaluación o enjuiciamiento deben ser ponderados varios factores: los caracteres de la inmisión de que se trata (naturaleza, frecuencia, cantidad, intensidad, nocividad), las exigencias de la producción, la regularidad en el uso de la propiedad (en relación con los permisos administrativos, lo que implica considerar la regulación del uso del suelo y la zonificación urbana), la cronología en la instalación entre emisor y receptor de la inmisión.

Por otra parte, parece natural pedir que el afectado adopte en grado razonable medidas para evitar o impedir las molestias, cuando son más fáciles y de menor costo que imponer al emisor un cambio de mayor envergadura. En muchas ocasiones esa decisión constituirá una aplicación del deber —bien asentado, como es sabido, en la responsabilidad civil— de evitar o, al menos, mitigar el daño.

(...) En el Derecho chileno hay reglas dispersas en el CC. y en el resto la legislación. En el código la más notable es la del art. 937 que excluye la prescripción en las acciones contra obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso; debe ser mencionada también la popular del art. 948. Y en la legislación especial hay conjuntos destacados en la legislación urbanística y, sobre todo, en el Código Sanitario (arts. 89 y sgts., con regulación directa de muchas inmisiones y de su represión).

En todo caso, estimamos que los postulados, factores incidentes y medios a adoptar obtenidos del Derecho comparado, antes descritos, son aplicables entre nosotros. (...)

— La vida asociativa (elegida o impuesta) implica un grado de incomodidades (contrapartida de ventajas que ofrece) que deben ser toleradas, mientras permanezcan en un grado aceptable conforme a los caracteres del medio respectivo y, sobre todo, al uso normal de eventuales fuentes emisoras.

— Las inmisiones van en incesante aumento; con frecuencia aquejan a varios vecinos y, simultáneamente, afectan al medio ambiente, que el respectivo ordenamiento protege (al menos sí el chileno).

— El cumplimiento de las regulaciones administrativa y ambiental y específicamente el correspondiente "permiso" para desarrollar la actividad que origina el reclamo es un factor influyente en la solución del conflicto, pero él solo, generalmente no debería tornarse en decisivo; y debe tenerse en cuenta que con frecuencia las normas imponen mínimos, que pudieren no ser suficientes ante criterios que incidan en el caso.

— La circunstancia de llegar a una zona que ya tiene características que son calificadas de perjudiciales, permite desprender que siendo conocidas por el reclamante importa una asunción del riesgo, que neutralizaría su reclamo; pero generalmente esa deducción, sola, tampoco debe considerarse decisiva; la solución tendrá que componerse con varios otros factores: la aludida regularidad del uso, la magnitud del daño de la víctima, la utilidad para el emisor de la actividad que desarrolla, las posibilidades de evitar o disminuir la inmisión con nuevos medios, la trascendencia de la inmisión al resto de los vecinos y al ambiente en general, etc.).

— El afectado debe adoptar medidas razonables para evitar o impedir las molestias, con las características que se tienen establecidas para este deber en la responsabilidad civil común.

— En la regulación de las relaciones de vecindad terminan confluyendo —como en varias otras materias que aquí están siendo examinadas— el Derecho civil, el Derecho administrativo y la influyente y dinámica regulación ambiental. En el Derecho civil destaca la directa vigencia de las normas propietarias (por un lado, con sus atributos que ejerce el propietario y, por otra, en su función social), de responsabilidad y la antigua y renaciente herramienta de las "acciones populares".

(...)

El principal mecanismo relativo a las inmisiones son las *acciones posesorias*, que serán objeto de estudio al finalizar el curso. Han sido utilizadas en los últimos años en causas ambientales, como alternativa a las acciones establecidas en la Ley 19.300 y al recurso de protección.

65.- La extinción del dominio. a.- Panorama de causales. b.- El abandono. c.- El comiso.-

a.- Panorama de causales.

Para el examen de este tema debe tenerse presente aquella identificación (ya expuesta) entre el derecho y el objeto cuando de la propiedad se trata; de ahí que, al ser enunciados los modos de extinción, algunos versan sobre uno y otros sobre el otro.

Como la mayoría de los códigos civiles de su época, el chileno no contiene una regulación sistemática de la materia.

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

1º.- Entre los absolutos, los hay con y sin voluntad del dueño, y hay algunos que pueden serlo con o sin ella.

Entre los primeros: el abandono. Entre los segundos: la recuperación de la libertad de los animales cautivos o domesticados, las especies al parecer perdidas, la declarada inenajenabilidad, el comiso. También debe ser considerada la llamada adquisición *a non domino*.

En fin, la destrucción de la cosa puede ser voluntaria o involuntaria.

Tratándose de la destrucción material, frecuentemente quedan restos, residuos o despojos (que pueden ser valiosos, como en el caso de la joya que se funde). Aunque podría estimarse que nacería un nuevo derecho de propiedad sobre ellos para el nuevo dueño, parece preferible concluir que es el mismo derecho que ahora recae en el objeto reducido o transformado; así, frecuentemente lo que acontece es una destrucción parcial (o una transformación). En todo caso, ante el concepto de destrucción física, para el ámbito de los derechos reales lo que habitualmente más importa o tiene mayor interés es la pérdida de la función o rol de la cosa, que es perceptible e influye señaladamente en la extinción de los derechos reales restringidos (v. también *supra* N° 3 *bis*; y para la destrucción del patrimonio natural y cultural v. N° 57 *ter*).

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

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

Sobre la inenajenabilidad, cuyas hipótesis más factibles se relacionan con la transformación de una cosa en bien nacional de uso público, entre nosotros generalmente tendrá lugar por la vía de la expropiación (que será aludida pronto, en la siguiente categoría). Hay situaciones que podrían quedar incluidas aquí (en cuanto pérdida del dominio privado), como son las que pueden producirse en la formación de un lago de dominio público (v. *supra* N° 48, A., 3º.) o río, o —algo más esperable— por el cambio de cauce de un río, en predios particulares. El dueño perdería el dominio del sector del predio

que ahora es lecho o cauce (al menos respecto del cauce de ríos, ha sido resuelto que es bien nacional de uso público).

2°.- En los relativos puede distinguirse entre la transferencia voluntaria (enajenación) y la que se produce con prescindencia de la voluntad del titular.

La primera es producida mediante los contratos típicos, constitutivos de "títulos" traslaticios de dominio (venta, permuta, donación, etc.); y en términos más precisos dependerá del sistema de transferencia de bienes imperante en el respectivo ordenamiento; entre nosotros, al título deberá seguir la tradición. En la segunda suelen ser mencionadas diversas formas de la accesión, la expropiación, la prescripción adquisitiva. Pero es muy discutible el carácter relativo —en el sentido de transmisivo con el que aquí es empleado el término— de estas extinciones; es sostenible —y ha sido sostenido específicamente respecto de la expropiación y de la prescripción adquisitiva— que el adquirente adquiere el dominio originariamente; en tal postura —que es la que compartimos— el expropiado y el antiguo dueño sufren una pérdida de las aquí llamadas absolutas) (como el tema —según puede verse— está relacionado también con la perpetuidad del dominio, v. además *supra* N° 59, d.).

La mayoría de los modos de extinción son tratados a propósito de diversos capítulos del Derecho civil; aquí serán examinados con algún detenimiento dos modos de extinción que no tienen esa suerte y presentan algunas particularidades interesantes.

b.- El abandono.

Tiene interesante historia. Su examen suele ser menospreciado porque tendría escasa aplicación, pero parece estar cobrando interés por la abundancia de residuos (con distintas denominaciones específicas: basura, chatarra) que para algunas personas pueden carecer de valor y, más aún, pueden ser indeseables y, para otras, pueden resultar valiosos (por ej., por el llamado reciclaje de productos); y surgen, además, los relevantes residuos "tóxicos" (que llegan a trascender al Derecho internacional). Desde luego, respecto de estos últimos hay ya bastante regulación que debe tenerse presente (v. algunos textos aplicables en el párrafo sobre conservación del patrimonio natural, en *supra* N° 57 *ter*, últimas notas).

(...) Estimamos que entre nosotros es admisible. Desde luego, si el propietario puede usar la cosa hasta consumirla, alterarla y aun destruirla, parece comprensible que pueda abandonarla; por otra parte, de no ser posible, adquirida constituiría una carga atrapante para siempre. En los textos, puede acudirse a los arts. 12 y 624 del CC., y al art. 52 N° 3 del Regl. del Registro Conservatorio (v. también los arts. 829 y 858 del CC.).

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

En el abandono hay una voluntad seguida de una conducta que la ejecuta; si son ejecutados hechos propios de abandono (desposesión), de ellos puede ser presumida la voluntad abdicativa; así, en ocasiones puede surgir un problema de interpretación del acto o hecho.

El abandono requiere del elemento intencional; la intención de desprenderse del dominio. Esta exigencia es apreciada en situaciones en las que es muy ostensible el elemento físico y, sin embargo, es descartable el abandono, como en la echazón.

Para el abandonista el efecto es la extinción del dominio. Respecto a la cosa debe distinguirse entre muebles e inmuebles. En los muebles la cosa queda sin dueño y, por tanto, puede ser adquirida por ocupación (conforme a sus reglas). Si lo abandonado es un inmueble, con nuestro art. 590 (que es regla implantada en muchos códigos civiles, como se vio al examinar los bienes públicos y, dentro de ellos, los del Estado o Fiscales; *supra* N° 49, B.), de pleno Derecho queda de dominio del Estado; es adquirido por el modo ley.

La posibilidad de retractarse también ha sido discutida. Admitir la retractación parece más fácil con el supuesto de que nadie haya adquirido la cosa. Por lo mismo, al menos entre nosotros es aceptable sólo en los muebles; en los inmuebles desde el abandono el predio fue adquirido por el Estado conforme nuestro art. 590 (...)

c.- El comiso.

Según el Diccionario de Escriche es "la pena de perdimiento de la cosa en que incurre el que comercia en géneros prohibidos" (en nota agrega: o permitidos faltando a documentos exigidos por la ley, como las guías, o faltando la fidelidad en ellos o defraudando los derechos).

Entonces, dirigido a la propiedad, podemos entender por comiso el modo de extinguirse el dominio sobre una cosa por haber sido ella objeto de hechos o actos prohibidos.

Como se trata de una sanción penal, por regla constitucional generalizadamente establecida es aplicable allí donde una ley lo dispone (ella establecerá cuáles son esos hechos o actos que traen consigo el comiso).

(...) salvo norma especial en contrario, el Estado adquiere el dominio de la cosa decomisada. Y, asimismo, salvo norma especial, el modo de adquirir es la ley (sobre la ley como modo de adquirir, v. *infra* N° 214 *bis*). Como entre nosotros impera el régimen de título y modo, la ley es el título y el modo de adquirirle dominio. Y, como acontece en las adquisiciones legales (como en la expropiación), la adquisición es originaria (...).

El CC., como es frecuente en las codificaciones civiles, no lo regula. Pero son muchas las leyes especiales que lo contemplan. Los cuerpos legales con más disposiciones referidas al comiso son el CP., la Ordenanza General de Aduanas y la Ley General de Pesca y Acuicultura.

Al menos en Chile, hay comiso de dinero (conforme al art. 60 del CP; lo consigna expresamente la Ley 20.000, que sustituye la Ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas). También entre nosotros hay comiso de bienes raíces (por ej., está dispuesto en la Ley 20.000, que sustituye la Ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, recién citada; este texto impone el comiso —nominativamente— de una amplia clase de bienes: bienes raíces, vehículos motorizados terrestres, naves, aeronaves, dinero, efectos de comercio, valores mobiliarios) (art. 45).

Si la cosa decomisada soportaba derechos reales restringidos o había derechos personales respecto de ellos estimamos aplicable lo dicho recién para el abandono; sólo que aquí siempre la cosa es adquirida por el Estado.

Tema 4: Copropiedad y Propiedades Especiales

Copropiedad

Daniel Peñailillo, **Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)**

66.- Descripción general.-

En la doctrina y en los textos legales es perceptible un frecuente desorden en el empleo de varios términos relacionados con esta materia: "indivisión", "comunidad", "condominio", "copropiedad".

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

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

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

(...)

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

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

67.- Regulación.-

(...) A diferencia de algunos precedentes legislativos, el CC. dedica un título especial a la comunidad, a la que trata como cuasicontrato, regulándola, en consecuencia, en el libro de las obligaciones (arts. 2304 y sgts., inspirados directamente en enseñanzas de Pothier) y no en el de los bienes. Allí es regulada la materia de derechos, obligaciones y responsabilidades de los comuneros, y extinción de la comunidad (arts. 2304 y sgts.). Pero el cuasicontrato no es el único origen de la comunidad.

Además, hay muchas otras disposiciones diseminadas a través del cuerpo legal. Deben tenerse presente, asimismo, las reglas sobre la partición de bienes hereditarios (arts. 1317 y sgts.), las que, no obstante su ubicación, tienen aplicación general en virtud de disposiciones expresas (arts. 1776, 2115, 2313).

68.- Las dos concepciones.-

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

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

Estimada una modalidad del dominio, en ella adquiere primacía el derecho de cada comunero, de cada individuo. Por una parte, permite a cada cual disponer de su cuota y, por otra, entrar en los demás la utilización de la cosa. Con ambas facultades disminuye ostensiblemente la productividad de los bienes comunes. Este resultado carecía de trascendencia en otras épocas, donde la comunidad fue estimada como un estado pasivo y transitorio, pronto a liquidarse; por eso es que en legislaciones que la asumen, como el CC., la partición de la cosa común "podrá siempre pedirse" (art. 1317, de donde ha sido derivado que la acción de partición es imprescriptible).

La doctrina germánica abandona la noción de propiedad exclusiva (...) Según ella, la comunidad es una propiedad colectiva, llamada también "de manos juntas" o "en mano común" (*gesamte hand*), en la que el objeto pertenece a todos los comuneros considerados colectivamente como un solo titular. En estas circunstancias, no hay derechos sobre cuota; todos tienen un derecho de goce sobre el objeto, cualitativamente igual, pero parcial, porque está restringido por el derecho de los demás; en su funcionamiento está incorporado el mecanismo de toma de decisiones por mayoría (y, en ocasiones, incluso se llega a negar a los comuneros la acción para pedir la partición de la cosa común).

(...) Si el importante rasgo de la noción de cuota (con su cualidad de amplia negociabilidad sobre ella por parte de su titular, sin el consentimiento de los demás) lo empleáramos como definitorio, la concepción romana sigue prevaleciendo, porque la mayoría de los códigos la implanta, con esa característica de amplia disponibilidad.

(...) Actualmente, un importante sostén de la doctrina romana es la convicción (casi la fe) de que la propiedad individual (no la grupal) es el mejor medio de lograr el óptimo aprovechamiento de los bienes. Pero, aunque esa premisa fuere demostrada, queda pendiente si el óptimo beneficio económico es lo único digno de persecución. En todo caso, un buen aliado de ella es el Derecho societario, que en la generalidad de los ordenamientos ofrece variadas formas de organización, en donde los comuneros pueden encontrar una que mejor les acomode y disminuya las discordias que, efectivamente, suelen surgir entre ellos en la comunidad.

El CC adopta, fundamentalmente, la doctrina romana. Se concluye así por los antecedentes considerados para la elaboración de estos textos y, sobre todo, por el contenido de varios preceptos en virtud de los cuales es reconocida la noción de cuota (que —como se ha dicho— es característica distintiva de la concepción romana) y es permitido al comunero celebrar, como dueño de ella, diversos actos sin el consentimiento de los otros (luego serán precisados algunos de esos actos; v. *infra* N° 70). Mas hasta qué punto ha sido adoptada esa doctrina es un tema en el cual hay discrepancia (y surge, particularmente, en la comunidad sobre universalidades, a la que pronto se hará referencia).

Al menos en términos organizados, desdeñó el código el importante tema de la administración de la cosa común, probablemente por estimar a la comunidad —imbuido de la noción romana— como una situación transitoria, a la que se pondrá término tan pronto como se subsane algún impedimento; textos posteriores han remediado en parte la deficiencia (C. de C. art. 852; CPC. arts. 651, 653, 654, 655).

(...) **68 bis.- Administración de la comunidad.**

a.- Apreciación general; el acto de administración.

(...) El Derecho chileno, al menos el que llamamos "Derecho común", adopta, como ya se dijo, aquella primera concepción y, entonces, la administración tiene el correspondiente objetivo. Por tanto, tiene una regulación escasa y con el objetivo meramente conservativo enunciado. El código trata solamente la comunidad proveniente del cuasicontrato, ignorando las provenientes de otras fuentes (pero las normas contenidas en el título del cuasicontrato de comunidad son aplicadas a las de otra procedencia).

Entre nosotros, la administración tiene reglas dispersas en diversos cuerpos legales. Hay normas en el CPC (a propósito de la partición de bienes) y en el CC; y en este último repartidas en el título del cuasicontrato de comunidad y la partición de bienes. Además, hay una remisión a las normas de administración de la sociedad civil. En estas circunstancias, sin un cuerpo normativo organizado, con reglas dispersas y remisiones a otros conjuntos,

no es extraño que la regulación en este ámbito sea insuficiente, con frecuencia oscura e incoherente y exhiba vacíos.

Con toda la relatividad que es de suponer y aunque sea una síntesis la que aquí será expuesta, para tratar el tema conviene contar al menos instrumentalmente con un concepto de acto de administración. Puede entenderse por acto de administración el que tiene por objetivo el mantenimiento de una cosa o unidad productiva sin afectar significativamente su estructura, función o valor. Su antónimo, el acto de disposición, produce una alteración significativa en alguno de esos factores.

(...)

b.- Administración por todos los comuneros; el *ius prohibendi*; los actos conservativos; el mandato tácito y recíproco; las acciones judiciales.

Ya se ha dicho que, especialmente en la concepción romana, cada comunero tiene, respecto de la cosa común, facultades, derechos y cargas cualitativamente iguales. En esa dirección, los comuneros tienen derecho a participar en la administración de la cosa común con las restricciones que derivan del hecho de existir más de un titular. Así, la regla general es que la administración sea establecida en conjunto, a través de acuerdos.

(...) El CC. carece de una regla general sobre la administración de la cosa común. Al menos directamente (en el párrafo de la comunidad, arts. 2304 y sgts.), sobre la base de que no ha sido designado por los comuneros un administrador, no está dispuesto ni que entre todos administran ni que cualquiera puede hacerlo. Aplicando la concepción romana la conclusión es que para adoptar decisiones es necesaria la unanimidad; el mismo resultado es obtenido con la remisión normativa (arts. 2305 y 2081 N° 1). Queda así impuesto el llamado "*ius prohibendi*" (también conocido como el "derecho de veto"). Consiste en la facultad que cada comunero tiene de oponerse a las actuaciones de los otros en la cosa común, impidiéndolas. Como aquella concepción de la comunidad postula que cada comunero es dueño de su cuota, resulta que ninguno, ni la mayoría, puede adoptar decisiones sobre la administración de la cosa común (menos, por cierto, sobre actos dispositivos), porque afectarían cuota ajena. En otros términos, cualquiera puede oponerse a que en la cosa sean ejecutados actos jurídicos o materiales; cualquiera puede prohibirlo. Puede observarse que esa conclusión constituye un serio inconveniente de esta concepción de la comunidad, que llega a ser paralizante.

Este derecho de veto en nuestros textos no aparece establecido expresamente. Si bien está bastante explícito en la sociedad (en el art. 2081 N° 1) para aplicarlo a la comunidad es necesario acudir a la remisión del 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". Como puede verse, no queda del todo claro porque la regla remite al art. 2081 para el "derecho de cada uno de los comuneros; pero se tiene entendido como vigente con el refuerzo doctrinario de que entre nosotros ha sido seguida la concepción romana (con su noción de cuota).

Con todo, el rigor de esta regla exhibe varias mitigaciones.

1°.- Entre nosotros hay ciertas decisiones relativas a la administración que pueden acordarse por una mayoría; están enumeradas en el art. 654 del CPC. que, como se dijo, también contiene normas relativas a la comunidad; y son cuatro: 1.- Nombramiento de administradores; 2.- Fijación de salarios y de sus atribuciones y deberes; 3.- Determinación del giro de los bienes comunes y del máximo de gastos que puedan efectuarse en la administración; y 4.- Fijación de la época en que deba rendirse cuenta a los interesados. Esas materias pueden ser acordadas por la mayoría absoluta de los concurrentes a la audiencia respectiva, que representen al menos la mitad de los derechos en la comunidad (la doctrina ha llamado a este quórum el de "doble mayoría").

(...) En todo caso, si no se llega al acuerdo, la mayoría de las legislaciones, incluyendo la chilena (arts. 653 y 654 inc. 1° del CPC.), disponen la intervención judicial para zanjar la controversia).

2°.- (...) "actos de conservación" o "medidas conservativas". Dentro de la labor administrativa hay ciertas actuaciones destinadas a mantener el valor y la utilidad de la cosa. Pues bien, es estimado que cada comunero puede efectuar estas actuaciones por sí solo, sin necesidad de acordarlo con los demás, ya que ellas importan una forma de protección de su propia cuota, que peligraría si los bienes comunes se perdieren o deterioraren. Ha sido precisado que puede ejecutarlos cuando ese acto sea la única manera de proteger su derecho cuotativo, y en esa medida. (...)

3°.- Otro concepto que en la legislación chilena también viene a mitigar el rigor de la necesidad de acuerdo unánime es el llamado "mandato tácito y recíproco" (...) Se entiende que entre los comuneros existe un mandato que es tácito (no formulado expresamente) y que es recíproco (cada uno lo ha recibido de los demás), con el cual cualquiera puede efectuar actos de administración de la cosa común (en las legislaciones es frecuente encontrar consagrado ese mandato en la sociedad, cuando no ha sido designado administrador).

Los textos son los arts. 2081 y 2305.

El art. 2081, ubicado en la sociedad, dispone: "No habiéndose conferido la administración a uno o más de los socios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar..." (ese es el inciso inicial del precepto, al que le siguen cuatro numerales). Y el art. 2305, ubicado en la comunidad: "El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social".

Y puede ser agregado el art. 2078 que dispone "Corresponde al socio administrador cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad; pero no podrá empeñarlos, ni hipotecarlos, ni alterar su forma, aunque las alteraciones le parezcan convenientes.

Sin embargo, si las alteraciones hubieren sido tan urgentes que no le hayan dado tiempo para consultar a los consocios, se le considerará en cuanto a ellas como agente oficioso de la sociedad".

Entonces, ha sido sostenido que ese mandato tácito y recíproco que tienen los socios en la sociedad (art. 2081) lo tienen también los comuneros en la comunidad (por el art. 2305).

Negándolo, ha sido planteado que la remisión del art. 2305 no incluye a ese mandato, debido a la diversa naturaleza que tienen las dos instituciones (sociedad y comunidad); la primera es originada por un vínculo voluntario, un acuerdo, que está fundado en la confianza y que incorpora en su estructura el elemento llamado *affectio societatis*, lo que justifica plenamente la existencia del mandato tácito y recíproco, elemento que no existe en la comunidad (en donde los comuneros muchas veces ni siquiera se conocen). En el mismo sentido, debe repararse en que lo incluido en la remisión es "el derecho"; (sólo) el derecho de cada comunero en la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social (...) Por último (y parece ser el argumento más poderoso para el rechazo), debe ser mencionado el art. 2307, que dispone "A las deudas contraídas en pro de la comunidad durante ella, no es obligado sino el comunero que las contrajo..."; este precepto evidencia que no existe mandato tácito y recíproco entre comuneros puesto que, de existir, resultarían obligados todos ellos en virtud de esa representación.

La jurisprudencia aceptó por mucho tiempo la aplicación del mandato tácito y recíproco a la comunidad; actualmente hay fallos en distintos sentidos.

Conviene añadir que —al igual que acontece con el mandato tácito y recíproco que un importante sector de la doctrina propicia en la solidaridad— asumiendo que es aplicable, en la solución de casos también con frecuencia el alcance de ese mandato suscita dudas; es discutible hasta qué extremos es aceptable aducirlo.

4°.- Otro capítulo relacionado con la administración, y que frente a la exigencia de la unanimidad parece flexibilizarla, es el del ejercicio de acciones judiciales (...)

En Chile, ante la ausencia de normas, la solución permanece discutida; el ejercicio de acciones por un comunero no mandatario respecto de bienes comunes en ocasiones ha sido negado y en otras admitido; y cuando ha sido admitido ha sido variada la argumentación. En primer lugar, ha sido fundado en la existencia del mandato tácito y recíproco entre comuneros (...). También ha sido postulado que el comunero que acciona en favor de la comunidad es un agente oficioso y se le deben aplicar las reglas respectivas, por lo que, si la gestión ha aprovechado a los demás comuneros, ellos quedarían obligados. En contra, ha sido observado que la aplicación de estas reglas haría muy fácil vencer la resistencia de los demás comuneros y anularía el *ius prohibendi*. (...)

En fin, estimamos que esta actuación podría ser fundada en la facultad que asiste a cada comunero para adoptar medidas conservativas respecto de la cosa común, en protección de sus propios derechos sobre ella. Pero en la final solución incidirá, por una parte, el concepto de "acto de conservación" y cuál es la acción que pretende ser entablada.

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

c.- Derechos y obligaciones; uso, goce y "cese del goce gratuito".

Además del derecho que tienen los comuneros a participar en la administración de los bienes comunes, tienen también derecho a usarlos y gozarlos.

En cuanto al uso, debe tenerse presente que los comuneros son, en conjunto, los dueños de la cosa común. De ahí que generalmente las codificaciones permiten el uso de los bienes comunes, con restricciones fundadas en la circunstancia de la co-titularidad (debe respetarse el derecho de los demás comuneros); en el uso personal que los comuneros hagan de los bienes comunes deben respetar su destino natural y el derecho de sus pares.

Así acontece también en el Derecho chileno; el art. 2081 (situado en materia de sociedad civil y aplicable a la comunidad por la remisión del art. 2305) dispone (adaptado) que el uso personal que el comunero haga de cosas comunes ha de ejercerse empleándolas para el destino ordinario de los bienes, sin perjuicio de la comunidad y del justo uso de los otros comuneros. Además, el art. 655 del CPC., interpretado en el sentido de estar dirigido al uso, conduce a la misma conclusión; y esta regla expresa la gratuidad (se verá pronto, con la duda que genera su tenor literal).

Conviene destacar que la facultad está conferida para el "uso personal". Así, podría usarla, pero no darla en arriendo y obtener para sí la renta. Respetando las citadas restricciones, bien podría incluirse a la familia del comunero, cuando el uso personal lleve naturalmente consigo el de ella, como cuando se trata de un inmueble consistente en sitio y casa (puede ser aplicado por analogía la regla del art. 815).

Para determinar lo que ha de entenderse por destino "ordinario" de los bienes habrá que constatar si existe algún acuerdo entre los comuneros en orden a establecer un uso en particular que deba darse a los bienes; si no lo hay, parece procedente atender a la naturaleza de los bienes y al uso que se les venía imprimiendo antes de que se formara la comunidad.

En cuanto al límite de respetar los derechos de los demás comuneros, los comuneros podrán concretarlo adoptando acuerdos sobre uso alternativo o, si la naturaleza del bien lo permite, acordar el uso conjunto, etc.

Para los conflictos sobre el uso exclusivo conviene todavía tener en cuenta otros factores. En primer lugar, el conocimiento que de dicho uso exclusivo tengan los demás comuneros; si tienen conocimiento, los comuneros están en situación de reclamar conforme al art. 655 (interpretado en el sentido de referido al uso, como se dirá) y, si no reclaman, hay consentimiento tácito. Si desconocen que la cosa común está siendo usada por otro comunero parece dudosa la equidad de la norma, sobre todo si del uso se derivare deterioro del bien. Por otra parte, convendría conocer la explicación del eventual desconocimiento, que pudiere demostrar abandono o negligencia del comunero en el cuidado de la cosa común o, por el contrario, que hubiere justificación en su lejanía.

En cuanto al goce, es decir, a la pertenencia de los frutos de los bienes comunes, conviene tener presente un postulado primario: tal como ya se dijo al examinar las facultades que confiere el dominio, el goce es un atributo del dominio, que consiste en la facultad de

percibir los frutos de la cosa; es decir, el dueño de la cosa es dueño de sus frutos (y está difundido todo un adagio: "las cosas producen para su dueño").

Aplicándolo a la comunidad, el resultado es: "los frutos de los bienes comunes, son comunes".

Respecto a la proporción en que cada comunero aprovechará los frutos, en primer lugar, debe atenderse a lo que los propios comuneros hayan determinado al respecto; si nada han acordado, lo normal será —y así es establecido en la generalidad de las legislaciones— que los frutos pertenecen a los comuneros a prorrata de sus cuotas.

El CC consagra las dos mencionadas proposiciones: que los frutos son comunes y que la pertenencia es proporcional a las cuotas; en su art. 2310 (en el cuasicontrato de comunidad) dispone que "Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas", norma ya establecida en el art. 1338 regla 3ª (sobre partición de bienes hereditarios).

Con estas bases debe ser examinado el alcance de la regla del art. 655 del CPC, llamada "del cese del goce gratuito de los bienes comunes". Dispone: "Para poner término al goce gratuito de alguno o algunos de los comuneros sobre la cosa común, bastará la reclamación de cualquiera de los interesados; salvo que este goce se base en un título especial".

Literalmente, la norma se refiere a la facultad de cada comunero de hacer cesar el "goce" gratuito de otro sobre los bienes comunes. Ya ha sido dicho que por goce se entiende la facultad de aprovechar los frutos de una cosa; y que los frutos de los bienes comunes son comunes; y ahora nos encontramos con que cualquier comunero puede "gozar" (percibir los frutos) de la cosa común gratuitamente; porque si cualquiera puede pedir que se ponga término al goce gratuito, es porque está permitido (por la ley) tal goce, percepción de frutos (mientras nadie reclame) por cualquiera de los comuneros. En estos términos, entendida como referida al goce (literalmente, percepción de frutos), la regla transgrediría la otra (razonable) de que los frutos de las cosas comunes son comunes.

La comprensión literal ha sido sostenida. Por nuestra parte, optando por respetar la regla de la comunidad de frutos (como se dijo dispuesta en los arts. 2310 y 1338 regla 3ª.), entendemos que art. el 655 está referido al uso. El sentido no es el de goce tomado como aprovechamiento de frutos, sino se refiere al uso (o sea a la facultad de servirse de la cosa). Así, la regla queda en armonía con la del art. 2081 N° 2, aplicable a la comunidad por el art. 2305). Frecuentemente los autores nacionales, omitiendo explicaciones, dan por indiscutido que la norma se refiere al uso. La jurisprudencia también la ha entendido en este sentido. Con esta comprensión, queda en armonía con el principio de que las cosas producen para su dueño y con las demás relativas a la comunidad (especialmente las que se refieren a los frutos).

En cuanto al momento exacto en que se va a producir el cese del goce (uso) gratuito, el precepto dispone que "bastará la reclamación" de uno de los comuneros; pero, presentada la reclamación, habrá que notificar al reclamado y eventualmente esperar a que el

demandado conteste, tanto por la llamada bilateralidad de la audiencia como porque la norma contempla la posibilidad de que se defienda invocando un título especial para gozar del bien (por ej., un usufructo debidamente constituido). Y ha sido resuelto que debe esperarse la firmeza de la sentencia que declare el cese.

Si la regla queda comprendida en este sentido de que se refiere al uso y de hecho un comunero estaba usando, si el reclamo es acogido cesará el uso.

Por otra parte, si de hecho un comunero está "gozando", percibiendo frutos de un bien común, con las reglas recién citadas, que disponen que los frutos de los bienes comunes son comunes, otro comunero puede demandar que la situación termine. Si el reclamo es acogido cesará el goce (la percepción); y como la sentencia sólo declara, en cumplimiento de la regla de la comunidad de frutos el comunero reclamado tendrá que restituir los frutos líquidos (o su valor) que haya exclusivamente percibido.

Los comuneros tienen también obligaciones.

1°.- Contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad.

Cada comunero debe contribuir a las obras y reparaciones de la cosa común. Es una obligación dispuesta en la mayoría de las legislaciones. También en la chilena. El art. 2309 dispone que "Cada comunero debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota". Pero es sabido que hay mejoras de diversas clases (conforme a los arts. 904 y sgts. pueden ser necesarias, útiles y voluptuarias), y surge así la interrogante de si estarán obligados a todas o sólo a una o algunas. Para la solución procede acudir a las normas de la sociedad (que —como se ha dicho— son aplicables a la comunidad en virtud del art. 2305; esta aplicación es un efecto de la remisión impuesta en esa regla, sin que eso implique aceptar el mandato tácito y recíproco, que está en el encabezamiento del precepto). El art. 2081 regla 3ª. dispone que "Cada socio tendrá derecho a obligar a los otros a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales". Entonces, con esta norma cada comunero es obligado únicamente a las reparaciones necesarias. Respecto de las demás expensas, si bien los comuneros no están obligados a efectuarlas, si uno de ellos las emprende puede pedir reembolso (en virtud del art. 2307).

2°.- No hacer innovaciones en las cosas comunes.

Muchos ordenamientos imponen la obligación de no acometer innovaciones en la cosa común. El CC. la dispone en el art. 2081 regla 4ª (aplicable a la comunidad en virtud del art. 2305), respecto de los inmuebles: "Ninguno de los socios podrá hacer innovaciones en los inmuebles que dependan de la sociedad sin el consentimiento de los otros".

Por "innovación" suele entenderse una modificación que cambia el destino de la cosa. Preferimos un concepto más amplio; hay también innovación cuando hay un cambio significativo en la estructura o el valor de la cosa (conforme a lo dicho antes, en el concepto de acto de administración).

3°.- Devolver a la comunidad lo que extraigan de ella.

Esta obligación está dispuesta en el art. 2308: "Cada comunero debe a la comunidad lo que saca de ella, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares; y es responsable hasta de la culpa leve por los daños que haya causado en las cosas y negocios comunes".

Su explicación es evidente; si no hubiere sido dispuesto tendría que llegarse a la misma conclusión.

d.- Responsabilidad.

Se trata de determinar quién es responsable de las obligaciones contraídas respecto de los bienes comunes y en qué términos se responde.

En principio, responderán los comuneros; pero los términos en que responden dependerá de la deuda de que se trate.

Tratándose de deudas contraídas antes de la formación de la comunidad, "respecto de la cosa común", el art. 2306 dispone que los comuneros quedan obligados a ellas como los herederos en las deudas hereditarias, es decir, a prorrata de sus cuotas (conforme al art. 1354). Según las reglas del pago de deudas hereditarias, los comuneros pueden modificar la proporción en que deben contribuir a estas obligaciones mediante un pacto, que no será oponible a los acreedores, los que podrán optar entre aceptar dicha nueva distribución o rechazarla, cobrando a cada comunero en proporción a su cuota. Lo mismo ocurre si quien ha modificado la proporción no son los comuneros sino el testador. En caso de que los acreedores opten por el régimen legal y uno de los comuneros resultare obligado más allá de lo que le correspondía según el acuerdo o la disposición testamentaria, tiene derecho a que los demás le reembolsen el exceso.

Tratándose de deudas contraídas durante la comunidad, el CC. dispone que a ellas resulta obligado el comunero que las contrajo, con derecho a reembolso (art. 2307).

Si la deuda ha sido contraída por los comuneros en conjunto, éstos quedarán obligados por partes iguales y no por la cuota que les corresponda (los terceros que contratan con los comuneros no tienen por qué saber a cuánto asciende la cuota de cada uno). Así lo prescribe el art. 2307 segunda parte: "...Si la deuda ha sido contraída 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 les abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda".

e.- Otros administradores.

Si bien los comuneros tienen el derecho de administrar, es sin perjuicio de que pueden delegar la administración, en un comunero o en un extraño a la comunidad. Además, hay situaciones en las que es la ley la que designa quién es el encargado de la administración; y, tratándose de la comunidad hereditaria, el causante puede designar al encargado de administrar.

1º.- Hay situaciones en las que la ley lo designa.

— La del heredero que acepta una herencia. Esta posibilidad la dispone el art. 1240: "Si hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios proindiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración". En este supuesto, el heredero que acepta tendrá facultades administrativas equivalentes a las del curador de la herencia yacente, pero los herederos, a diferencia del curador, no están obligados a prestar caución sino cuando haya motivo de temer que bajo su administración peligren los bienes (art. 1240).

— La del curador de la herencia yacente. Cuando una herencia es declarada yacente procede nombrarle un curador (art. 1240). Este curador sólo puede emprender actos administrativos de custodia y conservación y los necesarios para el cobro de los créditos y el pago de las deudas (conforme a lo prescrito en el art. 487, en las reglas de la curaduría de bienes en general).

— La del padre o madre que administra la comunidad resultante de la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges. Cuando la sociedad conyugal termina por muerte de uno de los cónyuges, queda formada una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido. En este evento, si los herederos son menores de edad, la administración de esa comunidad corresponderá al cónyuge sobreviviente. Esta administración deriva de la patria potestad, puesto que se trata de hijos menores (no emancipados, normalmente) y, por lo mismo, las facultades administrativas están limitadas por las normas reguladoras de dicha patria potestad.

2º.- El causante puede nombrar el administrador.

En este género hay varias situaciones específicas.

— Una es la del albacea con tenencia de bienes. Al haberle encargado el causante la tenencia de todos o algunos de sus bienes, el albacea tendrá la administración de ellos, con las facultades y obligaciones del curador de la herencia yacente (art. 1296). Aquí ha surgido una dificultad; el art. 1295 reduce la facultad del albacea para parecer en juicio; en juicio sólo puede acudir a la defensa del testamento o cuando fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que le incumban; y debe hacerlo con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente; en estos términos surge la interrogante de si esta restricción (del art. 1295) es aplicable o no al albacea con tenencia de bienes (regulado en el art. 1296). Parece preferible concluir que la restricción no le es aplicable porque la herencia es declarada yacente precisamente cuando no hay albacea con tenencia de bienes, y declarada la yacencia se procede a nombrarle un curador con facultades que se estiman suficientes para administrarla hasta la eventual aceptación de algún heredero (art. 1240). Así, parece razonable que ese albacea con tenencia de bienes, en cuyo defecto es nombrado un curador, tenga para administrar al menos las facultades de este último.

En cuanto a la duración de la administración del albacea, se extiende por el plazo dispuesto por el causante; si nada dispuso, el que prescribe la ley, un año (arts. 1303 y 1304; sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1305 y sgts.).

— Otra, en la que el testador designa administrador, esta vez directamente, es la prescrita en la Ley General de Bancos. En su art. 69 dispone que "Los bancos comerciales podrán efectuar las siguientes operaciones: 16) Aceptar y ejecutar comisiones de confianza de acuerdo al título XII de esta ley". Bajo este título XII, el art. 86 dispone cuáles son esas comisiones de confianza; prescribe: "Los bancos podrán desempeñar las siguientes comisiones de confianza: N° 7: Ser administrador de los bienes que se hubieren donado o que se hubieren dejado a título de herencia o legado a capaces o incapaces, sujetos a condición de que sean administrados por un banco".

3°.- Los comuneros o la justicia en subsidio pueden nombrar el administrador.

La otra alternativa para determinar el administrador es que lo designen los comuneros o la justicia en subsidio.

Los comuneros pueden designar administrador tomando el acuerdo por unanimidad o por la "doble mayoría" dispuesta en el art. 654 del CPC.

Aparte de la unanimidad, los comuneros pueden designar un administrador por la mayoría absoluta de los concurrentes que representen a lo menos la mitad de los derechos en la comunidad (doble mayoría). Para estos efectos son citados a un comparendo que tendrá lugar ante el juez partidario o el juez ordinario, según sea el caso.

Si los comuneros no llegan a acuerdo, resolverá el juez, designando al administrador y sus facultades.

Las facultades que tendrá el administrador, sea designado por los comuneros o subsidiariamente por el juez, serán las que le confieran éste o aquéllos en los instrumentos respectivos. Si nada es dispuesto en el acuerdo o en la resolución judicial, se entiende que el administrador tiene sólo las facultades de mera administración que menciona el art. 2132.

En fin, como puede verse, producto de la concepción acogida por el CC., nuestro régimen a este respecto se presenta conducente a la ineficiencia. La regulación de la comunidad y particularmente de la administración es desordenada e incompleta, y sobre todo con mecanismos poco expeditos para tomar decisiones. Las normas están dispersas en los códigos civil y de procedimiento civil, y en el primero se distribuyen bajo diferentes títulos, existiendo además una remisión a las normas que regulan la sociedad, que genera dudas sobre su alcance. Las normas son excesivamente exigentes en cuanto a la toma de acuerdos; concretamente, es mantenida la exigencia de la unanimidad, lo que complica la gestión administrativa. Por último, en la remisión a la sociedad surge una ya aludida contradicción conceptual porque es en la concepción germánica (con semejanza a una persona jurídica) donde es explicable esa remisión, no en la romana que es la adoptada como se ha dicho (pero, tal como también fue advertido, estas salvedades —frecuentes en las legislaciones— son justificadas como mitigadoras).

Así, es conveniente una reforma, para lograr un cuadro ordenado y completo, que permita a la comunidad —aunque siga siendo considerada una situación transitoria— mantener la productividad de los bienes comunes, que a veces constituyen explotaciones productivas que merecen continuar prosperando (o al menos funcionando) sin interrupción.

En todo caso, por leyes especiales hay comunidades que quedan sometidas a regímenes que adoptan la nueva tendencia (como la de la copropiedad inmobiliaria, que será mencionada pronto).

69.- Clases de indivisión.-

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

(...)

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

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

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

70.- La cuota.-

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

El comunero puede disponer libremente de su cuota por acto entre vivos; por ej., puede vender su cuota (art. 1812); específicamente el heredero puede vender su cuota hereditaria (art. 1320); puede hipotecar su cuota (art. 2417). También por causa de muerte; el causante puede legar su cuota (art. 1110). Puede ser reivindicada (art. 892); puede serle embargada (art. 524 del CPC.). Y eso sin perjuicio de los actos materiales que los comuneros pueden ejecutar en la cosa común (arts. 2305 y 2081), pudiendo cualquiera pedir el cese del goce

gratuito que de la cosa común hace otro comunero (art. 655 del CPC.) (para lo cual v. *supra* N° 68 bis, c.) (...)

Propiedades Especiales

El concepto de propiedad del artículo 582 no es el único reconocido en el derecho chileno. Existen leyes especiales que se refieren ya sea, a las “especies” de propiedad mencionadas en el artículo 584, ya sea a estatutos particulares, que atienden a diversas razones de políticas públicas. Estas, si bien reconocen algunos caracteres comunes con el concepto definido en el Código Civil, presentan características propias.

Un listado estaría compuesto por las siguientes:

- Propiedad intelectual (Ley 17.336)
- Propiedad industrial (Ley 19.039)
- Dominio público (CC 585 y DL 1.939)
- Propiedad indígena (Ley 19.253)
- Copropiedad inmobiliaria (Ley 19.537), antes conocida como propiedad horizontal.

Antiguamente, existió un estatuto especial para las regiones del extremo sur del país, la llamada “propiedad austral” (regulada por el DL 574, hoy derogado).

Adicionalmente, el derecho chileno contempla mecanismos que conceden a particulares un derecho análogo a la propiedad respecto de bienes sujetos a un estatuto de derecho público, en materia de aguas territoriales (declaradas como bienes nacionales de uso público en el Código de Aguas), sobre las cuales se otorgan derechos de aprovechamiento consuntivos y no consuntivos, y los minerales (de propiedad del Estado, de acuerdo a la Constitución), sobre los cuales existe un sistema de concesiones mineras.

Propiedad Intelectual e Industrial

Los dos primeros estatutos se refieren a las “creaciones del talento y del ingenio” a que hace referencia el artículo 584.

Elisa Walker, Manual de Propiedad Intelectual, Segunda Edición (2019)

La propiedad intelectual [en sentido amplio] puede ser definida como aquella área del derecho que regula la creación, uso y explotación del trabajo que es resultado de procesos creativos o mentales.

Una de las características particulares de esta área del derecho, es la desvinculación que existe entre el objeto de protección y su materialización. Por ejemplo, una persona puede ir a una librería a comprar un libro. A través de ese contrato de compra-venta la persona se hará dueña de esa copia, pero eso no significa que a su vez sea dueña de la obra contenida en el libro. Esta desvinculación entre el objeto de protección y su soporte material justifica restricciones tales como que la persona que compre el libro no podría hacer una traducción o adaptación del mismo y tratar de publicarlo. Lo mismo pasa con la interacción que se tiene con una invención. Una persona puede comprar un computador o una aspiradora. La propiedad que se tiene sobre esos objetos no se extiende a la invención misma.

(...) La propiedad intelectual [en sentido restringido] es aquella área del derecho que regula el derecho de autor y derechos conexos. Esta materia está regulada en la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

(...) El derecho de autor "protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión".

(...) La regulación del derecho de autor en Chile se basa en una teoría dualista por lo que se compone de dos tipos de derechos cuyas características son diferentes. Así, hay que distinguir entre los derechos patrimoniales y los derechos morales.

El derecho moral protege el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra. El titular de este derecho es el autor de la obra. Estos derechos son transmisibles al cónyuge sobreviviente y a los sucesores abintestato del autor; inalienables; y es nulo cualquier pacto en contrario.

El derecho patrimonial está vinculado con la explotación económica de la obra protegida. Este derecho confiere las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros. Por lo mismo, el titular del derecho económico puede ser el autor o un tercero. El derecho de utilizar la obra consiste en la facultad de publicar, reproducir, adaptar, ejecutar públicamente y distribuirla.

(...) Los derechos conexos están regulados en el Título II de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual (...) "[s]on derechos conexos al derecho de autor los que esta ley otorga a los artistas, intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión o de televisión".

La protección de los derechos patrimoniales [de autor] "dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento". A diferencia de estos primeros, los derechos morales son perpetuos.

Por regla general, la protección de las interpretaciones, ejecuciones y fonogramas se extiende hasta 70 años contados desde el 31 de diciembre del año de la publicación de los fonogramas o desde la publicación de las interpretaciones y ejecuciones. A su vez, la

protección de los organismos de radiodifusión tendrá una duración de 50 años, contados desde el 31 de diciembre del año de la transmisión.

La propiedad industrial es aquella área del derecho que regula principalmente las patentes, marcas comerciales, diseños industriales, modelos de utilidad e indicaciones geográficas. Esta materia está regulada en la Ley N° 19.039 de Propiedad Industrial (...).

A diferencia de la propiedad intelectual, la propiedad industrial se caracteriza por otorgar protección desde un enfoque de aplicación práctica, en el sentido que sus objetos de protección generalmente deben representar un "avance en el estado de la ciencia y tecnología". En el caso de la propiedad intelectual, no se exige que las obras resuelvan problemas, sino que sean trabajos originales.

Otra gran diferencia que existe entre la propiedad industrial y la propiedad intelectual es el tipo de facultades que confiere uno y otro sistema. La propiedad industrial otorga un monopolio absoluto que faculta a su titular de excluir a cualquier tercero de la explotación de la obra, sin importar si dicho tercero fue capaz de crear el mismo producto o procedimiento de forma absolutamente independiente al primero. Este hecho produce como consecuencia que la propiedad industrial otorgue un monopolio más estricto, lo que justifica por otra parte que su duración sea claramente más acotada que el tiempo de protección de la propiedad intelectual. Por el contrario, la propiedad intelectual concede un monopolio que se constituye a favor del autor o del titular del derecho, que solo le permite protegerse del uso no autorizado, por lo que no se puede impedir la explotación de otra obra similar, siempre que haya sido creada en forma absolutamente independiente de la primera.

Dominio Público

El dominio público es materia de estudio en derecho administrativo. Con todo, el Código Civil, en su idea de ley fundante del ordenamiento patrio, incluyó normas básicas a su respecto.

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

47.- Conceptos.-

(...) a.- Desde la formación de los Estados nacionales, en la generalidad de los ordenamientos se viene conformando el patrimonio público, integrado por bienes que, según las diversas legislaciones, con señalada incidencia de la respectiva Constitución, se entienden radicados en el Estado o en la Nación.

48.- A. Bienes nacionales de uso público.-

Son aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y su uso a todos los habitantes (art. 589). El código menciona algunos ejemplos (plazas, calles, puentes y caminos, el mar

adyacente y sus playas). La tuición y administración de estos bienes queda encargada a distintas autoridades, según su naturaleza: Municipalidades, reparticiones del Ministerio de Obras Públicas, Fuerzas Armadas, División de Bienes Nacionales del Ministerio de Bienes Nacionales. Leyes especiales reglamentan cada sector (v. a este respecto la importante regla del art. 135 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, conforme a la cual, recibidas definitivamente las obras de urbanización de un loteo, se consideran incorporadas al dominio nacional de uso público todas las calles, avenidas, áreas verdes y espacios públicos en general y al dominio municipal los terrenos cedidos para equipamiento).

Entre sus características pueden ser mencionadas las siguientes:

a.- Su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación.

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

c.- Pero la autoridad puede otorgar a particulares "permisos" y "concesiones" sobre ellos o, más usualmente, sobre partes de bienes nacionales de uso público, para ser destinados a fines específicos de los que se beneficie también la comunidad; en el código, los arts. 598, 599 y 602 se refieren a estas autorizaciones. La naturaleza y caracteres de los derechos que adquieren los beneficiarios de estos permisos y concesiones, sobre todo en lo no precisado en el acto en que es expedido el permiso o concesión, han sido discutidos en la doctrina administrativa (principalmente para las concesiones han sido propuestas desde antiguas concepciones de derechos reales civiles hasta la formulación de toda una teoría general del "derecho real administrativo"; asimismo, con frecuencia los tribunales han tenido que emitir decisiones al respecto).

También puede ser necesario o conveniente para el Estado desprenderse del dominio de algunos de estos bienes; para ello es menester que sea "desafectado" de su condición de bien nacional de uso público, eliminándosele tal calidad y destino (v. además lo dicho sobre vinculaciones, infra N° 220, nota).

Para el examen y análisis de los distintos estatutos legales de estos bienes, en el Derecho privado nacional se acostumbra distinguir diferentes "dominios": dominio público marítimo, terrestre, fluvial y lacustre, y aéreo. Será consignado un panorama normativo de cada uno (su estudio más detenido pertenece al Derecho administrativo; más aún, algunos son la base de toda una disciplina especial).

1°. Dominio público terrestre.

Comprende todos los bienes nacionales de uso público del territorio del Estado (calles, plazas, caminos, etc.; las normas están en los arts. 589 y 592 del CC. y en numerosos textos especiales, que van ocupándose de la administración de estos bienes, la cual en muchos de ellos está encargada a las Municipalidades). (...)

2º. Dominio público marítimo.

En este ámbito, en el código los textos principales son los arts. 593 y 596 (en la nueva redacción, dispuesta por la Ley 18.565). Es especialmente destacable la regla del art. 596, por la cual el Estado ejerce derechos de soberanía, entre otros, sobre los recursos naturales vivos y no vivos en la zona económica exclusiva. También los arts. 585, 594, 604, 612, 613, 614. 334 Pero fuera de él, son muchos los textos legales atinentes a este dominio, incluyendo Tratados, Convenciones, Declaraciones, suscritos por Chile con otros países (cuyo examen pertenece a la disciplina del Derecho internacional).

3º. Dominio público fluvial y lacustre.

Comprende todas las aguas del territorio nacional. La materia ya ha conformado toda una disciplina (el Derecho de aguas), con su texto fundamental (el C. de A.) (este dominio se refiere a las aguas terrestres, porque las marítimas conforman el aquí llamado dominio público marítimo; así lo expresa el art. 1º del C. de A.). Hay sí algunas reglas en el código, como los arts. 597 (para el dominio de islas) y 603 (para defender la integridad de los ríos) (otras serán aludidas en la Accesión).

(...) todas las aguas existentes en el territorio nacional son bienes nacionales de uso público (art. 595 del CC., en el nuevo texto que le dio la citada ley; art. 5º del C. de A.). Los particulares pueden servirse de algunas aguas para determinadas necesidades, mediante el denominado "derecho de aprovechamiento de aguas", el que es calificado de derecho real (art. 6º del C. de A.), con reglas especiales en el citado código. La Dirección General de Aguas es el organismo administrativo encargado de la materia.

(...) 3º.- El C. de A. de 1981 (...) creó un nuevo derecho de aprovechamiento sobre el agua, sobre el que se tiene propiedad, y que puede ser transferido, aun desvinculado de un inmueble, con lo cual el carácter de bien público del agua quedó en la práctica en gran medida desvirtuado. (...)

(...) En el código de 1981 el derecho está construido con tales atributos que no parece dudoso concluir que el titular es dueño de él, recordando que en nuestro sistema conceptual está reconocida la propiedad sobre los derechos, cosas incorporales (arts. 565, 576 y 583 del CC. y art. 19 Nº 24 de la Constitución): es perpetuo, no hay restricción de usos, es cesible y no es revocable. Pero si eso no fuere suficiente, y demostrando armonía con esa conclusión, el texto legal dispone expresamente que el titular es dueño de su derecho de aprovechamiento (art. 6º inc. 2º del C. de A., y además art. 21 del mismo código como aplicación; y art. 19 Nº 24 inc. final de la Constitución).

4º. Dominio público aéreo.

(...) cuando es dispuesto que el Estado tiene soberanía en el espacio ubicado sobre su territorio (art. 1º del Código Aeronáutico), quiere declararse que él es el facultado para regular la utilización de dicho espacio. Sin embargo, especialmente con el desarrollo de la aeronavegación, han sido discutidas ampliamente las facultades que corresponden a cada Estado sobre el espacio y los límites hasta donde han de ser ejercidas. Al efecto han sido

formulados planteamientos, han sido suscritos Tratados internacionales y han surgido disciplinas jurídicas (el Derecho aéreo y el Derecho espacial o cósmico); entre nosotros, con un texto fundamental, el denominado Código Aeronáutico (se volverá sobre el tema al tratar los límites materiales del derecho de dominio; v. infra N° 63).

48 bis.- El acceso al mar, ríos y lagos.-

En el efectivo disfrute de los bienes públicos consistentes en mar, ríos y lagos ha surgido el problema del libre acceso porque en muchas zonas del territorio nacional hay predios de propiedad privada que están interpuestos entre vías públicas (caminos) y esas masas de agua. Con frecuencia el particular propietario impide el acceso o cobra una suma de dinero por autorizar el tránsito.

(...) El legislador (...) ha dispuesto que el propietario debe soportar la carga de permitir el acceso. El DL. 1.939, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, dispone que "Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto (...)" (art. 13). (...).

Como ya hay —según se vio recién— norma legal que imparte la solución imponiendo la carga al propietario, la discusión ha desembocado en un debate sobre la constitucionalidad de la citada ley.

Tal como se dirá más adelante, estimamos que la exclusividad integra la esencia de la propiedad privada; sin exclusividad no hay propiedad privada; entonces, esa norma del art. 13 del DL. afecta la "esencia" del derecho de propiedad, con lo cual viola el art. 19 N° 26 de la Constitución. Y si la exclusividad (la facultad de excluir) es considerada un atributo esencial, al privarse de ella sin ley expropiatoria la norma estaría violando también el art. 19 N° 24 inc. 3°. Por ambas vías se llega a la inconstitucionalidad del citado art. 13 (los caracteres y atributos del dominio serán tratados más adelante, infra N°s. 59 y 60; v. también lo que se dirá sobre el contenido esencial en infra N° 51, A., a., 6°. y en infra N° 57 bis, e.).

¿Están de acuerdo con la interpretación de Peñailillo? ¿La imposición de la referida carga al propietario de un terreno colindante al mar, ríos o lagos es inconstitucional? ¿Cómo podría sostenerse lo contrario?

Hay más. En la recepción de la función social en este conflicto, que versa sobre un predio, incide también una apreciación material del objeto. Suponiendo una calificación de carga, si para evaluar la envergadura o gravedad de la carga (soportar el tránsito de otras personas) es examinada en la precisa sección por donde extraños transitarán, la conclusión es que se trata de una carga muy gravosa, a lo menos semejante a una privación parcial del derecho; en cambio, si es considerado el total de un predio, que puede tener gran extensión, en la totalidad esa carga puede resultar leve.

Esa norma también presenta relación con la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Sobre la entrada en vigencia en el debate podría ser sostenido que el precepto sólo impone una carga; no priva del derecho de dominio; y esa ley dispone que los goces y cargas se rigen por la ley nueva (art. 12) decisión por la cual la ley no podría ser calificada de retroactiva sino sólo tendría efecto inmediato. Pero frente a la calificación de "carga" permanece la objeción de la exclusividad, que afectaría la esencia del derecho y privaría de un atributo esencial (v. también lo dicho respecto a la aplicación de las normas sobre derechos reales en el tiempo en supra N° 10 bis, C.).

49.- B. Bienes del Estado o Fiscales (inmuebles que carecen de dueño privado).-

El Estado puede actuar en el ámbito del Derecho privado; puede ser sujeto de derechos privados. En tal situación tiene (domina) bienes. Son los llamados bienes fiscales, que constituyen el patrimonio privado del Estado; le pertenecen en cuanto sujeto de relaciones patrimoniales privadas. Con el art. 589 puede deducirse que estos bienes fiscales son los bienes nacionales cuyo uso no pertenece a la Nación toda.

Aquí la expresión Estado ha de entenderse en un amplio sentido, que incluye a Instituciones más o menos autónomas, con personalidad jurídica propia, que tienen también su patrimonio; en último término, estos bienes pertenecen al Estado, aunque formalmente pertenecen a personas jurídicas de Derecho público distintas del Fisco.

Conceptualmente, el régimen jurídico de estos bienes es el de los bienes privados. Sin embargo, han sido dictadas leyes especiales que reglamentan la adquisición, administración y disposición de estos bienes; actualmente, es fundamental el DL. 1.939 (y deben tenerse presente las importantes disposiciones de los arts. 19 N° 21 y 60 N° 10 de la C. Pol.). (...)

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

(...) Sobre nuestro texto ha sido propuesto que establece una verdadera presunción de dominio a favor del Fisco, de manera que quien le dispute un inmueble debe acreditar dominio, aunque tenga la posesión (con ello, el art. 590 constituye una excepción al art. 700, que presume dueño al poseedor); la conclusión parece apropiada si se tiene en cuenta la dificultad que significa para el Fisco probar la negación (que suele ser llamado "hecho negativo") de que el bien no tiene otro dueño.

A este respecto ha sido resuelto que lo que en la citada disposición está establecida es una presunción de dominio y no de posesión, por lo que si el Fisco pretende entablar acción posesoria sobre un inmueble, debe probar la posesión a la que esa acción protege, como es exigido a quien entabla acción posesoria 349 (la situación de las minas no será referida aquí; su estudio, con el código correspondiente, es tratado en disciplina distinta; en el CC., v. art. 591).

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

72.- La copropiedad inmobiliaria.-

(...) la llamada "propiedad horizontal" o (actualmente entre nosotros) "copropiedad inmobiliaria".

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

En Chile los textos legales fundamentales son la Ley 19.537 y su reglamento.

Una síntesis de esta reglamentación es la siguiente:

1°. El Director de Obras Municipales respectivo es quien, cumplidos los requisitos legales, extiende el certificado que acoge el condominio al régimen de copropiedad inmobiliaria; allí son fijadas las unidades de que se compone.

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

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

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

(...) la nueva ley permite el dominio exclusivo de lotes de suelo en el que se asienta la construcción (también de dominio exclusivo), unidos entre sí por suelo común.

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

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

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

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

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

7°. La unidad puede ser transferida, transmitida, hipotecada, gravada con otro derecho real y puede ser convenido cualquier derecho personal, libremente, sin el consentimiento de los demás copropietarios.

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

9°. Están dispuestas normas sobre la administración del conjunto y las relaciones de vecindad. Para la administración son establecidos órganos: la asamblea de copropietarios, el comité de administración y el administrador (para las causas concernientes a la administración y conservación del edificio el administrador tiene la facultad de representar en juicio activa y pasivamente a los copropietarios conforme al art. 23).

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

Esto último es una de las particularidades más notables de la copropiedad inmobiliaria, en cuanto se genera una obligación *propter rem*, o bien una *carga real*: la deuda sigue al inmueble, no a la persona que la contrajo.

La norma relevante es el artículo 4º IV de la Ley 19.537, que dispone:

“La obligación del propietario de una unidad por los gastos comunes seguirá siempre al dominio de su unidad, aun respecto de los devengados antes de su adquisición, y el crédito correspondiente gozará de un privilegio de cuarta clase, que preferirá, cualquiera que sea su fecha, a los enumerados en el artículo 2481 del Código Civil, sin perjuicio del derecho del propietario para exigir el pago a su antecesor en el dominio y de la acción de saneamiento por evicción, en su caso”.

Peñailillo sostiene que, en función de lo establecido en ese texto, se trata de una carga real, porque lo gravado es la cosa, no la persona que es titular del derecho de dominio sobre ella (como sería en el caso de una obligación *propter rem*).

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

12º. En cuanto al término del régimen, la ley actual no consigna orgánicamente un párrafo destinado a la extinción. Pero hay algunas normas al respecto. Así, si la autoridad ordena la demolición del condominio se dispone que la asamblea "acordará su proceder futuro" (art. 37), y dentro de esta expresión cabe la disolución de la comunidad. También es contemplada la posibilidad de que, con ciertos requisitos, la asamblea pueda solicitar a la Dirección de Obras Municipales que proceda a modificar o dejar sin efecto la declaración que acoge el condominio a este régimen (arts. 17 N° 4 y 38); en tal situación, la copropiedad inmobiliaria queda convertida en simple comunidad, que ha de regirse por las normas del Derecho común (que aquí han sido examinadas) (...).

Propiedad Indígena

La legislación sobre territorio indígena se inicia casi junto con la República (ya una ley de 1823 se refiere al tema). Sin embargo, si bien las distintas leyes han reconocido un estatuto especial a estas tierras, en general, se han enmarcado en un proceso dirigido a que éstas se rijan por la legislación común.

La Ley 19.253 no es ajena a este concepto, y así se le ha interpretado por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, que tratan de encauzar sus instituciones en los conceptos del Código Civil.

De acuerdo al artículo 1º de la ley, la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos indígenas, estableciendo el deber para el estado de adoptar medidas de protección de esas tierras, velando “por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

El artículo 12 define las tierras indígenas como aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de diversos títulos, creados por legislaciones anteriores, a partir de la ley de 10 de junio de 1823; las que históricamente han ocupado, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas, creado por la Ley 19.253; las que se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia; y las que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado. Las tierras indígenas están sujetas a un sistema de registro llevado por la CONADI (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena).

El titular del derecho de dominio sobre tierra indígena puede ser un individuo o una comunidad indígena (definida por la misma ley). Con todo, el derecho de dominio está sujeto a fuertes limitaciones, pues las tierras indígenas no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas (salvo autorización de la CONADI y, aun así, con limitaciones), ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. Además, si las tierras son de propiedad de una comunidad indígena no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración, mientras que las de propiedad de personas naturales sólo podrán serlo por un plazo no superior a cinco años. Si las tierras adquiridas fueron mediante el fondo estatal creado por la ley, no pueden ser enajenadas por 25 años, salvo restitución de los fondos utilizados.

Excepcionalmente los titulares de dominio de tierras indígenas podrán constituir derechos reales de uso sobre determinadas porciones de su propiedad, en beneficio de sus ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, legítima o ilegítima, y de los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive, para los exclusivos efectos de permitir a éstos su acceso a los programas habitacionales destinados al sector rural.

Tema 5: Modos de adquirir el dominio

Generalidades

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

73.- (...) 1.- El título y el modo.-

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

Título es el hecho o acto jurídico que justifica la adquisición del dominio. Modo de adquirir es el hecho o acto jurídico que produce efectivamente la adquisición.

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

En la práctica, esta dualidad frecuentemente no es percibida con nitidez. Así acontece en el título masivamente empleado, la compraventa de muebles, que es consensual; el modo suele seguir tan inmediatamente al título, que casi se confunden: se produce acuerdo en la cosa y en el precio e inmediatamente la cosa vendida es entregada. Pero queda distinguida claramente en la compraventa de inmuebles, en la cual primero es celebrado el contrato por escritura pública y, posteriormente, cumpliendo el contrato, tal título es inscrito en el Registro inmobiliario; con ese acto de inscripción —forma en que es efectuada la tradición de inmuebles— es producida la transferencia del dominio.

Los títulos que habilitan para la posterior transferencia del dominio son llamados títulos traslaticios de dominio. Son innumerables, legalmente no tienen un número cerrado y pueden revestir la forma y características que acuerden los particulares. Generalmente adoptan la forma de contratos: compraventa, permuta, donación, aporte en propiedad a una sociedad.

Tal es el sistema denominado romano, del título y modo, o del efecto personal del contrato.

En su favor son aducidas las ventajas de publicidad en favor de terceros y de especificación en las obligaciones de género; la entrega material de la cosa objeto del contrato patentiza ante terceros la mutación del dominio, con lo cual éstos toman conocimiento de que el respectivo objeto ya no forma parte del patrimonio del tradente y, en cambio, pertenece al

adquirente, con todas las consecuencias que se derivan de tal circunstancia; y cuando de obligaciones de género se trata, la tradición permite especificar el objeto, exigencia indispensable para establecer el dominio, de manera que lo genéricamente debido quedará radicado definitivamente en la especie que el tradente entrega al adquirente. Ha sido destacado también que el fundamento del sistema, que trae estas ventajas, está en el carácter universalmente oponible del derecho real de dominio; al estar dotado de la virtud de poder ser opuesto a todo el mundo, ser respetado por todos, requiere de esta publicidad y especificación.

Tratándose de contratos que contienen obligaciones de género y que conducen a la transferencia del dominio (Pedro vende a Juan un caballo de su manada), la llamada especificación es sin duda una ventaja importante, que aparece precisamente como una debilidad del sistema consensual, pero no puede silenciarse que la pretendida publicidad que ofrece la tradición queda esfumada, al menos en gran medida, con la aplicación diaria de las tradiciones simbólicas (sobre las que se volverá pronto) (...).

2.- El solo contrato.-

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

(...) Una observación de ambos sistemas permite concluir: que en los ordenamientos europeos y latinoamericanos estos dos principales sistemas se han distribuido las preferencias y ninguno ha logrado imponerse; y que en su funcionamiento concreto ninguno mantiene su pureza en toda circunstancia. Así, en las legislaciones del efecto real del contrato debe recurrirse a un acto equivalente a la tradición cuando el contrato está referido a obligaciones de género o alternativas, en las que con el solo título no queda individualizada la cosa transferida; la especificidad del dominio requiere de un acto de "individualización" (o "determinación") de la cosa que ha de ser transferida y, aun, de un acuerdo real de transferencia. Y en el sistema de la dualidad, concretamente entre nosotros, hay situaciones en las que se llega a configurar una especie de efecto real del contrato, sobre todo en la transferencia de bienes incorpóreos; el autor del CC., apartándose del precedente romano, exigió tradición no sólo para el dominio, sino también para los demás derechos reales, y aun personales, originándose en ellos algunos inconvenientes (aunque la ley lo imponga, es difícil efectuar una auténtica tradición para transferir un derecho de usufructo sobre muebles, una herencia o de un derecho personal no documentado; se volverá luego sobre estas dificultades).

3.- La abstracción causal.-

Debe considerarse también la interesante alternativa adoptada por el Derecho alemán. Para la seguridad del tráfico, el cód. civil alemán introduce la abstracción, separando (o independizando) el modo del negocio causal (del título), intercalando —como un tabique—

el llamado "convenio traslativo abstracto". En la transferencia del derecho real por cierto que ha de existir un título (el que en la realidad es el acto causal, el contrato), que explica o justifica la transferencia; pero, con prescindencia de él la transferencia es efectuada por la concurrencia del convenio abstracto más la entrega o la inscripción. Y las iniquidades derivadas de las peripecias del título pueden ser corregidas mediante acciones fundadas en el enriquecimiento injustificado.

El convenio traslativo es el escueto acuerdo de transferir, entre el enajenante y el adquirente; es abstracto porque vale con prescindencia de su causa (del negocio causal); así, las vicisitudes que pueden acontecer al título (nulidad, resolución por incumplimiento, etc.) no afectan al (no influyen en el) convenio traslativo y, por tanto, en el traslado del dominio; la transferencia es mantenida (salvo extremas excepciones). Convenio traslativo abstracto más entrega (en los muebles), o convenio traslativo abstracto declarado ante el registrador más inscripción practicada por éste (en los inmuebles), transfieren definitivamente el derecho real (v., principalmente, arts. 925, 929 y 873 del cód. civil alemán).

El sistema, que no ha sido muy seguido, ha sido objetado; sobre todo porque los sistemas causalistas reflejan más la realidad de los negocios, que la comunidad considera siempre integrando una unidad, y porque solucionan con más equidad las dificultades derivadas de la falta de título justificante (o de las nulidades, resoluciones, etc.), en tanto que la atención al tráfico puede ser lograda con la protección a los terceros adquirentes de buena fe, como lo postula la protección al tráfico mediante la apariencia.

4.- El voluntarista (del *Common law*).-

(...) en el *Common law* ha sido entregada a la voluntad de las partes la determinación del acontecimiento por el cual es transferido el dominio (y, por tanto, el momento en el que se produce); si con la celebración del contrato, con la entrega o, aun, con el pago del precio. Si las partes no lo han dispuesto, predomina la conclusión (desde principios del siglo XIX) que es transferido con la celebración del contrato. (...)

D.- Derecho chileno (el sistema como proceso).-

Ya ha sido dicho: el nuestro es el del título y el modo.

Configuran el sistema, fundamentalmente, los arts. 588 que consigna los modos de adquirir, 670 que define la tradición y 675 que para la validez de la tradición exige un título traslativo de dominio válido. Pueden ser mencionados también los preceptos que disponen la forma como debe ser efectuada la tradición: principalmente los arts. 684 para los muebles (que incluye formas fictas) y 686 para los inmuebles (mediante la inscripción registral); y los textos que definen los principales títulos traslativos de dominio, como los arts. 1793 y 1897, conforme a los cuales el vendedor, el permutante, se obligan a dar la cosa; también es claro para este efecto el art. 1824 (la definición de la donación del art. 1386, que es otro destacado título traslativo de dominio, es justamente objetada por la impropiedad de su redacción a este respecto).

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

Por otra parte, dispuesto para la transferencia del dominio, en el CC. el sistema fue extendido a los otros derechos reales y aun a la transferencia de los derechos personales (cuando después de creados, el acreedor decide transferirlo); el art. 670, luego de definir la tradición, agrega "lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales". Con esa base general, en otros textos va quedando dispuesta la forma en que la tradición debe ser efectuada en cada uno (con algunas omisiones y dificultades, como se irá viendo). Esa secuela es iniciada con el dominio; en los muebles la tradición es efectuada por alguna de las formas consignadas en el art. 684 y en los inmuebles por inscripción conservatoria conforme al art. 686.

Hay también factores adicionales influyentes:

— En cuanto a las consecuencias de la ineficacia de los títulos el sistema es bastante sensible; las peripecias del título en buena medida repercuten en la tradición y, por tanto, en la transferencia. La nulidad del título anula la tradición y, así, la transferencia; la resolución, la resciliación, la revocación, la enajenación de un falso heredero, inciden también en la enajenación (con más detenimiento estas vicisitudes serán examinadas luego, en *infra* N° 73 *ter*, al confrontar el sistema con la protección del tráfico).

— En cuanto al Registro inmobiliario, tiene escasa legalidad y débiles legitimación y fe pública registral, como será sugerido pronto en *infra* N° 73 *ter* y precisado con pormenores al examinar el Registro.

(...) Esa constatación conduce a una duda frente a la voz "enajenación", que suele ser empleada en los textos legales. El problema surge, por ej., cuando hay que aplicar una prohibición de enajenar. Puede entenderse que hay enajenación y, por tanto, se incurre en la prohibición, cuando el proceso culmina, es decir, cuando ha sido efectuada la tradición; en esta alternativa, prohibida la enajenación, la cosa puede ser (válidamente) vendida (o donada, o aportada. etc.) sin incurrir en la prohibición. Pero si es enfatizado su carácter de proceso, puede estimarse que todo él está vedado; si está prohibido enajenar, está prohibido todo el proceso, desde el inicio; en esta alternativa ya con la venta ha comenzado a ser enajenada la cosa, ha comenzado a ser ejecutado lo prohibido y, por tanto, ya ella, la venta, sería nula; es lo que estimamos.

73 bis.- Claudicaciones del sistema.-

(...) a.- La ilusión del efecto personal en las tradiciones fictas.-

Para entender mejor los párrafos siguientes, tenemos que adelantar un par de cosas. Si bien el modo de adquirir tradición se asocia a la *entrega* de la cosa, el artículo 684 otorga la posibilidad de que las partes pacten hacer una tradición "ficta" o simbólica, donde a una determinada señal se le da el carácter de tradición (v.g., la entrega de las llaves del auto). Incluso, una práctica muy común es indicar en una cláusula contractual que la tradición se realiza por ese medio.

En primer lugar, lo que aquí será dicho excluye a los bienes raíces, pues el sistema registral de los inmuebles obliga a un tratamiento separado, al ser efectuada la tradición por una forma simbólica tan particular como es la inscripción, cuyas justificaciones escapan a las estrictas de un modo de adquirir.

Es fácil apreciar cómo la tradición real, efectiva (mano a mano), que mejor ofrece las ventajas posesorias y de publicidad de la tradición, tiene una aplicación reducida; no puede ser utilizada sino respecto de los objetos cuyas características físicas de peso y volumen permiten su entrega real por una persona a otra. Esto trae (y ha traído siempre) como consecuencia la aplicación frecuente de las formas simbólicas de tradición.

Pues bien, de las formas de tradición simbólica mencionadas en el art. 684 varias desvirtúan las justificaciones del efecto personal del contrato. Sólo mostrar la cosa de cuya transferencia se trata, o entregar al adquirente las llaves del lugar donde está guardada la cosa, no patentizan ante terceros en modo alguno una mutación en el dominio o posesión de la cosa tradida.

Pero si las observaciones precedentes pueden resultar discutibles, el efecto personal del contrato simplemente desaparece, no existe, en los dos últimos números, 4 y 5, del art. 684. La publicidad del traspaso es aquí completamente inexistente y sólo con concepciones muy abstractas de la posesión se le puede reconocer en estas situaciones. Estas formas fictas, al menos como están establecidas en nuestro texto, están consagrando un verdadero efecto real del contrato.

El N° 4 dispone que la tradición puede tener lugar "encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido". Por el tenor del precepto puede notarse que la tradición queda perfeccionada al "encargarse" uno... vale decir, queda efectuada al convenirse el "encargo", y no al cumplirse, esto es, al poner efectivamente la cosa en el lugar convenido; se trata de un mandato conferido por el adquirente al tradente, por el cual éste queda "encargado" de poner la cosa en el lugar convenido (...).

El N° 5 contempla las conocidas formas *traditio brevi manu* y *constituto posesorio*. Los propios términos de este número no dejan duda acerca de su significado para estas observaciones: a través de estas dos "formas de tradición" es concedido un efecto real al contrato; está dispuesto que la tradición es efectuada "por la venta, donación u otro título de enajenación..." y luego es añadido que también "por el mero contrato...". Y agréguese que aquí, a diferencia de la situación anterior, no es requerido otro pacto contractual además del título sino el solo título es suficiente, en términos que, dados los supuestos allí contemplados, el solo contrato transfiere el dominio (...).

b.- El efecto personal en las servidumbres.-

(...) Aquí el título y el modo aparecen formalmente dispuestos, pero la norma no pasa de ser un enunciado teórico para mantener el sistema.

El art. 698 dispone que "la tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato". Puede verse que se distingue entre el título (acto o contrato en que la servidumbre es constituida, cuando es creada por este medio) y el modo de adquirir (tradición). Pero esta tradición no queda diferenciada sustancialmente del contenido ordinario de un contrato; no es más que una estipulación (cláusula) en la que es formulada una declaración de traspaso, aquí llamada tradición, del derecho real de servidumbre; como si ello fuere poco, el propio precepto agrega que esa declaración puede ser incluida en el mismo acto en el que la servidumbre es constituida (lo cual ciertamente es muy práctico), con lo que hasta materialmente aparece en el acto constitutivo mismo (...).

c.- El efecto personal en la tradición del derecho real de herencia.-

Es (...) opinión predominante que la tradición de este derecho real es efectuada suficientemente por cualquier medio con el que sea significada la intención de transferirlo, entendiéndose como eficaz una simple declaración escrita de las partes, que ordinariamente es incorporada en el mismo título de traspaso —en la escritura pública de venta de la herencia o cuota hereditaria, por ej.— en la que es expresado que por ese acto es efectuada la tradición del derecho.

Así resulta, según ya fue adelantado, que la situación es como la de las servidumbres, y lo dicho allí tiene también validez aquí: sólo de manera formal y en las expresiones es mantenida la dualidad del título y el modo, pero también tratándose de la tradición del derecho real de herencia, al menos siguiendo la opinión mayoritaria, viene produciéndose un efecto real del contrato, el cual, él solo, transfiere el derecho real.

d.- El efecto personal y el dominio de los créditos.-

(...) Los arts. 699 y 1901 disponen una especial forma de efectuar la tradición de los créditos: por la entrega del título del cedente al cesionario. Siendo norma especial, podría entenderse que esa entrega debe ser física, material, mano a mano (como se trata de un documento, normalmente no habrá inconvenientes de peso y volumen); pero la jurisprudencia ha resuelto que procede también la entrega simbólica del título, en cuyo caso ya se llega a lo que antes ha sido anotado respecto de las tradiciones fictas. Más aún, hay sentencias en las que la entrega ha sido tenida por efectuada por la sola circunstancia de que en la escritura en que fue acordada la transferencia el crédito era descrito y era individualizada la escritura en la que el crédito constaba; en estos términos ya hay un efecto real del contrato.

Y la situación en la que el crédito que va a ser cedido no consta por escrito es aún más concluyente. Hay opinión que estima y fallos que han resuelto que la cesión de estos

créditos es admisible, agregándose que como en tales situaciones no es posible cumplir con la exigencia de la entrega del título (en el sentido de documento), entonces la tradición de ese crédito no documentado tendría que ser efectuada sólo por una declaración en tal sentido.

Como forma de efectuar la tradición esa declaración equivale —nuevamente— a conferir un efecto real al contrato por el que el crédito es cedido.

e.- Otros inconvenientes.-

1º.- El efecto personal y la teoría del riesgo.

En el Derecho de las obligaciones es conocida la crítica que es formulada al CC. cuando al tratar la denominada teoría del riesgo se acude al art. 1550. No es necesario hacer aquí ni siquiera una síntesis del cuadro doctrinario en el que emerge la disposición aludida; tan sólo mencionaremos el punto concreto en que incide y que ocasiona la grave incongruencia lógica y de equidad, frente al efecto personal del contrato.

El conflicto está centrado fundamentalmente en la obligación de dar una especie o cuerpo cierto que perezca fortuitamente en los contratos bilaterales. El principio rector, tenido como la buena doctrina, es que el riesgo de una cosa debe ser soportado por su propietario: "las cosas perecen para su dueño" (*res perit domine*). Nuestro art. 1550 prescribe que "el riesgo de cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor...". Ahora bien, cuando de deudas de transferir el dominio se trata, en nuestro sistema el acreedor (de la cosa) es quien conforme al título adquirirá cosa; y es acreedor desde que el título está perfeccionado; así, conforme al texto, desde entonces está soportando el riesgo de la cosa cuya entrega le deben; y como, según el efecto personal del contrato, para que el dominio efectivamente sea trasladado debe esperarse a que sea efectuada la tradición, resulta que el acreedor está sufriendo el riesgo sin ser todavía dueño. Entre nosotros se tiene por establecida, como explicación de esa anomalía, la circunstancia de haber sido tomado el precepto del código francés, en donde la regla resulta adecuada por la vigencia allí del principio del efecto real del contrato, con el cual el acreedor, desde la celebración del contrato traslativo de dominio, es ya propietario.

Sea como fuere, el cuadro lógico del efecto solamente personal del contrato en nuestro Derecho está en franco conflicto con el precepto que regula, en calidad de norma general, el problema del riesgo en las transferencias de especies o cuerpos ciertos.

Puede sí replicarse que la colisión no es producida por el efecto personal del contrato sino por el contenido del art. 1550, que constituye (se tiene por seguro) un manifiesto error del codificador, que olvidó aquí adaptar la regla de su modelo, para quedar congruente con el sistema adoptado, distinto del que aquel acogió; se añade que bastaría una (breve) modificación legal del precepto citado para salvar el inconveniente. De todas formas, hasta ahora el conflicto se mantiene y es uno más según seguiremos viendo.

La explicación de Peñailillo es la tradicional, pero hay autores como Guzmán Brito que han sostenido que no se trató de un error del codificador (hay gente que le celebra todo a Andrés Bello,

y le da un carácter de infalible). Sostienen que, bajo la concepción de la obligación contractual desde el modelo unilateral de la *stipulatio* romana, la regla del artículo 1550 no sólo se justifica, sino que es la opción correcta. El hecho que el modelo de la obligación unilateral haya sido sobrepasado en la práctica, hace que, en cualquier caso, la regla siga siendo anómala para la generalidad de las relaciones contractuales.

2º.- La dualidad título y modo en el contrato real.

El sistema de la dualidad queda quebrado también cuando entra a funcionar con ciertos contratos reales. Como es sabido, por nuestro art. 1443, "el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere". Es sabido igualmente que la expresión "tradición" no es aquí del todo apropiada, porque ciertos contratos reales, como el comodato, no persiguen la transferencia del dominio de la cosa (dada en comodato), por lo que más adecuadamente debe emplearse la expresión "entrega". Pero hay algunos contratos reales, como el mutuo —para mayor claridad piénsese en el mutuo de cosas fungibles que no sean dinero— en que la entrega sí constituye propiamente tradición; hay transferencia del dominio de la especie mutuada (arts. 2196, 2197).

Ahora bien, como según el precepto citado el contrato real queda perfecto con la entrega, antes de dicha entrega no hay contrato; y, efectuada, queda el contrato plenamente configurado. Con restricción a los contratos reales en que esa entrega es tradición (como el mutuo, el llamado depósito irregular), resulta que el sistema de la dualidad se rompe porque en tales situaciones aparece una tradición sin título precedente (...) porque, como se ha dicho, y lo dispone el art. 1443, antes de la tradición no hay contrato (...).

74.- Clasificaciones.-

En la doctrina han sido formuladas varias clasificaciones de los modos de adquirir. Conviene reparar en que algunas no recaen en el modo sino en el título que le precede.

a.- Originarios y derivativos. El modo es originario si permite adquirir el derecho independientemente del derecho de un antecesor; así ocurre en la ocupación, la accesión, la prescripción (aunque la calificación de esta última ha sido discutida, como se verá al tratarla). El modo es derivativo si por él es adquirido el derecho que es traspasado de otro titular (que, por tanto, es el antecesor); pertenecen a esta clase la tradición y la sucesión por causa de muerte.

La distinción tiene importancia para determinar el alcance y características del derecho del adquirente. Si el dominio fue adquirido por un modo originario, para constatar la existencia y calidad del derecho bastará examinar el acto o hecho que configura el modo, y la cosa sobre la que recae. En cambio, si ha sido adquirido por un modo derivativo será preciso además examinar los derechos que tenía el antecesor, pues "nadie puede transferir más derechos que los que tiene". Si por ej. el tradente no era dueño de la cosa cuya tradición efectúa, no adquiere dominio el adquirente (art. 682); igualmente, si la cosa soportaba un derecho real restringido el adquirente (o el heredero, en la sucesión por causa de muerte) la adquiere con tal restricción.

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

c.- Por acto entre vivos y por causa de muerte. El modo es de una u otra clase si para que funcione presupone o no la muerte del titular del derecho. La clasificación es configurada debido a la existencia de un modo de adquirir denominada precisamente, sucesión por causa de muerte.

d.- La gratuidad y la onerosidad. Suele aplicarse a los modos de adquirir la clasificación de actos en gratuitos y onerosos; es añadido que la distinción es formulada según si significan o no una contraprestación pecuniaria para el adquirente; y se concluye que la ocupación, la accesión, la prescripción y la sucesión por causa de muerte son modos gratuitos y que la tradición, por su especial naturaleza, tiene un carácter que lo determina el título que le sirve de antecedente; si ese antecedente es un acto gratuito (como una donación), será un modo a título gratuito, y si es un acto oneroso (como una compraventa), lo será a título oneroso (v. *infra* N°s. 94 y 95).

Estimamos que los modos de adquirir son ajenos a esa calificación. Desde luego, ella se refiere a actos jurídicos, y ocurre que algunos modos (como la accesión) ni siquiera están constituidos por actos. En definitiva, y tal como es percibido claramente en la tradición, es el título el que tendrá una u otra calificación.

(...)

76.- En la adquisición puede actuar sólo un modo.-

Aunque resulta evidente, los tribunales han debido precisarlo: no es posible adquirir un bien por dos o más modos. La aplicación de uno de ellos hace innecesario (más aún, ineficaz) otro (así como no puede hacerse lo hecho, tampoco puede adquirirse lo ya adquirido). Las sentencias han debido formular esa declaración en situaciones en las que, ante el riesgo de que la existencia o validez de un modo determinado pueda ser objetada el litigante aduce otro, a mayor abundamiento o en subsidio; por ej., es afirmado haber adquirido por sucesión por causa de muerte y por prescripción).

77.- La exigencia del título en todos los modos de adquirir.-

Es claro que cuando de la tradición se trata, es exigido un título traslativo de dominio (art. 675). Y precisamente por eso y por la frecuencia de su aplicación práctica es que impone la característica de la dualidad título-modo en nuestro sistema de transferencia de

bienes. Pero la necesidad de título precedente ha sido discutida cuando intervienen los otros modos de adquirir.

Ha sido sostenido que es también necesario. Aun cuando no hay preceptos que lo establezcan para los demás modos, es así por varias disposiciones entre ellas relacionadas, principalmente los arts. 703 y 951 y sgts. El primer texto dispone que la ocupación, accesión y prescripción son títulos constitutivos de dominio, y el último, que cuando se adquiere por sucesión por causa de muerte el título es el testamento o la ley, según si la sucesión sea testamentaria o intestada. En los modos ocupación, accesión y prescripción —es sostenido, sin más explicaciones— el título está confundido con el modo.

En contra, ha sido sostenido que el título se exige sólo cuando interviene la tradición, como lo dispone expresa y excepcionalmente el art. 675. Cuando el art. 703 menciona los títulos constitutivos, calificando así a los tres modos de adquirir mencionados, los está refiriendo no al dominio sino a la posesión; allí son títulos para poseer (cuando, por falta de requisitos u otras circunstancias, no funcionan como modos de adquirir el dominio). Si fuere rechazada la existencia de estas dos funciones diferentes entendiéndose que siempre la ocupación, accesión y prescripción son título y modo, se llegaría a la incongruencia de que quien comienza a poseer sería ya dueño. Es lo que estimamos.

Al parecer la polémica no ha producido consecuencias prácticas de importancia, y los tribunales no han tenido apropiadas oportunidades para dirimirla.

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

78.- Descripción general.-

En un sentido jurídico amplio hay ocupación cuando alguien aprehende una cosa mueble con ánimo de dueño (se apropia de ella). Con esta aprehensión es adquirida la posesión de la cosa; y para que sea adquirido el dominio es necesario que la cosa sea susceptible de propiedad privada y que actualmente carezca de dueño (que sea *res nullius*). Si la cosa tiene dueño, la aprehensión, que confiere al ocupante la posesión, puede conducir al dominio mediante otro modo de adquirir: la prescripción adquisitiva.

La ocupación es, pues, constitutiva de dominio; implica adquisición sin enajenación; y natural e históricamente es, como puede percibirse, anterior a todos los otros modos de adquirir. Por eso es que la ocupación es considerada el primero y natural modo de adquirir la propiedad, aun cuando, en otro sentido, la supone.

Teóricamente la ocupación puede ser aplicada a toda clase de bienes, muebles e inmuebles (en los inmuebles no se trataría exactamente de aprehensión sino de instalación o "toma"), pero los textos legales suelen reducirla a los muebles. Es lo que ocurre en el Derecho chileno (conforme al art. 590).

Aun cuando en los títulos siguientes los modos regulados son (al inicio) definidos, el art. 606 no define ocupación; sólo fija su ámbito de aplicación. Con base en el conjunto de disposiciones puede entenderse por ocupación un modo de adquirir el dominio de las cosas que carecen de dueño, mediante su aprehensión material con la intención de adquirirlas, siempre que la adquisición no esté prohibida por las leyes ni por el Derecho internacional.

78 bis.- Estructura y aplicación.-

Sustancialmente es una aprehensión con ánimo de dueño. Y para ser aplicado (al menos entre nosotros) deben cumplirse otras exigencias.

A.- Que la cosa carezca de dueño (art. 606). Las cosas carecen de dueño (llamadas *res nullius*) porque nunca lo han tenido o porque, habiéndolo tenido, han dejado de tenerlo.

— No han tenido dueño los animales bravíos o salvajes (art. 608), los productos naturales que arroja el mar (art. 624), las cosas comunes a todos los hombres (aun cuando estas últimas cosas en su totalidad no pueden ser apropiadas, parece no haber inconveniente en que pueda ser apropiada una parte de ellas).

— Han tenido dueño y han dejado de tenerlo las que su dueño ha abandonado (llamadas *res derelictae*); el tesoro (que será examinado más adelante), los animales domesticados desde que recobran su libertad.

Tal como fue advertido, en el Derecho chileno no son ocupables los inmuebles porque no los hay sin dueño; conforme al art. 590, si no hay dueño privado, el suelo nacional pertenece al Estado (sobre los bienes públicos y la procedencia de la reivindicación y de las acciones posesorias por parte del Estado, v. *supra* N° 49, B., final).

B.- Que su adquisición no esté prohibida por las leyes chilenas o el Derecho internacional (art. 606).

(...) El Derecho internacional actual contiene muchas reglas restrictivas para las actividades de pesca y caza, que van en conveniente aumento por explicaciones de conservación ambiental; también para los estados de guerra.

Por su parte, el código incluye normas generales sobre pesca y caza que son especificadas en la legislación especial. Esta legislación también ha venido aumentando por explicaciones económicas y, sobre todo, ecológicas.

C.- Que la cosa sea aprehendida. La aprehensión es el hecho en que consiste la ocupación. Implica atraparla lográndose un contacto físico del ocupante con la cosa ocupada, que la deja a su merced.

(...) la aprehensión puede ser real o presunta. Es presunta la que, sin consumarse en atrapamiento, con su actividad el sujeto logra tener la cosa a su merced, controlada o gobernada. Queda especialmente configurada en la caza. Es secular el ejemplo del cazador que ha herido gravemente a un animal, lo sigue y el animal no puede ya escapar; se entiende cumplida la aprehensión, aun antes que se haya consumado materialmente, por lo que no podría otro cazador apoderarse de esa presa durante la persecución (...) El CC. incluye esta modalidad de aprehensión en la caza, relacionándola con la propiedad del predio (art. 617).

Debido a esta exigencia de aprehensión material se tiene entendido que sólo pueden adquirirse por ocupación las cosas muebles corporales, ya que las cosas incorpóreas no pueden ser objeto de aprehensión material (...) [Además, para que sea ocupable un derecho (cosa incorpórea) tendría que ser concebido sin dueño; será de los que han tenido dueño y han dejado de tenerlo; y eso tendría que ocurrir por una renuncia (equivalente al abandono) del titular; y ocurre que con la renuncia, si es derecho real, ha quedado extinguido y con su elasticidad el dominio se expande a su inicial potencia, y si es personal también ha quedado extinguido y el deudor liberado.

D.- Que haya ánimo de adquirir la propiedad. La intención de apropiarse de la cosa es también indispensable. La aprehensión debe efectuarse con la conciencia de adquirir la cosa para sí. Por una parte, una cosa puede ser aprehendida sin ánimo de retenerla para sí; y, por otra, a nadie puede serle incorporada (incrustada) una cosa en su patrimonio contra o sin su voluntad.

(...) De ahí que los dementes y los infantes no pueden adquirir por ocupación. (...)

79.- Ocupación de cosas animadas.-

(...) Para efectos de su ocupación, el CC. distingue y define tres clases de animales, según el sometimiento al control humano: bravíos (o salvajes), domésticos y domesticados (art. 608). Según el art. 623 los domésticos están sujetos a dominio, aunque se tornen fugitivos; pero pueden tornarse en bravíos (conforme al citado art. 608).

Así, sólo pueden adquirirse por ocupación los bravíos (art. 607).

En cuanto al momento en que se entiende que el cazador o pescador se apoderó del animal y lo ha hecho suyo por ocupación, tal como ya fue sugerido a propósito del concepto de aprehensión, el CC. dispuso reglas (art. 617):

- Cuando lo ha tomado materialmente (hay aprehensión material).
- Cuando lo ha herido gravemente (en los términos del art. 617).
- Cuando el animal ha caído en trampas o redes (en los términos del art. 617).

Además, el código contiene un conjunto de normas sobre pesca y caza, en las que esas actividades son relacionadas con la propiedad de los inmuebles en los que se desarrollan y, en la pesca, con los ambientes de mar, ríos, lagos (arts. 607 al 623). (...)

80.- Ocupación de cosas inanimadas.-

La invención o hallazgo es definida como "una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie adquiere su dominio apoderándose de ella" (art. 624).

(...) **A.- Invención o hallazgo de cosas muebles que nunca han tenido dueño.** "De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras sustancias que arroja el mar, y que no presentan señales de dominio anterior" (art. 624 inc. 2). Son las genuinas *res nullius*, cosas que nunca han tenido dueño y de las que se apropia el primer ocupante, aprehendiéndolas con ánimo de hacerlas suyas (...).

B.- Invención o Hallazgo de cosas muebles que no tienen actualmente dueño, pero antes lo tuvieron. El art. 624 agrega que "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".

Son cosas muebles cuyo dominio abandona el propietario porque quiere desprenderse de ellas, separándolas de su patrimonio. Abandonadas con esta intención dejan las cosas de ser suyas desde el instante del abandono; son las llamadas *res derelictae*; en el CC. esta variedad de cosas sin dueño está incluida en las *res nullius* y podrán ser ocupadas por otro si se apodera de ellas con ánimo de hacerlas suyas (para el abandono como causa de extinción del dominio v. *supra* N° 65, b.).

(...) A veces el desprendimiento no es voluntario, y aún puede producirse contra la voluntad del propietario. No deben considerarse sin dueño (abandonadas) las cosas que el propietario se ve en la necesidad de alejarlas por ciertas circunstancias; aparte de la específica y legendaria situación del art. 624: "no se presumen abandonadas por sus dueños

las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave", en general, no han de tenerse por abandonadas las cosas que el dueño deja en la vía pública o aun en lugar privado, por incendio, inundación u otro siniestro de su inmueble. (...)

En esas situaciones no habrá adquisición por ocupación; no hubo extinción del dominio; la cosa tiene dueño.

80 bis.- Tesoro.-

El código (...) lo define: "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).

Los términos de la definición requieren de algunas observaciones.

a.- Ciertamente se trata de cosas muebles (...).

Una mina (de oro, plata u otro metal calificado de precioso) evidentemente no es un tesoro; el yacimiento es suelo, es parte del planeta (v. *supra* N° 25, B.).

b.- Monedas y joyas han sido los objetos que tradicionalmente constituyen el contenido de un tesoro (...)

c.- (...) una característica esencial del objeto es la preciosidad; los objetos han de merecer la calificación de "preciosos". Por la definición y el sentido general, la preciosidad habrá de ser entendida principalmente en el sentido de valor económico, pero la belleza integra también el concepto y generalmente irán unidos. Con todo, siendo predominantes los objetos con esa característica, si en el conjunto hay otros que dudosamente la ostentan o carecen de esa virtud, no parece justificado excluirlos.

Con esos caracteres, objetos de solo valor histórico, arqueológico, científico, religioso, no constituyen un tesoro.

Esta apreciación de Peñailillo es muy cuestionable y no tiene mayor sustento en el texto legal. Además, es inconsistente. Una vez que se dice que el valor económico no es lo único que debe ser tomado en cuenta, no hay razones para considerar la "belleza", pero excluir al valor histórico o científico.

d.- Debe tratarse de objetos elaborados por el hombre. Nuevamente, no son tesoro las minas, los minerales y demás productos naturales. (...)

e.- Es necesario que las monedas, joyas u otros efectos preciosos hayan estado sepultados o escondidos (...).

f.- La ocultación debe ser por largo tiempo. Parece un arbitrio fijar un lapso mínimo; los usos y la materia de la que se trata, considerando la mediana duración de la vida humana, indicarán cuándo ya es largo tiempo; el mínimo de un largo tiempo es distinto hoy que en tiempos de la Colonia (chilena) o en la Edad Media. Pero que el tiempo sea largo no parece

lo decisivo sobre todo por lo relativo de esa característica; más bien es un factor que ayuda a disipar la duda de extravío.

g.- La elaboración por el hombre indica que los objetos tuvieron dueño (...). Pero, para ser los objetos calificados de tesoro se requiere que no haya memoria ni indicio del dueño. El texto se muestra exigente a este respecto; exhibe preocupación por un posible dueño; no basta que no haya memoria, que parece referirse a datos más o menos precisos; es también necesaria la falta de indicio, que designa a antecedentes algo más difusos (v. a este respecto los arts. 627 y 628). (...)

h.- Ya se ha dicho que la ocultación no ha de ser fortuita, sino un acto humano, deliberado (los objetos no quedaron tapados, ocultos, por un vendaval u otro hecho natural); pero el descubrimiento puede ser fortuito o producto de una búsqueda (...).

Esto tampoco parece tener mayor sustento. Si la cosa ha estado oculta por largo tiempo, al punto que no hay indicio o memoria de su dueño, no se advierte cómo podría determinarse (o porqué sería relevante) la razón de su ocultamiento.

(...) j.- Para determinar a quién pertenece el tesoro (conforme al art. 626) hay que incorporar el factor del dominio del suelo; hay que distinguir si lo ha descubierto el dueño del suelo o un extraño.

Si lo ha descubierto el dueño, es de él; la mitad a título de propietario, y la otra mitad a título de descubridor.

Si es descubierto en suelo ajeno deben ser distinguidas dos situaciones:

Si el descubrimiento es producido por búsqueda efectuada contra o sin la voluntad del dueño, el tesoro pertenece al propietario del suelo. Así, por ej., si alguien sin el consentimiento del dueño excava en un predio al que simplemente se introduce, o que ha tomado en arriendo, comodato, etc., y encuentra un tesoro, no tendrá parte alguna en él; será del dueño del predio; la ley dispone "En los demás casos, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno".

Si el descubrimiento ha sido fortuito o es el resultado de búsqueda efectuada con la autorización del dueño, se divide por iguales partes entre el descubridor y el dueño del suelo (art. 626).

(...) l.- Está regulada también la situación de quien mediante excavación pretende retirar de suelo ajeno dinero o alhajas que asegura pertenecerles (arts. 627 y 628 y Ley de Monumentos Nacionales).

80 ter.- Especies al parecer perdidas.-

A.- Las reglas y las fuentes.

La cosa mueble extraviada no deja por eso de pertenecer a su dueño; no es una *res nullius*. El extravío es distinto del abandono; la ha perdido y mantiene su propiedad. Quien la

encuentre no puede adquirirla por ocupación, en su variedad invención o hallazgo; la ocupación supone ausencia de dueño.

(...) Encontrada por alguien una especie al parecer perdida debiera desatarse un procedimiento para el intento de restituirla al dueño y algo decidir si no aparece; y la generalidad de las legislaciones lo contempla; también el CC. (arts. 629 a 634).

El art. 629 dispone que "si se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida, deberá ponerse a disposición de su dueño; y no presentándose nadie que pruebe ser suya, se entregará a la autoridad competente, la cual deberá dar aviso del hallazgo en un periódico del departamento, si lo hubiere, y en carteles públicos que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo. El aviso designará el género y calidad de la especie, el día y lugar del hallazgo".

Tal como la mayoría de los códigos civiles, antiguos y recientes (con la notable excepción del código francés, como se dirá pronto), el CC. destina normas para las especies al parecer perdidas; están ubicadas en el título de la ocupación (arts. 629 a 631). Esas normas han sido complementadas con reglas establecidas con posterioridad mediante leyes especiales. Debe ser mencionada especialmente la Ley de Rentas Municipales (especialmente los arts. 44 y 45; v. también los arts. 448 y 494 del CP.). (...)

B.- La relación con la ocupación y el concepto.

La ocupación sólo permite adquirir especies que carecen de dueño, sea porque nunca lo han tenido (*res nullius*), o porque han sido abandonadas por su dueño (*res derelictæ*). En cambio, las "especies al parecer perdidas" (y las "náufragas") son cosas que sí tienen dueño actual (aunque su identidad sea ignorada).

Tal como ya quedó insinuado en la referencia a las fuentes, generalizadamente la regulación de las especies al parecer perdidas ha sido vinculada a la ocupación; así (...) la solución que en ocasiones ha sido adoptada para su destino, consistente en que, luego de alguna gestión, ciertas legislaciones han permitido que el hallador adquiera la cosa por ocupación.

(...) Como síntesis de esas predominantes exposiciones, se entiende por especies al parecer perdidas las que, teniendo dueño, presentan signos en sus características o en las circunstancias en las que están, conducentes a la convicción de que su propietario las ha extraviado.

(...) lo que constituye la sustancia del hallazgo es la toma o apoderamiento de la cosa por el que ahora puede ser llamado "hallador".

(...) D.- Los efectos.

(...) Ya se ha dicho que el código incluye esta situación en la ocupación. En términos generales, en los arts. 629 y sgts. el Derecho chileno está plegado al procedimiento y reglas sustantivas mencionadas.

Aun no presentándose el dueño, el hallador no puede adquirir la cosa; debe entregarla a la autoridad, la Municipalidad correspondiente, la que debe dar aviso del hallazgo.

Reclamándola su dueño le será restituida deducidas las expensas y un premio de salvamento para el hallador; quién puede optar entre éste o la recompensa por el hallazgo que hubiere ofrecido el dueño; de lo contrario, es enajenada en pública subasta. Subastada será tenida como irrevocablemente perdida para el dueño (en virtud de su demora puede considerarse un abandono). Si el hallador hubiere omitido las diligencias que ordena la ley, pierde su porción en beneficio de la Municipalidad y queda sujeto a la acción de perjuicios y, según las circunstancias, a la pena de hurto (hipótesis que corresponde al tipo de "hurto de hallazgo" contemplado en el art. 448 del CP.).

80 quáter.- Especies náufragas.-

Conforme al art. 635, son llamadas especies náufragas los objetos que proceden de una nave que naufraga, consistentes en los fragmentos de ella, efectos pertenecientes al aparejo o carga y las cosas que son arrojadas al mar para aliviar la nave en una emergencia (como el temor de naufragio, intento de apresamiento, etc.).

Estas cosas no son *res nullius* ni *res derelictae*. El dueño (o su representante en la nave) se ha desprendido de ellas, pero no para eliminarlas de su dominio sino forzado por las circunstancias.

En el CC. las reglas están en los arts. 635 a 639. Distinguiéndolas de las *res derelictae*, el art. 624 dispone que "no se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave..." Entonces, no pueden ser adquiridas por ocupación en su variedad invención o hallazgo; y es así sea que hayan sido salvadas en el mar o que sean recogidas en la playa.

Tampoco son cosas extraviadas; al menos inicialmente (...) Según las citadas reglas, quienes vean o sepan de tales especies "denunciarán el hecho a la autoridad competente, asegurando entretanto los efectos que sea posible salvar para restituirlos a quien de derecho corresponda". No pueden ser ocupadas porque tienen dueño. Y agrega que "los que se los apropiaren, quedarán sujetos a la acción de perjuicios y a la pena de hurto". (...) También deben ser consideradas las normas para restos náufragos contenidas en la Ley de Navegación (DL. 2.222, D.O. de 31 de mayo de 1978, especialmente arts. 132 a 141) y los Tratados Internacionales.

80 quinter.- Captura bélica.-

(...) Las normas que un Estado destine a situaciones de guerra deben ser cotejadas con las contenidas en Tratados internacionales que el respectivo Estado tenga suscrito con otros (por lo mismo, el estudio de este capítulo pertenece al Derecho internacional). (...) Como otros de su tiempo, el CC. contiene también unas pocas reglas sobre la llamada captura bélica (arts. 640 a 642). (...)

Accesión

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

81.- El principio de la accesoriedad y descripción general del modo.-

(...) El código define la accesión como "un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella" (art. 643).

(...) conviene desde luego mencionar principios directrices de la regulación de las diversas formas de accesión en el Derecho contemporáneo, que imperan con diversa intensidad según las modalidades.

En primer lugar, por cierto, debe ser mencionado el de la accesoriedad; lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessio cedat principali* o *accessorium sequitur principale*) que trae consigo de inmediato la tarea de decidir, en cada situación —como se dijo— el criterio que ha de adoptarse para definir qué es lo principal y qué lo accesorio (el valor, la función, etc.).

Acompañada esa regla de una actitud protectora del suelo, de ella surge otra máxima; "lo que está en la superficie accede al suelo" (*superficies solo cedit*). Con dilatada presencia histórica y decisiva influencia en muchos estatutos, es sabido que por obra de varios factores (entre ellos el progreso tecnológico) ha ido quedando debilitada su importancia, aunque (...) debe advertirse que no es más que un derivado, una concreción del principio anterior, que considera al suelo un factor que, si está presente, ha de ser tenido como el bien principal (...).

Del concepto emergen las dos clases de accesión reconocidas por el CC.: la accesión de frutos y la accesión continua. Están referidas a situaciones bien distintas y tienen —al menos según algunas opiniones, como se irá viendo— diverso fundamento.

La accesión de frutos queda configurada al formarse una cosa (nueva) de un cuerpo (que suele llamarse "cosa madre"), mediante nacimiento o producción (así, hasta el desprendimiento, sea natural o artificialmente, la cosa nueva —el fruto— constituye una prolongación de la cosa madre). En cambio, la continua resulta de la unión (o agregación) de dos o más cosas que, luego de unidas, forman un todo indivisible.

(...) Sobre el fundamento de este modo hay al menos dos proposiciones doctrinarias.

Sin distinciones, ha sido sostenido que toda accesión está fundada en el principio de la accesoriedad, con algunas adaptaciones según la variedad de que se trate en una situación concreta.

En cambio, es postulado que cada una de las dos especies de accesión tiene su propio fundamento. La accesión discreta en el derecho de propiedad, ya que lo nuevo es emanación o expansión de la cosa dominada. La continua estaría justificada por una consideración práctica y otra racional (o jurídica). La práctica consistiría en la ventaja que implica atribuir la propiedad a una persona (el dueño de la cosa principal) en lugar de constituir copropiedad (calificada de antieconómica, lo que es una opinión), concediendo

una compensación económica a quien pierde lo suyo (por equidad y por respeto asimismo al derecho de propiedad). La consideración racional (o jurídica) consistiría en que, "cuando la unión de las cosas es entera y completa, una y otra han desaparecido, puesto que han perdido su individualidad anterior" en términos que lo adquirido sería una (*res nova*) cosa nueva. Es lo que preferimos.

Cuando en la accesión la doctrina examina su naturaleza jurídica a lo que se refiere es a determinar si se trata verdaderamente de un modo de adquirir, que crea una relación jurídica nueva, o es sólo la manifestación de un atributo o extensión del dominio, que simplemente prolonga o expande una (sola) situación jurídica, la propiedad.

1º.- Ha sido propuesto que toda accesión, sea de frutos o continua, constituye un modo de adquirir. Dados los supuestos, el dominio del nuevo objeto es adquirido por el favorecido conforme a la norma aplicable. Parece ser la actitud del CC.

La objeción más frecuentemente presentada es la ausencia de voluntad, que debe concurrir en todo modo (...) Sin embargo, es posible matizar el rigor de esta crítica al constatar que muchas situaciones de accesión reconocen un derecho de opción al eventual nuevo propietario (en cuyo caso sí hay voluntad del adquirente). (...) Todavía puede replicarse que no en todos los modos es indispensable la voluntad; no en la ley y tampoco en la sucesión cuando es intestada (...).

2º.- En contra, ha sido postulado que nunca es un modo de adquirir. Toda accesión es una simple facultad o extensión del dominio. En una el dominio es extendido a los frutos; en la otra, a los aumentos que recibe la cosa. (...) También aquí quedan algunos extremos discutibles. No siempre la cosa accesorio pierde su individualidad; al menos en virtud de las normas del CC. hay situaciones en las que aun pudiendo separarse las cosas opera la accesión por consideraciones económicas o de conveniencia social. (...)

82.- A.- Accesión de frutos. a.- Concepto, caracteres y crítica. b.- Fruto y producto.-

a.- Concepto, caracteres y crítica.-

(...) Históricamente parece que la noción jurídica de fruto emerge de la producción natural; vegetal o animal. Es la base del concepto; independiente de cualquier actividad humana para producirlo. Y entonces son caracteres, además de la naturalidad, la periodicidad y la reproducibilidad. Esta última característica implica que está destinado a reproducir la cosa madre, de modo que pueda sustituirla cuando ella deje de existir (así con la semilla y el parto del animal).

Pero el desarrollo de la economía va imponiendo una extensión del concepto.

— Una primera expansión es producida dentro del mismo ámbito natural; se fue estimando fruto no sólo lo que la cosa produce con aquellos caracteres, sino también todo lo que produce la cosa, aunque sea solamente con alguno de ellos, con valor económico; al concepto le es incrustado el valor económico. En el árbol, son considerados desde luego los frutos propiamente, pero también las flores, las ramas de la poda, el abono en que quedan convertidas las hojas. En un sentido específico, ya no importa que los frutos no

reproduzcan la cosa madre; hojas, ramas, lana, leche, que no contienen la reproducibilidad, son considerados frutos.

Hasta ahí, todavía el carácter esencial del fruto es la producción natural; es fruto la rama o las hojas, pero no el árbol abatido, que da leña, ni el animal muerto que da carne.

(...) — Una expansión más trascendental en el concepto es producida sobre la base de ir enfatizando en el fruto el rédito económico más que la producción natural, evolución que culmina en lo que hoy llamamos fruto civil; utilidad que la cosa produce por efecto de un negocio o una relación jurídica manteniéndola propia. Si primero ese rendimiento era asimilado a fruto, finalmente fue incorporado al concepto.

(...) — La aludida noción de fruto civil conduce a la conveniencia de distinguir el fruto de otras utilidades de la cosa. El concepto "utilidad" es aún más amplio que el de fruto. No toda utilidad que proporciona una cosa es fruto; habitar una casa, pasear en un jardín, son utilidades, pero no frutos (...).

— Para distinguir la noción de fruto de otras utilidades de la cosa han sido formulados algunos criterios, que funcionan aislada o acumulativamente: periodicidad, separabilidad, reproducibilidad.

La periodicidad está incluida en la noción de fruto natural y es reflejada también en la noción de rédito, que da la idea de cosa que se repite o renueva; la tardanza del regreso es muy variada; y el lapso puede ser muy extenso (como la "cosecha" de árboles en un bosque destinado a ser talado).

La separabilidad (material o jurídica), por la cual el fruto puede constituir objeto de relaciones jurídicas distintas sin destruir la cosa madre. En el fruto natural se aprecia claramente (los frutos del árbol, la leche del animal, etc.), y por eso no es fruto el crecimiento natural del animal o de la planta (...).

La reproducibilidad conduce a concluir que no hay fruto al extirpar una página de un libro o una parte de un trozo de metal; más bien es división o destrucción de la cosa. Por esto es que un amplio sector doctrinario repudia la calificación de fruto a la extracción de minerales (lo que compartimos). (...)

— Entonces la noción más compreensiva y actual es la de rédito; pero de rédito normal. Aquellos (tres) caracteres —por demás nunca exigidos con rigor extremo— parecen estar siendo sustituidos por el de "rédito normal".

Normalidad es distinto de regularidad. Regularidad significa conforme a una regla; normalidad —al menos como aquí es considerado el concepto— significa producción conforme al destino de la cosa. (...)

Los frutos naturales son cosas corporales; los civiles son incorporeales, concretamente derechos personales (créditos).

(...)Está regulada en los arts. 644 a 648, bajo el epígrafe "De las Acciones de Frutos".

b.- Fruto y producto.-

El código declara que "los productos de las cosas son frutos naturales o civiles" (art. 643).

(...) a.- Ha sido sostenido que la proposición del código "no es rigurosamente exacta, porque si bien todo fruto propiamente dicho es un producto de la cosa, no todo producto es fruto, cuando se trata de derechos constituidos a favor de otra persona que el dueño". Así, hay una relación de género a especie; producto es el género. Son productos "todas las utilidades o provechos que se sacan de una cosa, sea que se reproduzcan o no, nazcan y renazcan o no"; en cambio los frutos son "productos periódicos de la cosa, que se reproducen generalmente todos los años o en determinados períodos de tiempo".

b.- Otra alternativa en esta relación entre fruto y producto (la inversa) es la consignada en un antiguo (y citado) fallo de la Corte Suprema, que resuelve que la calidad de fruto no atiende al aumento o disminución de la cosa principal; que en nuestra legislación el producto queda incluido en el concepto de fruto (y que, por tanto, el caliche minero es fruto).

c.- Preferimos otra comprensión, que es la generalizadamente compartida. No hay una relación de género a especie; son conceptos distintos. Es "fruto" lo que una cosa da periódicamente y sin alteración sensible de su sustancia; es "producto" lo que una cosa da con disminución de su sustancia sin periodicidad (como los minerales de un yacimiento).

(...) No parece aceptable que los productos queden comprendidos en la regulación de la accesión de frutos, porque al definirla el texto dispone que es "un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce", y lo que una cosa da sin periodicidad o con detrimento de su sustancia, no es "producido" por ella; el llamado producto es la explotación o consumo de la cosa misma.

(...) Hay preceptos que imponen la distinción, como los arts. 537 y 784, aunque a veces sin la debida claridad. La primera de estas reglas se refiere a los frutos de los que debe deducirse la décima que corresponde, como remuneración, al tutor o curador; excluye de dichos frutos "las materias que separadas no renacen, ni aquellas cuya separación deteriora el fundo o disminuye su valor"; pero agrega: "sin embargo, al producto de las canteras y minas". La segunda se refiere a la "disminución de productos" al tratar las minas en materia de usufructo.

Por cierto, la discrepancia tiene consecuencia práctica (por ej., cuando un acuerdo determina que a alguien le son concedidos "los frutos" de un objeto).

83.- Clases de frutos.-

El art. 643 dispone que "los frutos son naturales o civiles".

En la doctrina nacional suele formularse la clasificación de los frutos en naturales, industriales y civiles, diferenciando los naturales de los industriales en atención a si se producen espontáneamente o si con predominio del trabajo o industria humanos. Pero el

código no introduce esta diferencia y somete los frutos naturales y los llamados industriales a las mismas reglas (v. art. 644).

84.- 1. Frutos naturales. a.- El concepto. b.- Estados en que pueden encontrarse. c.- Momento en que opera el modo.

a.- El concepto.-

Según el art. 644 "se llaman frutos naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana".

Para el concepto hay que tener presente los caracteres de periodicidad y conservación de la sustancia de la cosa de la que emanan.

El precepto comprende a los frutos naturales propiamente tales, que da la cosa espontáneamente, y —como se dijo— a los denominados "frutos industriales", que produce con la ayuda de la industria humana (como el vino, algunos aceites, los populares "jugos" cuando en medida significativa provienen de fruta).

b.- Estados en que pueden estar.-

El art. 645 define tres estados en que pueden estar los frutos naturales: pendientes, percibidos y consumidos. En virtud de esta regla "se llaman pendientes mientras que adhieren todavía a la cosa que los produce (...), percibidos son los que han sido separados de la cosa productiva (...) y se dicen consumidos cuando se han consumido verdaderamente o se han enajenado".

(...) c.- Momento en que opera el modo.-

(...) opera en el instante de la separación; al ser separado el fruto, el dueño de la cosa que lo ha gestado (la cosa madre) es dueño del fruto por el modo accesión. (...)

85.- 2. Frutos civiles. a.- El concepto. b.- Estados en que pueden encontrarse.-

a.- El concepto.-

El art. 647 declara que "se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido".

Puede verse que la regla sólo menciona ejemplos, sin proporcionar un concepto.

Pueden ser definidos como la utilidad equivalente que el dueño de una cosa obtiene al conferir a un tercero el uso o goce de ella.

Representan los frutos que el dueño habría obtenido si hubiera explotado personalmente la cosa, de manera que no han sido producidos por la cosa misma, sino con ocasión de ella.

Consisten en créditos, siendo denominados frutos sólo en sentido figurado (ficticio), puesto que para el propietario reemplazan a los frutos naturales.

En cuanto a los ejemplos que menciona la regla: recuérdese que en el arrendamiento, el código llama también precio a lo que generalmente es llamada renta (el art. 1917 dispone que llámase renta cuando el precio es pagado periódicamente; y a la renta el art. 1944 la

llama "pensión periódica"); el canon es el rédito que produce el capital acensuado (art. 2022); los capitales exigibles (que generan los intereses), son aquellos transferidos, pero que deban ser reembolsados; y los capitales impuestos a fondo perdido (que generan intereses) los transferidos sin obligación de reembolso.

b.- Estados en que pueden estar.-

Según el art. 647 inc. 2º "se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos, desde que se cobran". (...)

86.- El dominio de los frutos.-

Los arts. 646 y 648 regulan esta materia. El primero dispone que "los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario" (parece claro que la enumeración no es taxativa). El segundo aplica la misma regla a los frutos civiles.

En definitiva, los frutos de una cosa pertenecen a su dueño, siempre que esté radicada en él la facultad de goce del dominio. Si está radicada en un tercero, pertenecerán a éste. Este derecho puede corresponder a otra persona ya sea por disposición de la ley o por un hecho voluntario del propietario. (...)

88.- B.- Accesión continua.-

Es llamada también "por incorporación" o "unión" o "accesión propiamente tal". Según el art. 643 "es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que se junta a ella". (...)

Se distinguen las siguientes clases: 1.- accesión de inmueble a inmueble; 2.- accesión de mueble a mueble; 3.- accesión de mueble a inmueble (para la reserva legal en la creación de estas hipótesis v. *supra* N° 81, que incide, por ej., en los llamados "rellenos", que no parecen quedar incluidos en ninguna de las situaciones contempladas y que serán examinados a continuación).

89.- 1.- Accesión de inmueble a inmueble.- A.- Aluvi3n. Los "rellenos". B.- Avulsión. C.- Mutaci3n de 3lveo o cambio de cauce. D.- Formaci3n de nueva isla. E.- Las accesiones del suelo y el Registro.-

El c3digo se refiere a ella como (en plural) **accesiones del suelo**; tambi3n es llamada **accesión natural**. Est3 regulada en los arts. 649 a 656.

A.- Aluvi3n (arts. 649 a 651).-

"Se llama *aluvión* el aumento que recibe la ribera de la mar o de un r3o o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas" (art. 649).

El terreno de aluvi3n que, en t3rminos inmediatos, es producido por el lento e imperceptible retiro de las aguas, mediatamente es producido por aumento del terreno riberano debido al arrastre de sedimento que se va depositando en las riberas,

especialmente en los recodos o "meandros" (...). Es el genuino aluvión. Pero pueden colaborar una disminución del caudal (o masa de agua si es mar o lago) y leves cambios del trayecto del cauce (...).

La sustancia del concepto está constituida por el retiro del agua, el cual, según la regla, debe reunir fundamentalmente dos requisitos:

a.- El retiro de las aguas ha de ser lento e imperceptible.

(...) Es claro entonces que no constituye aluvión el retiro repentino (y, por lo mismo, perceptible) de las aguas.

(...) b.- Debe ser definitivo.

Si no fuera definitivo el terreno desocupado alternativamente forma parte del lecho del mar, lago o río, según corresponda. El texto lo establece con claridad; "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" (art. 650 inc. 2º).

(...) En cuanto a la pertenencia del terreno aluvial, cumpliéndose con los requisitos mencionados "el terreno de aluvión accede a las heredades ribejanas dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua; pero en puertos habilitados pertenecerá al Estado" (art. 650). Son, pues, las líneas de demarcación proyectadas al mar, río o lago, las que determinan la parte del terreno descubierto que corresponde a cada propietario riberano; cada uno tendrá la extensión que quede comprendida entre sus líneas limítrofes (...). "siempre que prologadas las antedichas líneas de demarcación, se corten una a otra, antes de llegar al agua, el triángulo formado por ellas y por el borde del agua accederá a las dos heredades laterales; una línea recta que lo divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de intersección hasta el agua, será la línea divisoria entre las dos heredades" (art. 651).

(...) El dominio del terreno generado por **rellenos** que la obra humana ejecuta en la ribera de mar, río o lago merece una referencia especial.

El llamado relleno es ejecutado para variados objetivos; eliminar hondonadas para mejor tránsito, mejorar productivamente superficies bajas que ocasionalmente quedan inundadas, etc. Habitualmente son ejecutadas por el dueño de la superficie a rellenar o por su encargo. Las que provocan conflicto de dominio son las efectuadas en riberas marítimas, fluviales o lacustres generalmente con el fin de conquistar nueva superficie sólida.

(...) Para la pertenencia, en primer lugar debe ser formulada una constatación: no hay una norma que resuelva, al menos expresa y directamente, la interrogante sobre el dominio del nuevo terreno. (...) estimamos que en el relleno no hay aluvión, por lo que no es aplicable (al menos directamente) esta modalidad de la accesión como modo de adquirir el dominio.

Con todo, conviene añadir todavía una observación. Se dijo que en el aluvión el nuevo terreno accede a las heredades ribejanas y, por tanto, accede al dominio de los respectivos

propietarios; así, fue descartada la alternativa de que perteneciere al Estado, no obstante que el lecho sobre el que se generó el terreno aluvial es un bien público.

(...) En conclusión, no se detecta una norma que expresa y directamente solucione la interrogante de la pertenencia del suelo resultante de un relleno en lechos del mar, de un río o de un lago. Conforme al examen normativo descrito, si hay que decidir, y admitiendo la duda, con base en esta última regla (el art. 602) estimamos que el nuevo terreno pertenece al Estado; y la duda (al menos) disminuye si la obra fue ejecutada sin permiso de la autoridad.

Peñailillo obtiene esta conclusión de un análisis de varias normas (que no se estimó pertinente transcribir aquí), pero en la práctica, debe considerarse que la principal dificultad aquí es de fiscalización. Sólo rellenos de un tamaño significativo podrán dar lugar a un conflicto entre privados. En los casos de obras públicas de envergadura (por ejemplo, construcción de un nuevo puerto), se busca usualmente una solución de derecho público.

B.- Avulsión.-

Conforme al art. 652 del código "Sobre la parte del suelo que por una avenida o por otra fuerza natural violenta es transportada de un sitio a otro, conserva el dueño su dominio, para el solo efecto de llevársela; pero si no la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio a que fue transportada".

(...) En cuanto a la pertenencia del terreno el art. 652 dispone que el dueño de la parte de suelo transportado, conserva su dominio "para el solo efecto de llevársela"; pero agrega "si no la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio a que fue transportada".

(...) El art. 653 trata la situación de inundación; "si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas dentro de los cinco años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños" (originalmente el plazo era de diez; fue reducido por el art. 1º de la Ley 6.162, de 28 de enero de 1938).

(...) La posesión del terreno inundado ha terminado con la inundación, quedando interrumpido (en interrupción natural) el cómputo del plazo de la prescripción si el poseedor no era dueño; es una hipótesis de interrupción natural conforme al art. 2502, según el cual "la interrupción es natural: 1. 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".

Conforme al art. 653 *a contrario sensu* transcurridos cinco años sin que las aguas se retiren, el dominio del titular de ese sector de suelo quedó extinguido; ha caducado por disposición especial de la ley. Entonces, si las aguas se retiran después de los cinco años, conforme al art. 590 ese suelo es del Fisco (sin perjuicio de que un particular pueda entrar en su posesión y pueda llegar a ganarle al Fisco por prescripción). (...)

C.- Mutación de álveo o cambio de cauce.-

Las reglas están en los arts. 654 y 655.

(...) Si el río transcurre por un predio y cambia dentro del predio, no hay problema (...) Si el río era divisorio y cambia, las reglas comprenden dos situaciones: el cambio de cauce y la división del caudal en dos brazos que no vuelven después a juntarse.

1º.- El río cambia de cauce.-

(...) Según el art. 654 "si un río varía de curso, podrán los propietarios ribeños, con permiso de autoridad competente, hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce".

Procede reconocer este derecho también a los dueños de los predios en que el río ha formado su nuevo cauce, pues asimismo pueden tener interés en restituir las aguas al cauce acostumbrado.

La ley no ha impuesto plazo durante el cual pueden ser ejecutadas las obras. Ha sido postulado que deberán ser emprendidas dentro del año, pues pasado este tiempo los ribeños podrían impedir las con una querrela posesoria.

(...) En cuanto a la propiedad de los terrenos descubiertos, evidentemente, sólo existirá atribución de propiedad si nada se hizo o cuando el intento no pudo evitar la modificación del cauce.

A este respecto, la primera regla está en el art. 654, al final del inc. 1º, cuando dispone que "la parte de éste (del cauce) que permanentemente quedare en seco, accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión en el caso del artículo 650". Se aplica al caso en que el río se cargue a una de las riberas, dejando la otra en seco.

La segunda regla, contenida en el art. 654 inc. 2º, es aplicable a la situación en que el río cambie completamente de curso: "concurriendo los ribeños 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, como en el caso del mismo artículo (650)". Vale decir, se traza una línea a lo largo del antiguo cauce, para separar los terrenos correspondientes a los propietarios de las distintas riberas y, a continuación, se proyectan las líneas de demarcación hasta ella, tal como si se tratara de terrenos de aluvión.

Si el cauce original no ha sido completamente abandonado, quedando aún caudal ocupando el antiguo cauce, es aplicable la regla del inc. 1º del art. 654; el terreno seco de cada lado de la ribera será adquirido respectivamente por cada propietario ribeño.

2º.- El río se divide en dos brazos que no vuelven a juntarse.-

El art. 655 dispone que "si un río se divide en dos brazos, que no vuelven después a juntarse, las partes del anterior cauce que el agua dejare descubiertas accederán a las heredades contiguas, como en el caso del artículo precedente". Es decir, son aplicables las reglas ya vistas para la situación anterior.

Aquí también pueden efectuarse, con permiso de la autoridad competente, las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce.

Al no volver a reunirse los brazos no queda formada una isla. Los riberanos del sector que quede descubierto tendrán derecho a esa zona como en el aluvión; al suelo descubierto en medio del río deberá aplicarse la regla del art. 654 inc. 2º, dividiéndolo mediante una línea longitudinal; y luego son aplicadas las normas del aluvión.

D.- Formación de nueva isla.-

(...) Conforme al art. 656, para que sea producido un efecto en la titularidad es necesario que la isla esté formada en ciertos ríos o lagos, y con carácter definitivo.

a.- Debe tratarse de ríos o lagos no navegables por buques de más de cien toneladas.

En su inicio el art. 656 dispone que es aplicable a las "islas que no hayan de pertenecer al Estado según el artículo 597", y este precepto dispone que "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, pertenecerán al Estado" (como puede percibirse, este dominio del Estado deriva de la sola disposición de la ley).

b.- La isla ha de tener carácter definitivo.

Este requisito es deducido de la regla 1ª del art. 656: "La nueva isla se mirará como parte del cauce o lecho, mientras fuere ocupada y desocupada alternativamente por las aguas en sus creces y bajas periódicas, y no accederá entre tanto a las heredades riberanas". Ese carácter es materia de hecho, en la que será útil la prueba pericial.

Para determinar la pertenencia de la isla hay que distinguir las siguientes situaciones:

a.- La isla es formada por abrirse el río en dos brazos que vuelven a juntarse.

En esta situación es aplicable la regla 2ª del art. 656, según la cual 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 artículo 654". El art. 655 excluye de su ámbito las islas formadas por la división de un río en dos brazos que vuelven después a juntarse; sin embargo, esta regla 2ª (al igual que el art. 655) se remite al art. 654, como si se tratase de un cambio de cauce, aplicándose, en definitiva, las reglas del aluvión para los terrenos descubiertos. Puede estimarse que, al igual que en toda otra mutación de álveo, los riberanos perjudicados por la división del río pueden, con permiso de la autoridad, intentar restituir las aguas a su cauce acostumbrado.

b.- La isla es formada en un río.

Aquí es aplicable la regla 3ª del art. 656, que está referida a dos situaciones, según si toda la isla está o no más cercana a una de las riberas. Para descubrirlo hay que trazar una línea imaginaria por el medio del cauce del río; ahí se verá si toda la isla queda en uno de los sectores divididos por la línea o es que parte de ella queda más cercana a uno de los sectores y parte al otro.

En la primera situación, "la nueva isla que se forme en el cauce de un río, accederá a las heredades de aquella de las dos riberas a que estuviere más cercana toda la isla; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación prologadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella" (art. 656 inc. 1º regla 3ª).

No pertenece, pues, por partes iguales a los propietarios riberaños, sino que (al igual que en las hipótesis de aluvión) debe dividirse conforme a las líneas de demarcación de los distintos sitios. Y si las líneas de demarcación de uno de los sitios se cortan antes de llegar a la isla, entonces ésta accederá a las heredades laterales conforme al art. 651.

En la segunda, "si toda la isla no estuviere más cercana a una de las dos 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" (regla 3ª inc. 2º). Entonces, habrá sectores de la isla que corresponderán a propietarios riberaños de ambas riberas. Es por esto que se contempla el inc. 3º, según el cual "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". (...)

Nótese que la expresión es impropia. No hay comunidad sobre la isla; el terreno *que hubiera sido común*, se divide en partes iguales.

c.- La isla es formada en un lago.

Aquí es aplicable la regla 6ª del art. 656, según la cual "a la nueva isla que se forme en un lago se aplicará el inciso 2º de la regla 3ª precedente; 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".

Ha sido sostenido que esta regla de exclusión es arbitraria; y tendría por fundamento la inconveniencia que resultaría de dividir en muchas fracciones una isla pequeña que se ha formado mucho más cerca de unas riberas del lago que de otras.

Con esta regulación pudiere acontecer que ninguna de las heredades esté a la distancia exigida para tener participación en la división de la isla; en tal situación estimamos que la isla será del Estado, conforme al art. 590.

Una vez formada, la isla constituye un predio independiente; esta premisa explica las reglas 4ª y 5ª del art. 656.

La regla 4ª dispone que "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 riberañas como si ella sola existiese". Una isla antigua, pues, no es considerada ribera para efectos de la accesión. Con esta regla se ha querido evitar que dueños de islas preexistentes pretendan tener derecho a la nueva isla porque sus islas están más cerca de ella que heredades riberañas.

Por su parte, la regla 5ª dispone que "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". En consecuencia, si un propietario riberano adquirió una isla por encontrarse más cercana a su heredad, aun cuando los aumentos que reciba la isla lleguen a cruzar la línea imaginaria que divide el cauce del río, los propietarios de la ribera opuesta no pueden pretender derechos sobre tales aumentos.

Por otra parte, ha sido postulado que esta regla es aplicable no sólo al aumento por aluvión, como la norma expresa, sino al aumento que por cualquier causa reciba la isla;⁹²⁹ así lo estimamos también (para aumentos artificiales, v. "rellenos", *supra* N° 89, 1., A.).

E.- Las accesiones del suelo y el Registro.-

En las accesiones de inmueble a inmueble conviene una referencia a la situación registral.

(...) Como la adquisición ha sido producida mediante el modo de adquirir accesión, la primera conclusión es que la inscripción registral no será necesaria en su rol de tradición porque, como también ya ha sido dicho, sólo es posible adquirir por un solo modo; en otros términos, funcionando un modo, quedan desplazados los demás, pues no puede adquirirse lo ya adquirido; en la situación que nos ocupa, la adquisición ya se produjo por el modo accesión.

Pero pudiere ser conveniente inscribir, recordando los otros roles que cumple la inscripción.

Para estos efectos procede examinar sucesivamente las diversas formas de accesión de inmueble a inmueble que ya han sido mencionadas.

En cuanto al aluvión: producido el aumento de suelo por el lento e imperceptible retiro de las aguas (con las demás exigencias anteriormente anotadas) podría pretenderse registrar el aumento. Hasta entonces, el Registro da cuenta de un predio con cierta superficie y deslinde; en el título y en la inscripción probablemente dirá que, en ese flanco —aludido con el respectivo punto cardinal— el predio deslinda con tal río, tal lago o con el mar; tal vez con cierta forma precisa graficada en un plano. Ahora la superficie ha aumentado; la forma o contorno del predio en esa zona ha quedado alterada; el deslinde (con el río, lago o mar) permanece.

En cuanto a la avulsión: vale lo dicho para el aluvión, sólo que —como ya se dijo— si el suelo transportado al predio quedó posado en la superficie y entonces no alteró los confines, no se justificaría la actividad registral ni sería posible.

En cuanto a la mutación de álveo o cambio de cauce: se aplica otro tanto respecto del terreno descubierto.

Y en cuanto a la formación de nueva isla, por su natural individualidad, aquí parece más claro que, aunque no para la adquisición del dominio, sería posible y necesaria una inscripción para adquirir los beneficios de la posesión inscrita y conveniente para los demás objetivos del Registro; y sea que se trate de un dueño de toda la isla o de varios que la

dominan por secciones; nótese que en esta última situación se trata de una comunidad *prodiviso*: cada uno es dueño exclusivo de su parte deslindada (y téngase en cuenta lo que antes fue dicho sobre el carácter de predio independiente de la isla formada).

Respecto a la práctica del asiento registral, para incluir el aumento de suelo en el Registro, frente a la alternativa de una inscripción, estimamos que (salvo en la isla) lo procedente es una subinscripción al margen de la existente; se trata de un aumento de la superficie del predio, no de un nuevo predio.

Para la nueva isla, como hemos sostenido que se trata de un nuevo predio, lo procedente es su inscripción (a nombre de quien adquirió por accesión), no una subinscripción.

(...) **90.- 2.- Accesión de mueble a mueble. A.- Adjunción. B.- Especificación. C.- Mezcla.-**

Está regulada en los arts. 657 a 667.

En síntesis, se trata de actividades que, a partir de cosas de distintos dueños, producen un nuevo objeto, cuyo dominio debe determinarse, y que es atribuido mediante el modo de adquirir accesión. Y es una actividad del hombre (no surge de hecho natural).

Se distinguen tres clases: adjunción (arts. 657 a 661), especificación (art. 662) y mezcla (art. 663).

A.- Adjunción.

Está regulada en los arts. 657 a 661.

Ha sido dado el nombre de adjunción a la unión o incorporación, por un hecho del hombre, de una cosa mueble a otra cosa mueble de distinto dueño.

El CC. dispone que la adjunción "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 separada" (art. 657).

(...) Por otra parte, el concepto requiere que pueda "subsistir cada una después de separada"; es decir, que luego de la separación cada una pueda mantener su identidad. A este respecto procede la misma observación recién formulada: si las cosas no pudieren subsistir, si al separarlas perdieren su identidad, parece razonable concluir que igualmente (o con mayor razón) hay adjunción.

Así, las características de posibilidad de separación y eventual posterior individualidad, deben entenderse en función de distinguir la adjunción de las otras modalidades de accesión mobiliaria: de la especificación (que supone transformación para obtener un artefacto distinto) y de la mezcla (en la que resulta una tercera cosa, perdiendo cada una su individualidad).

(...) Junto a la firmeza física de la unión, hay otros factores que también han de ser considerados, como la dificultad o carestía del procedimiento para la separación. El detrimento que pueda provocar la separación (en uno o en ambos objetos) no parece ser

decisivo, aunque ciertamente es un factor destacado para la conclusión. La circunstancia de que la separación no causaría detrimento alguno tiende a conducir al rechazo de la adjunción, pero no necesariamente es así. La falta de detrimento sí es síntoma de la debilidad de la unión. Por otra parte, pudiere acontecer que la separación produzca algún detrimento, pero, si es menor, igualmente podría concluirse en la separación. En todo caso, junto a las posibilidades de reemplazo, el factor del deterioro ha conquistado rango en una regla especial (el art. 664).

Relacionando nuestros arts. 657 y 664, habrá adjunción si, uniéndose dos cosas muebles, no pueden ser separadas sin deterioro o cuando una de ellas sea fungible y pueda fácilmente reemplazarse por otra de la misma calidad, valor y aptitud (aunque de hecho puedan separarse fácilmente).

Conviene reparar en que, conforme al texto, se trata de una fungibilidad subjetiva. El art. 664 dispone que es "al dueño" a quien debe parecer que la cosa es fácilmente reemplazable por otra de la misma calidad, valor y aptitud (sobre las clases de fungibilidad, v. *supra* N^{os}. 29, 30 y 31).

(...) El art. 658 dispone que "en los casos de adjunción, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni 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" (manifestación directa, como puede verse, del principio de la accesoriedad).

Para aplicarlo es indispensable que, por una parte, no haya conocimiento y que no haya mala fe, por la otra. Si aquél cuya materia usó otra persona tuvo conocimiento de este uso, se presumirá que ha consentido con él y el dominio (de la materia) habrá pasado a quien efectuó la unión por otro modo de adquirir: la tradición.

Si el que hace u ordena hacer la unión procede de mala fe, no hará suya la cosa por aplicación de la adjunción; perderá lo suyo y deberá indemnizar los perjuicios que haya causado.

La mala fe aquí consiste en la convicción de que no se tiene derecho a utilizar la cosa, sea porque no se es dueño o porque no se tiene poder suficiente para el efecto.

Conforme a los textos, las exigencias para la adjunción son: a.- la unión de cosas muebles; b.- pertenecientes a distintos dueños; c.- cada cosa de las unidas debe conservar su identidad; d.- ausencia de conocimiento de la unión por ambos o por alguno de los dueños.

Establecido que hay adjunción, y, por tanto, accesión, debe determinarse el desenlace: a quién pertenecerá la cosa resultante. Para la solución, por cierto, el texto aplica una vez más el principio rector: lo accesorio sigue la suerte de lo principal (art. 658). Pero lo aplica con exigencias agregadas.

Ahora queda por determinar cuál de las cosas unidas es la principal y cuál la accesoría. Para este efecto, el código implanta tres reglas, en las que dispone sucesivamente los criterios que deben ser considerados:

Primera: la estimación. "Si de las cosas unidas, la una es de mucho más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal y la segunda como lo accesorio" (art. 659).

Hay que determinar el significado del término "estimación". Considerando el contenido del inc. 2º del art. 659 podría entenderse que aquí está definida la estimación: el valor de afección. Pero no es éste el sentido que debe darse al inc. 2º; ahí sólo está quedando precisado, como una situación particular, que un "gran valor de afección" constituye "más estimación". Salvo esta situación particularmente regulada, la estimación es el valor venal, de mercado. En el *Diccionario* de Escriche se consigna este mismo significado.

Puede llegar a presentarse la situación de hecho de que se enfrenten un valor de afección con un gran valor venal. Por la redacción del texto, pareciere que siempre el valor de afección prevalece, pero pudiere ser admisible una conclusión diversa en casos de un valor venal extremadamente elevado.

Téngase presente que este criterio del valor tiene una fuerza atenuada. Para que se aplique (y no se transite al siguiente), no basta cualquier diferencia de valor, por leve que sea; debe ser significativa ("mucho más", lo que es reafirmado en la regla siguiente). Si hay diferencia, pero leve, ha de aplicarse la regla que sigue.

Segunda: la función relativa. "Si no hubiere tanta diferencia en la estimación, aquella de las dos cosas que sirva para el uso, ornato o complemento de la otra, se tendrá por accesorio" (art. 660).

Con frecuencia existirá una coincidencia de resultado entre los dos criterios (valor y función).

Nótese que esta segunda regla es aplicable si no hay "tanta diferencia"; evidentemente, queda incluida la situación en que simplemente no hay diferencia.

Tercera: el volumen. "En los casos a que no pudiere aplicarse ninguna de las reglas precedentes, se mirará como principal lo de más volumen" (art. 661).

Es posible que con estos criterios no se logre solución. Una alternativa es concluir que entonces no hay accesión. Parece razonable concluir que el juez decidirá, considerando la fe del que unió las cosas y la utilidad de la cosa resultante.

B.- Especificación.

Está regulada en el art. 662.

Es la confección de una nueva especie con materia que no pertenece al artífice; es lo que puede ser desprendido del art. 662, cuando dispone que "se verifica cuando de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera".

La objeción común para considerarla accesión es que en ella no hay unión de cosas, sino transformación de materia por medio de trabajo, en la que el trabajo accederá a la materia o la materia al trabajo, según cuál de los dos sea calificado de principal.

La transformación puede o no ser definitiva, según si la materia pueda volver o no a su antigua forma, en lo que influye la naturaleza de la materia y la consistencia de la transformación; pero la ley parece no tomar en consideración esta circunstancia.

(...) Para que se configure es necesario que concurren: a.- una materia cualquiera; b.- una actividad o industria humana en ella, de alguien que sea el dueño; c.- la producción de una nueva especie, como resultado de aplicar la actividad en la materia ajena.

(...) Sobre el segundo elemento, la materia ajena, no debe restringirse el concepto al sentido económico de "materia natural", como viene de la naturaleza; debe entenderse en un sentido amplio, en el que queda incluida cualquier cosa susceptible de ser transformada.

En cuanto a la producción de una nueva especie, surge la dificultad de definir la intensidad o magnitud de la transformación para concluir que ha aparecido una nueva cosa. Estimamos que la función es decisiva; el nuevo objeto ha de tener una función propia, distinta a la que tenía la materia transformada, que ha de ser objetivamente establecida. Una nueva denominación puede constituir sólo un indicio.

En otro sentido, la especificación supone una relación entre dos partes (cada una de las cuales puede estar integrada por una o varias personas): el dueño de la materia especificada y el especificador. Y cada parte puede ser (o estar constituida por) personas naturales o jurídicas; y eso es posible aun tratándose del especificante, pues no es necesario que la obra sea ejecutada personalmente (como lo reconoce el inc. final del art. 662).

(...) El CC. (recogiendo la solución del código francés) prefiere la industria cuando la materia es transformada en objetos de mucho mayor valor, pero optando, como regla general, por la propiedad de la materia empleada por el artífice de buena fe y sin conocimiento del propietario. El art. 662 inc. 2º dispone: "no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dueño de la materia tendrá derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura". Opcionalmente, el art. 665 le permite pedir la restitución de otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud o su valor en dinero.

Para la aplicación de esta regla (al igual que en la adjunción) se requiere que no haya conocimiento por una parte, es decir, por el dueño de la materia. Si tuvo conocimiento, se presumirá haber consentido en la hechura y sólo tendrá derecho al valor de la materia suya (art. 666).

Se requiere, además, que no haya mala fe por parte del especificante, es decir, que haya procedido en la convicción de que la materia era suya.

Por esto, el que ha hecho uso de la materia ajena sin conocimiento del dueño y sin justa causa de error estará sujeto a perder lo suyo y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño (art. 667). En definitiva, se exige que el artífice proceda de buena fe y que haya podido razonablemente creer que la materia era suya o, al menos, que tenía derecho a usarla (se trata, pues, de un error excusable).

El código contempla una excepción: si el artífice ha procedido sin justa causa de error, pero el valor de la obra excede notablemente al de la materia, corresponderá a él el dominio de la nueva especie, salvo que haya procedido a sabiendas.

Si el precio de la nueva especie es de un valor mucho mayor que el de la materia, entonces ésta accederá al trabajo. El art. 662 inc. 3º dispone como excepción al principio general la situación en que "en la obra o artefacto el precio de la nueva especie valga mucho más que el de la materia". La apreciación acerca del predominio de uno u otro elemento de la especificación dependerá, en definitiva, del criterio del juez.

Cuando el valor de la nueva especie es mucho mayor que el de la materia (y, por tanto, la nueva especie pertenecerá al especificante), el dueño de la materia tendrá derecho a la indemnización.

Entre nosotros, las obras del ingenio (obras artísticas, literarias) están comprendidas en el art. 662 inc. 3º —ya comentado—, siempre que sean cumplidos los presupuestos de dicha disposición. En tal situación, el dueño de la materia sólo tiene derecho al valor.

Como ya se dijo, si el artífice procedió sin justa causa de error, pierde lo suyo y será obligado además a pagar el valor de los perjuicios irrogados al dueño de la materia; a menos que el valor de la obra excediere notablemente al de la materia, en cuyo caso no tendrá lugar lo recién dicho, salvo que haya procedido a sabiendas.

Finalmente, puede ocurrir que la materia sea sólo en parte ajena y en parte propia del que hizo la obra o la mandó hacer. En esta situación, el código atiende a si pueden o no separarse sin inconveniente. Si pueden separarse sin inconveniente no habría en realidad una nueva especie; cada propietario conservaría su dominio y podría pedir su separación. Se aplican en este caso los principios generales del dominio o de la adjunción.

Si la separación sin inconveniente no es posible, se trata de una hipótesis de especificación (art. 662 inc. final) y 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". Esta disposición abandona la regla general que establece que el dueño de la materia puede reclamar la especie pagando la hechura porque hay, en definitiva, dos dueños parciales de la materia.

C.- Mezcla

Está regulada en el art. 663.

(...) Con la base del texto y prescindiendo de la diferencia de dueños, es la unión de dos o más sólidos o líquidos que forman un objeto o sustancia distinto a ellos, dejándolos irreconocibles.

A diferencia de la especificación, en la que hay sólo una materia más trabajo humano, aquí hay dos materias o sustancias. Y, a diferencia de la adjunción, en la que las cosas permanecen distintas y reconocibles, aquí las materias o sustancias pierden su identidad y quedan, por tanto, irreconocibles.

El art. 663 dispone: "si se forma una cosa por *mezcla* de materias áridas o líquidas, pertenecientes a diferentes dueños, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dominio de la cosa pertenecerá a dichos dueños proindiviso, a prorrata del valor de la materia que a cada uno pertenezca" (más adelante será examinado el inc. 2°).

La mezcla puede ser efectuada con la voluntad de los propietarios de las materias o sin ella; en esta última situación, la mezcla puede tener lugar por el hecho de uno de los propietarios, por un hecho casual o por el hecho de un tercero.

Si se trata de una mezcla convenida (no sólo consentida, en cuyo caso —como se dirá— surge el efecto del art. 666), la cosa pertenecerá a todos en proporción al valor de la materia que respectivamente les pertenezca, salvo lo previsto en la convención; es lo que se puede desprender atendiendo a las atribuciones del dominio, la autonomía de la voluntad y aun con base en la regla antes citada. Estimamos que la misma solución procede si la mezcla fue hecha casualmente o por un tercero, sin intervención de los propietarios de las respectivas materias; el producto será común.

El art. 663 se refiere a la situación en que uno de los propietarios realiza una mezcla con materias ajenas. La regla general es la comunidad, siempre que sean cumplidos los supuestos de los que parte (supuestos comunes a las tres clases de accesiones de muebles). Es necesario que no se haya tenido conocimiento del hecho por una parte, porque, si tuvo tal conocimiento, se presume haber consentido la mezcla (y entonces el efecto es el que dispone el art. 666). Es necesaria la ausencia de mala fe; el que hace uso de una materia sin justa causa de error (que en varios capítulos el código asimila en sus efectos a la mala fe) está sujeto a perder lo suyo y debe además los perjuicios irrogados al dueño (art. 667, con las prevenciones de un valor notable de la obra y de haberse procedido "a sabiendas").

La regla general indicada tiene una excepción en el inc. 2° del art. 663: "A menos que el valor de la materia perteneciente a uno de ellos fuere considerablemente superior, pues en tal caso el dueño de ella tendrá derecho para reclamar la cosa producida por la mezcla, pagando el precio de la materia restante".

Aquí opera la accesión, con el valor como factor o criterio dirimente; el dueño de la cosa principal, de considerable mayor valor, tiene el derecho a reclamar la cosa producida, pagando el valor de lo que no le pertenecía.

Dos observaciones surgen del texto. La primera es que la disposición otorga sólo un derecho al propietario; no está obligado a tomar la cosa producida por la mezcla (si no la toma, hay que entender que podrá pedir el valor). La segunda es que debe precisarse la naturaleza del valor de que se trata; en principio, la referencia al valor habrá de ser entendida en su sentido económico (de mercado), pero no parece descartable la consideración de un valor de otra naturaleza (como el religioso, de afección, etc.); y la magnitud de la superioridad del valor tendrá que ser definida por el tribunal.

Tiene, además, el derecho contemplado por el art. 665, en virtud del cual podrá pedir que se le restituya otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, o su valor en dinero (debe tenerse presente también lo dispuesto en el art. 662 inc. final).

91.- 3.- Accesión de mueble a inmueble. A.- Edificación y plantación o siembra. B.- Suceso que produce la adquisición.- C.- La llamada accesión invertida.-

Las reglas están consignadas en los arts. 668 y 669.

A.- Edificación y plantación o siembra.-

Es denominada también accesión "industrial", porque es debida a un hecho humano; aunque la plantación y siembra pueden ser calificadas de accesiones mixtas, porque en ellas intervienen la naturaleza y la industria humana.

Bajo el título "De la accesión de las cosas muebles a inmuebles", el código regula las situaciones de edificación y plantación o siembra, sometidas a unas mismas reglas (arts. 668 y 669). El art. 668 inc. 3º hace aplicable el texto a las tres situaciones, y el art. 669 está redactado en tales términos que no queda duda de su común aplicación.

Tiene lugar cuando se edifica, planta o siembra con materiales que pertenecen a una persona distinta del propietario del suelo.

El CC. emplea las expresiones "edificar", "edificado", "construcción" y "edificio". Entre nosotros pareciere que las normas no estuvieren restringidas sólo a construcciones íntegramente nuevas. Estimamos que la accesión opera también en obras de reparación o alteraciones hechas en edificios preexistentes; las reglas son aplicables a la incorporación indisoluble de bienes muebles al suelo, que impliquen una construcción. Pero, asimismo, estimamos que debe ser considerada la envergadura de la reparación. La reparación o alteración ha de tener una envergadura apreciable. Estrictamente, cualquier modificación, por leve que sea, constituye alteración y puede importar reparación; pintar un muro, reparar una tabla de una vivienda, reponer un vidrio o cambiar una bisagra, son alteraciones o reparaciones; y no parece razonable que una cualquiera de esas obras conduzcan a todo un cambio de propiedad. Para la aplicación de estas reglas debe tratarse de obras mayores que equivalgan a ejecutar una obra nueva; en la duda, tendrá que decidir el juez.

Por otra parte, si hay convenio, no son aplicables (al menos directamente), ya que es exigida la ignorancia por una de las partes (arts. 668 y 669). Puede ocurrir que el edificante esté en el predio como mero tenedor en virtud de un contrato: usufructo, arrendamiento, comodato, y construye en él (si se trata de un contrato innominado, téngase presente que le son aplicables las reglas del contrato más semejante, según ha sido resuelto). Si fue convenido que el tenedor podía construir, allí habrá sido regulada la suerte de la construcción. Si nada es convenido, en algunos estatutos de los que regulan esas situaciones de tenencia hay normas (en el usufructo, arrendamiento, comodato).

Para que opere la accesión de mueble a inmueble es necesario que los materiales o las semillas sean incorporadas al suelo definitivamente (es necesario que hayan llegado a ser

inmuebles por adherencia). El art. 668 inc. 4º dispone que "mientras los materiales no están incorporados en la construcción o los vegetales arraigados en el suelo, podrá reclamarlos el dueño".

El texto excluye a la siembra. A diferencia de las plantas y materiales de edificaciones, no es posible reivindicar las semillas desde que han sido arrojadas a la tierra en que se siembran; desde ese momento, su propietario pierde el dominio sobre ellas, lo que se desprende de la misma norma. La diferencia es, pues, justificada. La siembra tiene un carácter temporal; transcurrido el período requerido para fructificar, la tierra vuelve a su estado primitivo, desapareciendo el conflicto de dos propietarios.

Para definir a quién pertenece la unión, es aplicada la accesoriadad, estimándose al suelo como cosa principal, cualquiera que sea su valor.

En la conclusión parecen confluir dos explicaciones (que al fondo quedan unificadas): la subsistencia y el *solo cedit*. Es considerada principal la cosa que puede subsistir separadamente y como accesoria la que, sin aquélla, no podría seguir existiendo (al menos en la misma forma). Y, por otra parte, es aplicado el principio de que todo lo que está incorporado al suelo pasa a formar parte de él y, por lo mismo, pertenece a su dueño (*superficies solo cedit*).

Por cierto, el principio según el cual en una relación mueble-inmueble la cosa principal siempre ha de ser el inmueble es objetable, al menos en algunas situaciones.

B.- Suceso que produce la adquisición.-

Hay al menos dos respuestas posibles: al momento en que quedan adheridos permanentemente los materiales al suelo o al tiempo en que son pagadas las (llamadas) indemnizaciones. Y está discutido.

Ha sido sostenido que el dueño del terreno se hace dueño de la edificación al tiempo que paga su valor (no *ipso iure* al tiempo de construirse); mientras no pague, el constructor mantiene el dominio de lo construido, sometido al evento de resolverse si es efectuado el pago; se adquiere por el modo accesión, que aquí requiere de una especial exigencia, el pago del valor de la construcción. En contra, ha sido estimado que la adquisición es efectuada —por accesión— al construirse.

(...) **92.- La accesión de inmuebles y los inmuebles por adherencia.-**

Conviene observar la relación entre estos conceptos.

Cuando un bien es calificado de inmueble por adherencia, está siendo determinada su incorporación a ese inmueble, pero no está siendo decidida su pertenencia. Así, si un poste, un bosque o un edificio han quedado incorporados con permanencia a un predio, forman parte de él y son inmuebles; son inmuebles por adherencia; pero esa calificación no implica necesariamente que pertenezcan al dueño del predio al que han sido incorporados. Para esta definición, hay que aplicar las reglas de la accesión, confrontando los factores que, según las normas que la regulan, inciden en la decisión y lo acaecido en el caso.

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

93.- Concepto y textos.-

Con antecedentes en el Derecho romano, desarrollados en la Edad Media, para la transferencia de bienes, el CC. —como se ha dicho— establece la dualidad título y modo de adquirir (v. *supra* N° 73). Es en la aplicación del modo tradición en donde se observa con particular claridad ese régimen, y en una opinión el único en el que la dualidad tiene lugar, como se dirá.

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

Las reglas están contenidas en los arts. 670 a 699. Además, deben considerarse:

— Las disposiciones del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces para la tradición de inmuebles.

— Los arts. 1901 y sgts. para la tradición de derechos personales.

— Las disposiciones del C. de C. para la tradición de créditos mercantiles (su estudio corresponde al Derecho comercial).

94.- Caracteres.-

a.- Es un modo de adquirir derivativo. El adquirente deriva su dominio de otro sujeto, el tradente, a diferencia de otros modos de adquirir, como la ocupación. Siendo derivativo, este modo no transfiere al adquirente más derechos que los que tenía el tradente y, concretamente, si éste no era dueño de la cosa tradida, no lo será el que recibe ("nadie puede transferir más derechos que los que tiene"; arts. 682 y 683).

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

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

95.- Aplicación.-

Su vigencia en el tráfico jurídico es intensa. La aplicación diaria del contrato de compraventa trae como consecuencia directa la de la tradición de los objetos vendidos, en cumplimiento del contrato.

Por otra parte, mediante este modo pueden ser adquiridos tanto el dominio como los otros derechos reales (art. 670 inc. 2º) y los derechos personales (art. 699). En este sentido, la ocupación y la accesión aparecen como modos de aplicación más restringida. Pero, aparte de algunas dificultades que presenta la tradición de las cosas incorporales, como se irá viendo aquí, el tenor del art. 670 inc. 2º termina siendo matizado, porque lo que se dice del dominio no puede ser extendido pura y simplemente a las cosas incorporales, atendida su naturaleza. Además, su amplitud es menor de lo que parece (por ej., el derecho de uso y habitación, por norma del art. 819, no puede ser transferido). Por eso es que no es correcto el art. 686 inc. 2º cuando se refiere a la tradición del uso; se trata más bien de una inscripción para su constitución. Tampoco pueden ser tradidos los derechos de servidumbre, prenda e hipoteca, porque son derechos accesorios; se transfieren con los respectivos objetos sobre los que recaen. Pero, en todo caso, esta distinción entre constitución y transferencia (mediante tradición) tiene su entredicho, al que se aludirá más adelante (v. *infra* N° 219 y nota).

Por último, la tradición tiene también una función posesoria; permite adquirir la posesión. Efectuada la tradición, si el tradente era el dueño, el adquirente adquirirá el dominio y la posesión. Y es adquirida sólo ella —según será explicado más adelante— cuando el tradente no es el dueño: el adquirente no adquiere el dominio, pero con la tradición entra a poseer la cosa y así puede llegar a adquirirla por prescripción (v. *infra* N°s. 109, 164 y 169).

Suele agregarse que, comúnmente, es un modo de adquirir a título singular (y como excepción es mencionada la adquisición de la herencia en la llamada "cesión del derecho de herencia"). (...)

96.- Entrega y tradición.-

En la definición del art. 670, el CC. prescribe que la tradición consiste en la "entrega". Efectivamente, el elemento central, que da consistencia a la tradición, es la entrega del objeto tradido. Pero también hay entrega (material) sin que se llegue a configurar la tradición. Cuando la entrega es efectuada con intención de transferir el dominio, queda configurada la tradición. Esa intención que concurre en la tradición es manifestada también en el título del que la tradición es consecuencia; el título es llamado "título traslativo de dominio", como la compraventa, la permuta, la donación, el aporte en propiedad a una sociedad, etc. Si lo que ha sido pactado es, por ej., un contrato de arrendamiento o un préstamo de uso (comodato), la entrega será efectuada sin la intención de transferir el dominio, y el título mismo, llamado "título de mera tenencia", demuestra que la entrega, simple entrega material, es efectuada para conferir al que recibe sólo la mera tenencia de la cosa. En suma, con la intención de transferir el dominio se está en presencia de tradición; sin esa intención, la entrega es una simple entrega material.

El código no siempre emplea los términos con esos significados. A veces los usa como sinónimos (como en el art. 1824, en el que expresa "entrega o tradición"); otras utiliza "entrega" siendo más preciso "tradición" (art. 2196); otras expresa "tradición" siendo pertinente "entrega" (art. 2174; el art. 1443 emplea la expresión "tradición", lo que allí es parcialmente adecuado); en fin, hay ocasiones en que sí está ajustado a las acepciones expuestas (arts. 2212, 2174 inc. 1º, 2197; esta última disposición incurre, eso sí, en una redundancia).

97.- Pago y tradición.-

Ya se ha dicho que generalmente la tradición constituye un pago (v. *supra* N° 94, b.), pues el tradente la efectúa porque se obligó a ello en un título precedente. Esto conduce a relacionar las disposiciones de este modo de adquirir con las reglas del pago (arts. 1568 y sgts.). Entonces, respecto a los requisitos que deben concurrir en quienes celebran la convención, deben tenerse presente los arts. 1575 y 1578 N° 1 del CC.

El primero de estos preceptos dispone que el pago en que debe ser transferida la propiedad no es válido sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa o paga con el consentimiento del dueño. Y, por otra parte, en las reglas de la tradición el código dispone que la tradición efectuada por quien no es dueño de la cosa no transfiere el dominio, pero transfiere los derechos que sobre la cosa tenía al tiempo de efectuar la tradición (arts. 682 y 683), lo cual implica resolver que es válida (al tratar los efectos de la tradición será examinada más detenidamente esta afirmación).

Ha sido sostenido que lo correcto está en la regla de la tradición y que en el art. 1575 hay sólo una impropiedad de lenguaje. Pero parece claro que, cuando el art. 1575 dispone que el pago no es válido, está declarando que es nulo y eso trae como resultado que el acreedor puede pedir la declaración de nulidad de ese pago y continuar demandando la prestación que le es debida.

Relacionando esta última afirmación con lo dicho con base en los arts. 682 y 683 puede concluirse que el acto por el que el deudor entrega al acreedor una cosa ajena en pago de la deuda, es válido en cuanto tradición, y al entrar en posesión del objeto puede el acreedor llegar a ganarlo por prescripción; pero es nulo en cuanto pago, pudiendo por tanto pedir su nulidad, restituir lo recibido y continuar demandando el pago al deudor.

II.- Requisitos

98.- 1. Presencia de dos personas, tradente y adquirente.-

Siendo una convención, requiere de dos personas. Empleando los conceptos de la teoría del acto jurídico, más propiamente es necesaria la concurrencia de dos partes (el art. 671 hace referencia a ambas): el tradente y el adquirente.

El tradente. Debe ser plenamente capaz. El precepto (art. 670) parece discriminar entre tradente y adquirente en esta materia, ya que en el tradente exige "facultad" para transferir y en el adquirente "capacidad" para adquirir, con lo que pudiera entenderse que no se le exige capacidad al primero. No es ése el alcance que ha de darse al texto. Siendo una convención,

el tradente debe ser plenamente capaz; si no lo es, la sanción al acto es la que ordinariamente está establecida para los actos de los incapaces (dependiendo de la clase de incapacidad).

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

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

99.- 2. Consentimiento de ambas partes.-

Nada nuevo hay aquí, desde que está dicho que la tradición es un acto jurídico bilateral. Debe sí precisarse que ese consentimiento ha de implicar la intención determinada de ambas partes de transferir y adquirir, respectivamente, el dominio (arts. 670, 672 y 673). Pronto se verá la estrecha vinculación que entre nosotros está dispuesta entre la tradición y el título que la justifica; esa relación explica que en la tradición el consentimiento debe versar sobre lo que contiene el título, sobre la cosa objeto del título y sobre la persona a quien, en el título, fue convenido transferir la cosa.

100.- Reglas sobre el error.-

Como en todo acto jurídico, el consentimiento de que aquí se trata debe estar exento de vicios. Los vicios de que el consentimiento puede adolecer y las normas a que debe ser sometido su análisis, son los comunes; pero el código ha dispuesto para la tradición algunas reglas especiales relativas al vicio de error.

Puede recaer en la cosa tradida (art. 676, relacionado con el art. 1452), en la persona (art. 676) o en el título (art. 677).

a.- El error en la "identidad de la especie". Se recordará que el error llamado esencial puede recaer en la naturaleza del acto o en la identidad de la cosa específica (art. 1453); aquí se trata de esta segunda variedad de error esencial. Por otra parte, aquí el error padecido está en la tradición (no en el título que le antecede); en cumplimiento del contrato, fue entregada una cosa creyéndose que era entregada otra, o fue recibida una cosa creyéndose que era recibida otra (es especialmente factible en las tradiciones fictas). Para la prueba de que hubo error (y no, por ej., una intención compartida de dación en pago, de la que ahora

una de las partes está arrepentida), el punto de referencia es la descripción contenida en el título.

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

c.- El error "en el título". Produciéndose el error en el título, la consecuencia ha de ser buscada en las normas que lo regulan; así, para ese efecto, el precepto (art. 677) no resulta necesario; sin embargo, como se verá pronto, constituye —junto al fundamental art. 675— otra demostración del carácter causado de la tradición.

101.- Tradición por representantes.-

Según es regla general (art. 1448), la tradición también puede ser efectuada a través de representantes, legales o voluntarios; el código lo confirma expresamente (arts. 671, 672, 673, 674, 678; para la tradición de inmuebles v. además *infra* N° 137).

102.- La tradición en las enajenaciones forzadas.-

Como es sabido, conforme a las normas procesales si un deudor no paga lo que debe, puede el acreedor —disponiendo de un título ejecutivo— embargarle bienes, rematarlos y pagarse con el producto. Entonces pueden surgir dudas acerca de la legalidad de la tradición por la cual el subastador adquiere el objeto que se adjudicó en el remate, ya que el deudor propietario está lejos de consentir en efectuar la tradición de lo que le es rematado. Para tal situación está dispuesto que en esas ventas forzadas el juez es el representante legal de la persona cuyo dominio se transfiere. Así, el consentimiento es otorgado por el juez en su nombre (art. 671 inc. 3°). Siendo una situación excepcional, para que esta representación legal proceda deben darse las condiciones que específicamente determina el precepto. Debe tratarse de ventas forzadas y no simplemente de ventas efectuadas "por el ministerio de la justicia" (como las de bienes de ciertos incapaces; art. 394); en estas situaciones son aplicables las reglas generales (lo confirma el art. 894 del CPC.; y así ha sido también resuelto).

Ha sido planteado que el precepto referido no soluciona definitivamente un problema de fondo en estas ventas forzadas, cual es el de falta de real consentimiento del deudor cuyo dominio transfiere el juez; éste será el representante legal, pero lo cierto es que el ejecutado no está consintiendo. La dificultad puede ser resuelta acogiendo la doctrina de la representación modalidad de los actos jurídicos, que entiende que la voluntad que contrata no es la del representado, sino la del representante. Ha sido ofrecida también solución acudiendo al llamado derecho de prenda general de los acreedores (art. 2465), por el cual el deudor, al contraer una obligación, sabe que ha de responder de ella con todos sus bienes, actuales y futuros y, entonces, al contraerla estaría consintiendo en una eventual enajenación forzada posterior para pagar su deuda. Esta explicación, aceptable para ejecuciones fundadas en obligaciones surgidas de contratos, es insuficiente para las que resultan de obligaciones no contractuales (como las destinadas al pago de indemnización

por un hecho ilícito). Por otra parte, debe agregarse que, si bien el precepto citado establece la representación legal para la tradición, no lo hace directamente para el título, la venta; pero el CPC. lo dispone, al menos refiriéndose específicamente a la subasta de inmuebles (arts. 495 y 497; v. también arts. 482, 483, 532 y 894 del mismo código).

103.- 3. Título traslativo de dominio.-

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

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

La expresión "título" es utilizada usualmente en dos acepciones: una dirigida al antecedente causal y la otra, al documento.

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

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

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

104.- El título debe ser válido.-

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

104 bis.- La influencia en la tradición de la falta o nulidad del título. Tradición causada o abstracta.-

Siendo una entrega con intención de trasladar el dominio, naturalmente es concebida con un título o negocio en el cual es convenida, con alguna contraprestación o sin ella. Pues bien, en relación con ese título, teóricamente la tradición puede ser concebida como causada o abstracta.

Imponerla como causada significa establecerla vinculada al título, al negocio, que es su causa o antecedente; por tanto, su validez y, en general, su eficacia traslativa, dependen de la validez y en general de la eficacia del título. El título es vinculado funcionalmente a ella; el título es concebido como un requisito de la tradición; por lo mismo, las vicisitudes que acaezcan al título han de influir en ella. Aparte de la nulidad, los albures a que está sometido el título son los habituales en la contratación: resolución, revocación, incluso — por cierto— la discutida inexistencia; específicamente, la falta o nulidad del título dejan inexistente o nula la tradición; reducido el problema a la nulidad: "nulo el título, nula la tradición"; en términos más comprensivos: ineficaz el título, ineficaz la tradición, sin perjuicio de que también pueda ser nula por defectos propios de ella.

Imponerla como abstracta significa establecer que transfiere el dominio por la sola voluntad de transferir, con prescindencia del negocio (causal); por tanto, para calificar su validez y, en general, su eficacia, se prescinde del título. Las vicisitudes que le acaezcan al título no influyen en la validez y eficacia traslativa de la tradición; el título es desplazado de la tradición; la tradición es abstraída del título. En la realidad, el título existe y es realmente su justificación, su causa, pero jurídicamente se prescinde de él.

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

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

Entre nosotros, si después de efectuada la tradición es descubierto (y declarado) que no hay título o que es nulo, el dominio no ha sido transferido; en esa circunstancia, la tradición carece de efecto traslativo (por ej., si la tradición es efectuada debido a una compraventa que después es declarada nula, el vendedor continuará siendo el dueño); el dueño contratante pedirá al adquirente contratante la restitución de la cosa ejercitando la acción restitutoria que confiere la nulidad (art. 1687) y, ante terceros (si el adquirente ya había enajenado), podrá reivindicar (art. 1689).

Con lo dicho, en Chile, en cuanto mecanismo que traslada el dominio, la tradición es un acto causado; requiere de un título justificante, conectado a ella y, por lo mismo, su eficacia traslativa depende de la validez de éste.

Esta decisión no está alterada por la regulación del Registro; si bien la inscripción es la forma de efectuar la tradición, y es, por tanto, constitutiva, no hay norma que modifique el carácter causado ya descrito. Se mantiene el principio de que, si el tradente no era dueño,

ningún dominio adquiere el inscriptor; así, nuestra inscripción es constitutiva en su función, pero no en sus efectos (sobre este punto se volverá al examinar la regulación del Registro).

Y, por otra parte —como se dijo—, estimamos descartada entre nosotros aquella regla de que "en materia de cosas muebles la posesión equivale a título", conforme a los arts. 889 y sgts. del CC., que confieren siempre acción reivindicatoria, textos armónicos con el art. 1815, que, si bien valida la venta de cosa ajena, la dispone sin perjuicio de los derechos del dueño, sin distinción entre muebles e inmuebles.

El código atiende, pues, al principio *nemo plus juris...*; pero, como se ha visto (y como será reiterado a propósito de la reivindicación), con algunas atenuaciones —no muy coherentes— a favor del tráfico (...).

105.- El conflicto teórico con la noción de contrato real.-

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

106.- 4. Entrega.-

Más que un requisito, la entrega es en realidad el elemento sustantivo de la tradición, alrededor del cual han de cumplirse las demás exigencias anotadas; básicamente, consiste en la entrega.

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

En todo caso, sea material o simbólica, es concebible —al menos cómodamente— sobre especies o cuerpos ciertos; se trata de transferir el dominio, el cual versa sobre cosas determinadas; no puede ser transferida la propiedad sobre cosas pertenecientes a un género mientras no sean individualizadas. El título podrá referirse a cosas pertenecientes a un género (con cantidad), pero no la tradición (aunque sí puede ser tradido un conjunto de cosas, cuerpos ciertos, de un género o no, como la mercadería alojada en cierto contenedor). También está admitida la tradición de una universalidad, de hecho o jurídica; pero precisamente por su naturaleza, salvo arbitrio legal que todo lo puede, la forma de efectuarla se torna discutible (entre nosotros, como se verá más adelante).

III.- Efectos

107.- a. El efecto normal de la tradición.-

El efecto normal es transferir el dominio del tradente al adquirente (arts. 670, 671, 1575).

Siendo un modo derivativo, este efecto normal, en el que la tradición desempeña precisamente su función de modo de adquirir la propiedad, es producido siempre que el tradente haya sido dueño de la cosa que transfiere; si no lo era, se originarán otros efectos, que se verán a continuación. Por otra parte, si el tradente tenía el objeto sometido a gravámenes reales, el adquirente lo adquirirá con las mismas cargas; todo siguiendo el citado principio de que "nadie puede transferir más derechos que los que tiene" (o "nadie da lo que no tiene").

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

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

Este efecto de que la tradición deja al adquirente en posesión (salvo casos extraños, como el recién descrito) tiene lugar cuando el tradente es dueño, cuando es sólo poseedor y, aun, cuando es mero tenedor; siempre el adquirente queda en posesión de la cosa. Así, el art. 730 expresamente resuelve que el que recibe del mero tenedor queda en posesión; con mayor razón si recibe de un poseedor. Por esto es que bien puede decirse —y ha sido dicho— que el primer efecto de la tradición es dejar al adquirente en posesión, y que produce el otro, el de transferir el dominio, cuando el tradente era dueño.

108.- b. Si el tradente no era dueño y tenía otros derechos.-

Si el tradente carecía del dominio sobre la cosa que entrega, pero tenía sobre ella otro(s) derecho(s) transferible(s), por ej., un usufructo, lo(s) transfiere con la tradición (art. 682; esta disposición expresa derechos transmisibles, debiendo decir "transferibles", como ha sido denunciado).

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

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

109.- c. Si el tradente no era dueño; el efecto posesorio.-

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

Si el tradente era dueño, el adquirente queda como dueño y poseedor; si no era dueño, queda sólo como poseedor.

Al disponer que da derecho a ganar por prescripción, el precepto citado puede inducir a postular que la tradición sería título para poseer. No es así. Para poseer —como se verá— son mencionados como título otros modos de adquirir el dominio, mas no la tradición, lo que es apropiado, puesto que la tradición es ella consecuencia de un título. De manera que el rol consiste en poner en posesión de la cosa al que la recibe. Así, la tradición requiere de un título y la posesión puede tener uno; es el mismo (por ej., si alguien vende una cosa ajena y efectúa la tradición al comprador, la compraventa es el título de esa tradición y el título de la posesión).

110.- d. Otras particularidades.-

Dentro de los efectos de la tradición, hay todavía algunos temas específicos que requieren una especial referencia. Se verán a continuación.

111.- Retroactividad.-

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

Una notable dificultad es la de si la adquisición del dominio mediante la tradición se produce con o sin retroactividad al momento del título. El art. 682 inc. 2º recién citado parece suponer que no hay retroactividad; en la situación que regula, la consagra sólo hasta la tradición. No obstante, ese texto lo estimamos discutible, porque es sostenible que la

regla está dirigida a una situación distinta: la del tradente no dueño que más tarde adquiere el dominio; en tal eventualidad, impone la retroactividad a la época de la tradición, pero esa regulación es sin perjuicio de que, a su vez, la tradición (ésa, pero, sobre todo, la habitual, la que efectúa el dueño) retrotraiga sus efectos al tiempo del título, punto directamente no regulado.

El conflicto puede presentarse en diversas situaciones. Una es la de la doble venta, posibilidad contemplada en el art. 1817, norma que resuelve la preferencia en la adquisición, pero que no está destinada al problema de la retroactividad de la tradición. Otra es la del acreedor hipotecario que recibe hipoteca de quien ya había vendido. Si hay retroactividad al título, hay hipoteca de cosa ajena; si no hay retroactividad, la hipoteca estaría bien constituida.

Por el inconveniente para la seguridad del tráfico (que al menos en los inmuebles es auxiliada por el Registro, al que acuden los potenciales adquirentes) y la circunstancia de implicar una ficción jurídica, estimamos que la retroactividad requiere de norma expresa, que en el código no ha sido consignada; en estas circunstancias, estimamos que, al menos en el Derecho chileno, no hay retroactividad.

112.- Época para exigir la tradición.-

Para determinar desde cuándo puede ser exigida la tradición de lo debido, hay que recurrir al título respectivo, del cual —como se ha dicho— la tradición es una consecuencia. Allí constarán la obligación de efectuarla y la época en que el acreedor podrá exigir esa tradición; ahí estará determinado desde cuándo la obligación de efectuar la tradición es exigible. Así, si en el título se somete la entrega a una condición, habrá que esperar que la condición se cumpla; si se somete a un plazo, luego que el plazo se cumpla (art. 681). Si nada fue convenido, será exigible desde que el título está perfecto (se tratará de una obligación pura o simple, que es la regla general).

Finalmente, puede ocurrir que, exigible ya la tradición, antes de efectuarla al potencial tradente le sea notificada una resolución judicial por la que le es retenida o embargada la cosa debida o le sea prohibido celebrar actos y contratos respecto de ella (art. 681). En tal situación, el obligado debe abstenerse de efectuarla, produciéndose, si la efectúa, los efectos indicados en los arts. 1578 y 1464.

Para determinar hasta cuándo puede ser exigida, debe tenerse presente que en el título fue generada la obligación de efectuarla. Así, hay que atenerse a la vigencia de esa obligación y, por lo mismo, a los modos de extinguir las obligaciones; y uno de ellos es la prescripción extintiva, cuyo plazo es, por regla general, de cinco años (v. también lo dicho sobre el plazo para inscribir, en *infra* N° 133 *bis*).

113.- Tradición sujeta a modalidades. La reserva del dominio.-

Ya ha quedado dicho que en el título la obligación de efectuar la tradición puede ser sometida a modalidades. También los efectos de una tradición que hoy es efectuada pueden ser sometidos a modalidades (art. 680). Y esta modificación de los efectos —como en la

situación anterior— es establecida en el título respectivo; de modo que habrá que remitirse a él para conocer si hay o no modalidades a las que quede sometida. Por lo mismo, las reglas de la respectiva modalidad (condición, plazo, etc.) son aplicables a la situación.

La estipulación en la que es convenida alguna de estas modalidades es conocida como "cláusula de reserva de dominio". Es el pacto por el que el tradente mantiene el dominio de la cosa tradida hasta el cumplimiento de una condición o un plazo. Por cierto, presenta una visible función de garantía. Por nuestros textos, la regla general es que la cláusula puede ser acordada válidamente y origina el efecto correspondiente en cualquier título traslativo y bajo cualquier condición o término. El art. 680 la permite expresamente referida a una condición (pero una situación particular es controvertida, como se dirá).

— La tradición puede ser sometida a una condición con efecto suspensivo para el adquirente (A dona a B un automóvil, que se lo entrega desde luego, para que B lo haga efectivamente suyo si es nombrado en cierto cargo). Hay una tradición anticipada, de modo que, si la condición se cumple, el dominio es trasladado de pleno Derecho en el instante en el que la condición quedó cumplida.

Pero una situación especial es controvertida. Cuando es pactada bajo la condición de que se pague el precio, el art. 680 inc. 2º la permite expresamente, con su efecto normal de mantener el dominio en el tradente; por los términos del precepto, se concluye que está referida a la compraventa (sólo en ella hay precio, vendedor y cosa vendida, que son los términos utilizados allí). Pero el art. 1874, regulando precisamente la compraventa, dispone que la cláusula de reserva de dominio hasta la paga del precio no producirá otro efecto que poder demandar el cumplimiento o la resolución del contrato (el efecto del art. precedente); es decir, ningún efecto especial, en todo caso no el efecto de reserva de dominio, con lo cual el adquirente recibirá el dominio desde la entrega misma, no obstante el pacto.

Ha sido sostenido que en la pugna debe prevalecer el último precepto, por ser de carácter particular, aplicable exactamente a la compraventa. El argumento no es de valor decisivo por cuanto —como fue advertido—, no obstante su ubicación, el precepto del art. 680 está dado para la compraventa (además de los términos empleados, así queda demostrado también por los orígenes de la cláusula). Con todo, parece adecuado solucionar el conflicto a favor del art. 1874, por las dificultades que puede traer consigo la reserva de dominio, que podría establecerse con frecuencia en las compraventas con pago a plazo, con la consiguiente confusión de propietarios, especialmente respecto de terceros. Además, reservándose el dominio, el vendedor podría gravar la cosa con derechos reales, que afectarían al comprador aun luego de pagar todo el precio. Sin recurrir a la cláusula, si el comprador no paga el precio, el vendedor encuentra protección en el art. 1489 (y, respecto de terceros, se dispone de los arts. 1490 y 1491, de los que no corresponde tratar aquí).

— Puede someterse asimismo a una condición con efecto resolutorio para el adquirente (A dona a B un automóvil y se lo entrega, estableciéndose en el acto de la donación que lo restituirá si es designado en cierto cargo). En esta situación ha sido planteada la

controversia de si el art. 680 es aplicable también cuando opera la llamada condición resolutoria tácita (del art. 1489), como cuando el comprador de una cosa no paga posteriormente el saldo de precio y, por tal motivo, la venta es resuelta. La dificultad no merece ser planteada; es evidente que si, al incumplirse una obligación de las contenidas en el título, se recurre al art. 1489 y se obtiene por sentencia judicial la resolución del contrato, por aplicación de los principios de la resolución quedará sin efecto la tradición y lo que fue recibido en virtud del título resuelto deberá ser restituido; prescindiéndose del art. 680, al resultado de la restitución igualmente se llega por los efectos de la resolución. Y deben tenerse en cuenta los pactos comisorios (los efectos de la resolución y los aludidos pactos son tratados en el Derecho de las obligaciones).

— También puede ser sometida a un plazo (aun cuando no lo expresa el art. 680). Debe repetirse que tal modalidad y sus particularidades habrá que buscarlas en el título.

Con plazo suspensivo, la situación será poco común; debe retenerse que no se trata aquí de que la obligación de efectuar la tradición sea postergada, sino de que lo convenido es que la tradición que ahora es efectuada comenzará a producir sus efectos desde que llegue un cierto día. Se trata también aquí de una tradición anticipada; vale lo dicho para la cláusula de reserva de dominio. Tendrá lugar la tradición a plazo extintivo si lo pactado es que, llegado cierto día, se extinguirá el dominio para el adquirente; aquí, como en el caso de una condición con efecto resolutorio para el adquirente, puede configurarse un usufructo o un fideicomiso (que serán tratados más adelante).

113 bis.- Prueba de la tradición.-

Considerando la importancia que tiene en un caso concreto demostrar que la tradición de cierto objeto fue efectuada, deben ser examinadas las reglas sobre su prueba.

Como principio, quien alegue que tuvo lugar la tradición debe probarlo.

Teniendo en consideración la gran diferencia de consistencia entre la tradición de los muebles y los inmuebles, debe procederse con esta distinción.

En los muebles, las distintas formas de efectuarla no exigen medios documentados (v. *infra* N^{os}. 117 y 118), por lo que conviene dejar constancia escrita de su realización; por ej., si la compraventa de un mueble fue celebrada por escritura privada o pública, en el mismo instrumento podría ser agregado que "en este mismo acto es efectuada la tradición de la cosa vendida, mostrándola el vendedor al comprador".

Por lo mismo, el código consigna una conveniente presunción (legal) de haberse efectuado la tradición, en las normas sobre posesión (art. 702 inc. final). Debe tenerse presente que, cuando es aducido título traslativo de dominio, es la tradición la que deja al adquirente en posesión de la cosa. Con la salvedad de que, el texto agrega, esta presunción es aplicable sólo a la tradición de los muebles.

En los inmuebles, como es efectuada por inscripción (conforme al art. 686), sólo podrá ser probada exhibiéndola. La tradición del derecho de servidumbre no requiere inscripción, pero es igualmente solemne: es requerida escritura pública según el art. 698 (salvo la de

alcantarillado en predios urbanos, en que se vuelve a la inscripción, conforme a la Ley sobre Servidumbre de Alcantarillado en predios urbanos). Entonces, también sólo podrá ser probada exhibiendo aquí la escritura pública en que conste haber sido efectuada (en los términos dispuestos en el citado art. 698).

Para lo dicho debe tenerse en cuenta también el destacable art. 1701; como en ambas situaciones (sea inscripción o escritura pública) la exigencia consiste en un instrumento público, deberá ser probada sólo por esa solemnidad.

IV.- Formas de efectuar la tradición

114.- Distinción.-

Al consignar normas de muy distinto contenido respecto de formas de efectuar la tradición, diferenciadas especialmente para muebles e inmuebles, la legislación nacional obliga a la exposición separada, como es decisión universal.

115.- Referencia a la evolución.-

Según ya se dijo (*supra* N° 73), los orígenes de nuestro sistema del título y el modo surgen en el Derecho romano; también fue añadido que en la evolución, que culminó en un cambio, influyó el desarrollo de las tradiciones fictas, las cuales —inevitables— siempre han estado presentes en el funcionamiento del sistema. Así, el CC., al igual que otros que siguen el mecanismo, permite variadas formas de efectuar la tradición, que se apartan de la forma fundamental de entrega material, entre las que debe mencionarse la más inevitable, la de inmuebles.

(...) Atendidos nuestros textos, para examinar las distintas formas de efectuar la tradición conviene proceder a las siguientes distinciones: A) tradición de derechos reales sobre bienes muebles; B) tradición de derechos reales sobre bienes inmuebles; C) tradición del derecho real de herencia; D) tradición de derechos personales.

116.- A. Tradición de derechos reales sobre muebles.-

Regulan esta materia los arts. 684 y 685; deben agregarse algunas normas del C. de C. y textos especiales (como la legislación sobre Almacenes Generales de Depósito).

Para tratarla es necesario formular una distinción fundamental entre tradición real y tradición ficta o simbólica (estos dos últimos términos se emplearán aquí como sinónimos, aunque hay quienes les asignan diferencias).

117.- 1. Tradición real.-

Esta forma es la expresión natural o auténtica de la tradición, con la cual son cumplidas las justificaciones de publicidad y posesión, originarias de este modo de adquirir.

Es la efectuada por una entrega real (o, como ha solido ser llamada por la doctrina, tradición "de mano a mano"); en ella, la cosa tradida es materialmente entregada por el tradente al adquirente, cumpliéndose los demás requisitos que antes han sido mencionados.

Pero puede observarse que, por su naturaleza, esta tradición mano a mano tiene una aplicación reducida; es sólo posible en las cosas que por su volumen y peso permiten la entrega material de una persona a otra, considerando la capacidad física humana. La consecuencia inmediata es la expansión de la vigencia efectiva de la simbólica.

Esta tradición real no es directa o, al menos, claramente mencionada por el código, pero, desde la definición del modo, en toda su estructura técnica no queda duda de que es la primera forma de efectuarla.

Un sector la doctrina (nacional y extranjera) considera también como tradición real la del N° 1 y aun la del N° 2, y hasta la del N° 3 del art. 684. Entre nosotros, sólo el Prof. Barros Errázuriz niega claramente esta calificación, estimando que todas las formas señaladas en el art. 684 son fictas; compartimos este entendimiento.

118.- 2. Tradición ficta o simbólica.-

Es la que, sin que el tradente entregue físicamente la cosa al adquirente, de mano a mano, es efectuada mediante actos jurídicos, hechos o gestos que manifiestan la voluntad de transferirle el dominio.

El art. 684 dispone las siguientes formas.

1º. "Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente".

Como la cosa ha de estar presente, ha de entenderse que esa presencia es exigida en relación con tradente y adquirente. En otros términos, es exigida la presencia simultánea de tradente, adquirente y cosa (a la vista de ambos).

Ante el texto, dos exigencias quedan discutibles. Una, si el adquirente debe efectivamente aprehenderla. Por el tenor de la norma, estimamos que no es necesario; basta que el tradente permita la aprehensión al adquirente. Y la otra, si la cosa debe estar al alcance de ambos. Asimismo, por el texto, no parece necesario que esté al alcance del tradente; basta que el adquirente esté (en ese momento) en la posibilidad de aprehenderla.

2º. "Mostrándosela". Tradente y adquirente estarán ante la cosa. Es la forma también llamada "tradición de larga mano" (*longa manu*), por suponerse que el adquirente la aprehende ficticiamente extendiendo sobre ella una larga mano suya (era también llamada *occulis et affecti*; por los ojos y la intención). A diferencia de la forma anterior, aquí no es necesario que exista la posibilidad de aprehender la cosa; basta que el adquirente la vea.

3º. "Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa".

La calificación es dudosa. Podría ser calificada una forma de tradición real, al permitir las llaves la posibilidad de la toma inmediata de posesión por parte del adquirente. Considerando que no hay más tradición real que la llamada "mano a mano", estimamos que también es simbólica; y aquí con un símbolo genuino.

El precepto no exige que el almacén, cofre, etc., esté a la vista de las partes. La entrega de las llaves, propiamente, debe ser real.

4º. "Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido".

Del tenor del precepto se percibe que aquí queda efectuada la entrega por ser convenido el encargo. Como no está exigido que el encargo sea cumplido (lo exigía un proyecto), la tradición queda efectuada desde luego, sin esperar a que efectivamente el tradente ponga la cosa donde quedó obligado.

Puede notarse que aquí hay una especie de tradición por el solo contrato, al ser convenida la estipulación en que el tradente queda encargado, lo que puede acaecer en el mismo título (venta u otro), quedando desde entonces el tradente con la cosa como mero tenedor (como se verá, esta forma es similar a la contemplada en el N° 5 siguiente).

5º. "Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no traslativo de dominio" (N° 5 prim. parte).

Es la llamada tradición por "breve mano" (*brevi manu*, no se alcanza a percibir). Se ha concebido esta forma para evitar un movimiento material, pues normalmente en estas situaciones el arrendatario u otro tenedor debería restituir la cosa al dueño y luego éste nuevamente entregársela, ahora en tradición. Se entiende que la tradición aquí está representada por la entrega que antes fue efectuada por el dueño al mero tenedor, cumpliendo el contrato celebrado. Debe admitirse que esta construcción evita reconocer que simplemente se está en presencia de una transferencia de dominio por el solo contrato (como se dijo en *supra* N° 73 bis).

6º. "... y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc." (N° 5 segunda parte).

Esta forma, inversa de la anterior, es la denominada "constituto posesorio" (*constitutum possessorium*). Como en la situación precedente, con esta forma es evitada una doble entrega, en que el tradente primero entregara la cosa que transfiere y luego el adquirente se la entregara a su vez, ahora cumpliendo el contrato de arrendamiento u otro que celebren. Asimismo, vale también la observación del número anterior, de que, al menos prácticamente, se está en presencia de una transferencia de dominio "por el mero contrato".

A las formas de tradición precedentes deben ser agregadas otras diseminadas en la legislación, para ciertos objetos en ciertas circunstancias. Pueden mencionarse las contenidas en el C. de C. (arts. 148 y 149), en la Ley sobre Almacenes Generales de Depósito (art. 6º), etc. Además, hay ciertos bienes muebles cuya forma de tradición es discutida, como las naves y las aeronaves (para vehículos motorizados terrestres v. *infra* N° 148).

119.- Principio.-

Examinadas las diferentes formas de tradición ficta es perceptible la idea constante de que, en virtud de ellas, el adquirente queda en la posibilidad de disponer de inmediato de la cosa tradida; la cosa está a su disposición. Aun en el caso de que quede materialmente en poder del tradente, como en el constituto posesorio, él queda sólo como mero tenedor, y si el adquirente no puede aún disponer de la cosa materialmente, jurídicamente dispuso, en el acto mismo, al aceptar que quedara en poder del tradente, por un acto voluntario suyo (sobre la prueba de la tradición, v. *supra* N° 113 *bis*).

120.- Tradición de muebles por anticipación.-

El art. 685 establece una regla general para la tradición de esta clase de bienes (inc. 1°). El precepto está en relación con el art. 571, pero no hay conflicto entre ellos (como parece desprenderse de un fallo), porque tratan materias diferentes: el art. 571 califica de muebles ciertos bienes, que son llamados muebles por anticipación (v. *supra* N° 24); en tanto que el art. 685 inc. 1° establece la forma en que es efectuada la tradición de estos bienes. El texto regula una forma de tradición real, al prescribir que la tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos. Para que valga como tradición, es necesario que esa separación sea efectuada "con permiso del dueño"; ahí está, precisamente, la voluntad del tradente.

Ha sido discutido si la tradición de estos bienes puede ser efectuada por alguna de las formas de tradición fictas del art. 684, además de la forma real implantada en el art. 685. Como no queda violada ninguna norma, la conveniencia práctica aconseja la afirmativa.

El inc. 2° del art. 685 consigna una regla de acceso a la propiedad ajena, de carácter práctico (un acreedor pretende que se le pague lo que le es debido, pero ha de respetar la propiedad ajena; si el deudor se negare persistentemente, el acreedor tendrá que ejercitar las acciones del título respectivo; si le deben la entrega de esos objetos por un contrato, habrá incumplimiento de lo pactado).

Con lo dicho, la tradición de un bosque puede ser efectuada ya por alguna de las formas del art. 684, ya por la indicada en el art. 685 inc. 1°. Puede sí observarse una diferencia: acudiendo al art. 684, un solo acto, por ej., mostrar el bosque, efectúa la tradición del conjunto de árboles, en tanto que, empleando el art. 685, la tradición se va efectuando por cada árbol, conforme vayan siendo cortados.

121.- Reserva legal de las formas fictas.-

Ha sido discutido si es o no posible que la tradición ficta pueda ser efectuada por formas convenidas, no contempladas en la ley (el art. 684 y leyes especiales). No se ha visto inconveniente; así también ha sido resuelto. En contra, es sostenido que sólo la ley puede disponer formas fictas. Así lo estimamos también (...).

La posición de Peñailillo en este punto no tiene sustento en la práctica contractual chilena. Cada día se celebran múltiples contratos en que se pactan diversas formas de tradición ficta.

153.- D. Tradición de los derechos personales.-

Ya se ha dicho que en la sistemática del CC. los derechos personales o créditos son bienes incorpóreos; y, siendo bienes, pueden ser transferidos por acto entre vivos y ser transmitidos por causa de muerte. Su transferencia por acto entre vivos requiere, como es nuestro régimen, de un título y la subsecuente tradición. Podrá tratarse de una venta del crédito, de su donación, permuta, etc., y a continuación tendrá lugar la aplicación del modo. Para efectuar la tradición de estos derechos personales, el código reservó un precepto especial: el art. 699. Esta tradición es efectuada por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario. Aquí ha de entenderse por título el instrumento en que el crédito consta, donde está escriturado (nótese que el art. 1901, que en general repite lo dispuesto en el 699, emplea la expresión "título" en dos acepciones distintas: como antecedente jurídico que justifica la tradición y luego como instrumento en el cual el crédito consta). Los arts. 1901 y sgts. regulan los efectos de tal cesión. Tal como ya se ha dicho respecto del derecho de herencia, la expresión "cesión" puede inducir a equívocos, por lo que para mayor claridad conviene referirse al título y a la tradición. La jurisprudencia ha debido precisar que por cesión hay que entender la transferencia propiamente tal, es decir, la tradición, y no es que la cesión sea un contrato.

Para que la transferencia produzca efectos respecto del deudor y de terceros, es necesario notificar de la transferencia a aquél o que él acepte (arts. 1902 y sgts.). Antes que acepte o le sea notificada la transferencia, le es inoponible; el deudor podría pagar al primitivo acreedor y pagaría bien.

Ha sido resuelto que la entrega del título en que el crédito consta, exigida en los preceptos mencionados, puede ser real o simbólica, lo que es posible respecto de las cosas corporales muebles; y, así, se ha concluido que la tradición de un crédito que consta en una escritura pública de mutuo puede ser efectuada por otra escritura en que el dueño del crédito expresa su voluntad de transferirlo y el cesionario acepta tal transferencia; con esa escritura quedaría efectuada la tradición y no necesariamente con la entrega de una copia de la escritura de mutuo.

(...) En cuanto a los créditos que no constan por escrito, bien podría concluirse que no pueden ser transferidos porque no habría manera de cumplir a su respecto con el art. 1901. Pero en la doctrina parece prevalecer la solución de que pueden ser transferidos, considerando que, si es mantenida a todo trance la exigencia de la entrega del título, al no ser posible en ellos esa entrega, quedarían como intransferibles, conclusión que, por su trascendencia (dejar un bien en estado de intransferible), requeriría de norma expresa. La jurisprudencia ha resuelto otro tanto. Admitido que son cesibles, como en tales ocasiones no es posible cumplir con la exigencia de la entrega del título, habrá que entender efectuada su tradición por una especial declaración en el sentido de que es transferido el dominio del respectivo crédito, declaración que podrá ser consignada en el mismo acto o contrato (por ej., en la venta del crédito; esa actitud implica, como en otras situaciones de tradición efectuada en similares términos, prácticamente conferir un efecto real al

contrato) (para los créditos documentados a la orden y al portador, cuya tradición es efectuada, respectivamente, por endoso y por la sola entrega, v. art. 164 del C. de C.).

154.- Tradición de derechos litigiosos.-

Al igual que en los dos temas anteriores, aquí se está tratando sólo sobre la forma de efectuar la tradición, quedando pendientes materias como la naturaleza jurídica de estas transferencias y sus efectos, con las varias interrogantes que plantean (tratadas en el Derecho de los contratos).

El código destina también un párrafo especial a la cesión de los derechos litigiosos (arts. 1911 a 1914), dentro del título "De la Cesión de Derechos". Como ya se ha dicho, por cesión ha de entenderse "tradición".

En un concepto bastante discutido, el código declara que "se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente" (art. 1911). No parece realista que lo cedido sea "el evento incierto de la litis", porque no es un álea el objeto que interesa al adquirente, ni lo que le ofrece el enajenante; ellos negocian un derecho, el cual —ambos lo saben— está en litigio, asumiendo el adquirente el riesgo de que el fallo le sea adverso.

El traspaso del derecho litigioso no escapa a la regla de nuestro sistema que impone la concurrencia del título y el modo (así lo pone de manifiesto además el art. 1912, que demuestra también que por "cesión" ha de entenderse precisamente "tradición"). Tal como en la cesión del derecho de herencia, en las aludidas reglas son establecidos efectos de la transferencia, mas no es precisada la forma en que ha de ser efectuada la tradición. Y está discutido (...).

Tema 6: Posesión y Prescripción

La Posesión

Daniel Peñailillo, **Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)**

155.- Apreciaciones generales y concepto.-

Del conjunto de materias integrantes del Derecho civil patrimonial, la posesión es una de las que más controversias doctrinarias ha suscitado, que llegan hasta la esencia del concepto, con implicancias y consecuencias más allá de las puramente jurídicas, de naturaleza económica, sociológica, política.

En el desarrollo doctrinal, las contribuciones de Savigny y Ihering han llegado a constituir lo clásico, pero los aportes han sido innumerables (por ej., con Pothier antes, y después con Olivart, Saleilles, Perozzi). Y su desarrollo procede de la anudación de elementos de Derecho romano, germánico y aun canónico.

En el ámbito positivo, a lo dicho en nuestro Derecho debe agregarse una regulación complicada y hasta contradictoria, tanto en la posesión propiamente como en sus necesarias relaciones con la prescripción adquisitiva y el sistema registral en el que consta la denominada "posesión inscrita" de inmuebles, que ha posibilitado dilatadas interpretaciones de textos y situaciones concretas de ardua riña entre poseedores. Así, la posesión entre nosotros se ha erigido como uno de los símbolos de complejidad jurídica en la teoría y una fuente importante de litigios intensos en el devenir de la práctica.

En el código está reglamentada fundamentalmente en los arts. 700 y sgts.; hay además reglas en otras secciones: sucesión hereditaria, acciones protectoras, prescripción adquisitiva. Las normas están inspiradas principalmente en Pothier y, en menor medida, en las *Partidas* y aun en textos justinianeos.

(...) Cuatro son los problemas fundamentales, todos ellos por cierto conectados. Su estructura: es eminentemente objetiva o subjetiva (v. el párrafo siguiente, *infra* N° 156); su naturaleza: es un hecho o un derecho (v. *infra* N° 157); su relación con el dominio: de autonomía o dependencia (v. *infra* N° 157 bis); y el fundamento de su protección: por qué es protegida la posesión (v. *infra* N° 271).

Serán examinados a continuación.

(...) **156.- La estructura.-**

Aquí radica la disputa fundamental y es donde está centrada la controversia entre Savigny y Ihering. Si el elemento predominante es el ánimo de propietario o lo es la tenencia o gobierno de la cosa; si es eminentemente subjetiva u objetiva.

Por otra parte, es cierto que las posiciones están centradas en la estructura, pero están imbricadas indisolublemente —como puede ser apreciado en diversos pasajes de los textos de Ihering— con la prueba (sobre todo del controvertido elemento subjetivo) y la justificación de la protección posesoria.

1.- La concepción subjetiva. Con base en las fuentes romanas, desde Savigny la posesión ha sido concebida con la concurrencia copulativa de dos elementos: la tenencia de la cosa (*corpus*) y el ánimo de dueño (*animus*).

a.- La tenencia (el *corpus*) es el elemento material; la aprehensión o contacto físico con la cosa, en cuya virtud puede disponerse materialmente de ella.

La naturaleza de ciertos bienes, especialmente de los inmuebles, en relación con la capacidad física del hombre, ha conducido siempre a estimar esta aprehensión o contacto en términos no muy materializados. Y llega a ser admitido que puede consistir en la sola posibilidad de disponer de la cosa, en tenerla a merced, disposición o gobierno, aunque no sea mantenido el contacto directo, corpóreo; aunque no sea ejercitado sobre la cosa un poder manual (como cuando la cosa está en la residencia del sujeto, que está ausente). Esta flexibilidad ha conducido a la expresión "espiritualización del *corpus*" (...) relacionada con la aceptación de las formas simbólicas de tradición, que siempre han sido necesarias, en primer lugar por las restricciones humanas en la aprehensión física de cosas (...).

En otro sentido, ese contacto o poder sobre la cosa debe ser querido, es decir, ha de tener un elemento volitivo o mínimo de voluntad, que lo diferencie de una mera yuxtaposición local (como el puro contacto físico del que sin saberlo pisa una moneda).

b.- El ánimo (el *animus*) es un elemento intelectual, psíquico, que consiste en tener la cosa para sí, sin reconocer en otro un derecho de propiedad o un señorío de superior envergadura, es decir, en tratar la cosa como propia, de ejercer lo que es conocido como derecho de propiedad.

Conviene, pues, precisar que no se trata de la convicción de titularidad dominical, es decir, de ser efectivamente el dueño —convicción que más bien constituye la buena fe—, sino simplemente de comportarse como dueño.

Concebida así, queda establecida una definida distinción entre posesión y simple detentación (mera tenencia).

2.- La concepción objetiva. Luego de aquel planteamiento, surgió el de Ihering, cuya fustigación al precedente produjo un impacto que dejó la imagen de una diferencia más profunda de la que existe en la realidad. En esta concepción para la posesión es suficiente el *corpus*, y el *corpus* siempre lleva consigo cierta intención (de poseer); admite la presencia de un elemento subjetivo, psicológico, pero no con la exigencia de la concepción anterior (ánimo de dueño). Hay posesión cuando existe la relación de hecho unida a la voluntad de querer conservar esa relación, de seguir gobernando la cosa porque su propósito es servirse de ella; así, el elemento intencional no es distinto e independiente del

corporal; está inseparablemente unido a él; el *animus* no es más que el propósito, la voluntad de servirse de la cosa, y el *corpus*, su exteriorización.

Como consecuencia inmediata puede percibirse que, en esos términos, una distinción entre posesión y detentación queda muy difuminada; más bien, la generalidad de los que en la concepción subjetiva son meros detentadores, aquí son poseedores. En principio, el hecho de detentar significa poseer; la precisa calificación la dará no el ánimo (*animus domini*), sino la expresa declaración del legislador por la cual fija situaciones en que la relación con la cosa es mera detentación (y, por tanto, niega la protección posesoria).

Aquella importante diferencia, centrada en el elemento intencional, trae varias consecuencias; por ej., en la capacidad para poseer y en la prueba de la posesión. En este último punto, conforme a la concepción objetiva, para lograr protección al demandante le basta probar el *corpus*, y es el demandado quien deberá probar, si es del caso, que aquella detentación ha sido, por ley, privada de la protección de los interdictos. En otro sentido, distinguiendo la posesión de la mera tenencia, cuando en la concepción subjetiva son agredidos en la tenencia tenedores como el arrendatario, el comodatario, deben acudir al titular, al dueño o poseedor, en tanto con la concepción objetiva, en principio, disfrutaban ellos mismos de la respectiva protección (...).

El CC. (...) define [la posesión] en los términos del art. 700: "es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él" (inc. 1º). Con este concepto, y considerando el conjunto de reglas posesorias, en la doctrina nacional predomina la conclusión de que, entre nosotros, es adoptada una concepción más bien subjetiva (la planteada por Savigny). En este mismo sentido debe agregarse el art. 714, que distingue claramente a la posesión de la mera tenencia.

Adoptada aquella noción subjetiva, conviene insistir en que el ánimo de dueño consiste en la voluntad de tener la cosa para sí, de comportarse como dueño, de ejercer los atributos del dominio, de que se quiera hacer con la cosa lo mismo que hace un propietario; no es la conciencia o convicción de serlo, lo cual —como se dijo— constituye la buena fe; ambos son poseedores, de buena o de mala fe, porque ambos actúan como dueño, sólo que el de buena fe cree ser dueño y el de mala sabe que no lo es.

157.- La naturaleza de la posesión (hecho o derecho).-

Otra de las controversias seculares versa sobre el dilema de si la posesión es un hecho o un derecho, y viene desde Roma (con diversos textos que los autores posteriores han aducido según sus planteamientos).

Ha sido postulado que es un hecho; está basada en circunstancias materiales, que conforman el *corpus*. Por serle conferida protección y derivarse de ella otras consecuencias jurídicas, no queda convertida en un derecho. Por lo demás, la protección es conferida exista o no el derecho del cual es apariencia.

Con el concepto de derecho como interés jurídicamente protegido, ha sido sostenido que es un derecho, considerando que siempre la ley la ha protegido; más aún, ha llegado a concluirse que es un derecho real, porque en ella hay una relación inmediata y directa del sujeto con la cosa. Sí es reconocido que en la base de la posesión hay un sustrato de hecho, que es necesario que persista para que se conforme el derecho de la posesión; el poseedor tiene derecho sólo mientras posee, mientras se mantiene su relación con la cosa. Suele añadirse que se trata de un derecho a seguir poseyendo, de carácter provisional (en cuanto puede decaer ante el derecho definitivo, de un verdadero titular).

Pero la discrepancia permanece, aunque en la actualidad parece disminuir, con la conformidad de que es una situación de hecho de la que surgen consecuencias jurídicas y a la que el Derecho protege. Así, el debate suele adoptar una faceta semántica, en cuanto los postulados sobre la calificación parecen estar contruidos con un distinto significado de lo que es posesión. En todo caso, tal como suele ser sugerido por algunos autores —de los citados en nota precedente—, desde la última posición de Savigny, la inicial antítesis hecho-derecho parece ir quedando sustituida por la síntesis hecho-derecho.

Luego de examinados los fundamentos de las varias posiciones, también queda la percepción de que en la decisión influyen otros conceptos relacionados, sobre todo el de derecho subjetivo.

El específico tema de la transmisión de la posesión con frecuencia es convocado a la discusión por su estrecha vinculación con ella y añade complicación al debate; será tratado más adelante (*infra* N° 176 y debe ser relacionado con el de los denominados "títulos para poseer" y, dentro de ellos, con el de la sucesión por causa de muerte como título, en *infra* N° 166 *bis*). Desde luego, tal como allí se dirá, en principio la transmisión de la posesión es una consecuencia de la concepción que de ella sea adoptada. En extrema síntesis, si se la tiene por un hecho, no se transmite; si por un derecho, es admisible su transmisión. Pero en algunos códigos civiles hay textos que imponen una solución expresa al respecto —que se transmite o que no se transmite— o, al menos, que inducen a una; entonces, ante una indefinición del respectivo código sobre la naturaleza de la posesión, esos textos son usados como argumentos en la controversia que se desata.

Aquí sólo conviene advertir que —como suele ocurrir en muchas situaciones equivalentes— en los ordenamientos en cuyos cuerpos legales está establecida la regla de que la posesión se transmite, la respectiva norma es incorporada a un juego argumentativo: o es que esa regla empuja a la conclusión de que la posesión es un derecho (está contribuyendo a esa conclusión, enriqueciendo el arsenal de argumentos) o es que constituye una manifestación o derivación de que es un derecho, como proposición ya previamente adoptada.

Sobre la naturaleza como hecho o derecho, los códigos del siglo XX no adoptan posición, al menos clara y directamente, pero es notable la constatación respecto a la transmisión: muchos disponen o al menos dan a entender que la posesión se transmite a los herederos, como se verá con más precisiones en el ya anunciado *infra* N° 176, lo que ciertamente se compadece más con una calificación de ser un derecho.

Entre nosotros predomina ampliamente la conclusión de que, al menos en el código, está concebida como un hecho. No la define ni califica como derecho; no hay disposiciones que conduzcan a esa conclusión; el art. 700, más coherente con una concepción fáctica, directamente apunta a la tenencia con ánimo. Y explorando para este efecto la decisión sobre la transmisión de la posesión, si bien los arts. 919 y 2500 inc. 2º inducen a la transmisibilidad, lo que podría llevar, a su vez, a una supuesta calificación de derecho, pueden ser explicados en otra dirección: el primero se refiere precisamente a la protección posesoria, cuya admisión no está discutida y no supone, al menos no necesariamente, una calificación de derecho; el segundo es más inductor a la transmisión, pero su vigor puede ser neutralizado por las también terminantes expresiones del art. 717 y, además, puede ser comprendido en el sentido de que no es que imponga una transmisión de la posesión, sino una inmediata continuidad, para evitar un vacío entre el causante y el heredero cuando acepta. Pero, como se dijo, este último capítulo será tratado pronto (en los párrafos anotados).

El problema se ha presentado respecto del plazo de un año de prescripción adquisitiva para bienes raíces dispuesto en el DL. 2.695, sobre saneamiento de la pequeña propiedad raíz; al parecer, se trata precisamente de una norma de esas de dudosa medida y, por eso, el problema ha sido llevado al tribunal, mediante recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (v. jurisprudencia en el párrafo sobre saneamiento de títulos, *supra* N° 143).

Por lo dicho (en el cuerpo), las expresiones de un fallo, cuando manifiesta que el legislador es libre para establecer el término necesario de la prescripción y la fecha inicial en que éste comienza a correr, deben ser comprendidas sólo como el enunciado de un principio general y merecen ser matizadas (RDJ. T. 75, p. 238; F. del M. N° 235, p. 116).

(...) 158.- El fundamento de la protección posesoria (por qué es protegida).-

Es el último capítulo que integra el debate posesorio fundamental: por qué es protegida la posesión. La interrogante surge sobre todo si es calificada de hecho; cómo es que un hecho genera una protección para seguir en él (pero recuérdese que la calificación de hecho no es unánime) (...).

AGREGAR EBB

(...) 160.- Ventajas.-

Aparte del provecho material que un poseedor obtiene de la cosa que posee, en Derecho la posesión confiere varias ventajas.

- a.- Habilita para llegar a adquirir el dominio de la cosa por prescripción, luego de cierto tiempo (arts. 683, 2498 y sgts.).
- b.- Otorga una presunción legal de dominio (art. 700 inc. 2º).
- c.- Está protegida con las acciones posesorias (arts. 916 y sgts.) y, en ciertas situaciones, con la reivindicatoria, llamada aquí "acción publiciana" (art. 894).

d.- En ciertas situaciones, el poseedor puede hacer suyos los frutos de la cosa poseída (art. 907 inc. 3º) (para la ventaja que implica la regla de que "en materia de bienes muebles la posesión equivale a título", v. *infra* N° 264, 3.).

161.- Cosas susceptibles de posesión.-

Por cierto, puede ser consignado que la generalidad de las cosas son susceptibles de posesión. Sólo que, tal como acontece con el dominio, por su naturaleza y según queda claro del propio art. 700, la posesión ha de recaer sobre cosas determinadas. No es concebible la posesión sobre cosas inciertas o indicadas sólo por su género.

Pero es aceptable que dos o más personas posean en común una cosa singular, teniendo cada comunero entonces la posesión de su cuota.

La posesión de partes integrantes ha motivado dudas. Estimamos que la conclusión está determinada por la posibilidad de que sobre ellas sea ejercido un señorío independiente de la cosa a que pertenecen (o, tal vez mejor, independiente del resto de la cosa). Normalmente será difícil, y, a veces, imposible; pero, siendo posible ese señorío independiente, no se ve obstáculo. Otro tanto puede decirse de los inmuebles por adherencia (se volverá sobre la posesión de estos bienes al examinar las acciones posesorias. *infra* N° 273 *bis*).

La exigencia de determinación tampoco impide que puedan ser poseídas cosas universales; la universalidad de hecho, agrupación de cosas singulares (v. *supra* N° 37), es —el conjunto— una cosa determinada; es claro que los elementos de la posesión deben recaer sobre el conjunto (la particular posesión de la herencia se verá pronto, en *infra* N° 166).

162.- Cosas no susceptibles de posesión. La posesión de los derechos.-

a.- Hay algunas cosas corporales no susceptibles de posesión; las que no pueden apropiarse, como las cosas comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público, etc.; pero los arts. 948 y 949 conceden a estos bienes una especie de protección posesoria. Tampoco —como se dijo— las cosas inciertas o indicadas sólo por su género.

b.- Particular interés reviste el problema de la posesión en relación con el carácter corporal de las cosas, sobre todo cuando el CC. —como se ha dicho en otra ocasión— califica de bienes, cosas incorporales, a los derechos.

Como es comprensible, históricamente la posesión tiene su origen y desarrollo en relación con las cosas corporales, que son las efectivamente aprehensibles; pero ya en Roma llegó a ser aplicada una especie de posesión a los derechos reales, mediante la llamada "cuasiposesión"; con una formulación frecuentemente genérica (referida a las cosas incorporales), pero siempre dirigida especialmente a los derechos reales, permaneció en el Derecho medieval y asimismo fue recibida en los códigos del siglo XIX.

(...) Entre nosotros, con el art. 715 queda claro que es admitida la posesión sobre bienes incorporales. Además, permite la reivindicación de los demás derechos reales (aparte del dominio, art. 891) y la reivindicación implica que el demandado está poseyendo.

Pero no está precisado en qué ha de consistir esa posesión, precisión que hace falta, considerando la naturaleza inmaterial o puramente abstracta de los derechos, que los aleja de la exigencia del *corpus*. Ha sido estimado que consiste en el goce o disfrute del derecho respectivo.

También permanece aquí la duda de si la posesión está admitida en ambas categorías de derechos. Los términos amplios del art. 715 inducen a concluir que pueden ser poseídos tanto los derechos reales como los personales, pues ambos son cosas incorporales en la nomenclatura del código (arts. 565 y 576); puede añadirse el art. 565 en relación con el art. 700; también así queda confirmado por el art. 2456 (inc. 3º) y por el art. 1576 (inc. 2º, que alude precisamente al "poseedor del crédito"). Pero parece predominar la conclusión de que se aplica sólo a los derechos reales; el art. 1576 está referido no propiamente a la posesión, sino a un "titular" aparente del crédito; el Mensaje, en la sección respectiva, fortalece la afirmación.

La solución importa para diversos efectos; por ej., para resolver si procede respecto de derechos personales la acción reivindicatoria, la prescripción adquisitiva (la doctrina de los títulos de crédito, en los que el derecho está incorporado en el documento, ofrece particularidades propias que son tratadas en el Derecho mercantil).

En cuanto a los derechos reales, en nuestros textos surge además una duda sobre una exclusión. Luego de la generalidad del art. 715, el art. 882 impide ganar por prescripción las servidumbres discontinuas y las continuas inaparentes, de donde podría concluirse que eso es debido a que no pueden ser poseídas; pero es concebible un objeto susceptible de posesión mas no usucapible. En el título de las acciones posesorias, después que el art. 916 las concede en general a los derechos reales sobre inmuebles, el art. 917 excluye de la protección posesoria a los que excluye el art. 882 y, posteriormente, el art. 922 parece limitar esa protección al usufructuario, al usuario y al habitador.

Por último, no deben ser confundidas las dos situaciones que pueden producirse por la concurrencia del derecho de dominio con un derecho real limitado en determinada cosa: se es poseedor del derecho real, pero mero tenedor de la cosa sobre la que es ejercido (se es poseedor del derecho de usufructo, pero sólo mero tenedor de la cosa fructuaria).

163.- Clases de posesión.-

Desde el Derecho romano, con notoria evolución dentro de su trayecto, han venido construyéndose conceptos posesorios con los que la sistemática, enlazada con textos positivos de ordenamientos locales, ha ido formulando clasificaciones. Algunas han ido quedando discutidas a través de la historia del Derecho posesorio: en su existencia, en los términos y en el contenido o preciso significado; y la discusión doctrinaria suele quedar enturbiada por su imbricación con los textos del respectivo ordenamiento que el comentarista incorpora.

Entre las más extendidas están las siguientes (que serán consignadas conforme a las acepciones más acogidas).

(...) — Posesión en nombre propio (personal) y en nombre ajeno (posesión por otro). La distinción surge por las situaciones en las que un sujeto tiene la cosa, pero reconociendo el dominio de otro sujeto determinado, que es entonces el verdadero poseedor. Es el otro el que posee; pero posee a través de quien detenta la cosa (...) Como puede verse, en realidad ahí hay sólo un poseedor; el que parece poseer por el otro no está efectivamente poseyendo; éste pertenece al género "tenedores" (de ahí que suele advertirse que no tiene las ventajas del poseedor).

(...) El CC. contiene varias disposiciones para el que "posee" a nombre ajeno; al menos los arts. 700, 719, 720, 721, 723. Con base en ellas bien puede estimarse que entre nosotros la posesión por medio de otro está admitida. En esta dirección, estimamos que en la situación sólo hay un poseedor; el otro nada posee; sólo sirve al poseedor y, por tanto, carece de las prerrogativas de la posesión (el servidor de la posesión será también aludido al tratar la acción llamada "contra el injusto detentador", en *infra* N° 267 bis, A.).

(...) — Posesión [legal]. En fin, suele ser llamada así a la dispuesta por la ley con prescindencia de todo elemento material. Es un concepto abstracto; (...) su principal aplicación ha sido la sucesión hereditaria. Allí, para imponer una transmisión universal hereditaria de la posesión sobre los bienes del causante (pudiere decirse, en bloque) se acude a esta noción de posesión (...); así se logra que el heredero pueda aprovecharse de la posesión del causante sobre los bienes heredados a efectos de usucapir (y aun para la protección posesoria) (sobre la transmisión de la posesión se volverá en *infra* N° 176).

Sin el nombre, en el CC. hay preceptos que pueden ser mencionados para concluir que ha sido recibida, como los arts. 688, 718, 722, 2500. La doctrina nacional prefiere referirse a ella con la expresión de las normas: posesión legal.

Con nuestros textos, la doctrina ha difundido solamente las distinciones entre posesión regular e irregular y posesión viciosa y no viciosa (útil e inútil).

— Posesión regular es la definida en el art. 702 y posesión irregular la definida en el art. 708. Cuando el poseedor carece del dominio, con cualquiera de ellas puede adquirirlo mediante la prescripción (pronto serán vistas más detenidamente).

— Posesión viciosa es la que adolece de un vicio de violencia o clandestinidad; no viciosa, la exenta de tales defectos. El código reconoce la clasificación, aunque no define cada categoría. Simplemente declara que son posesiones viciosas la violenta y la clandestina (art. 709), y define cada una (arts. 710 y 713). Con frecuencia ha sido llamada posesión útil a la no viciosa e inútil a la viciosa, para significar que la primera presta la utilidad de conducir a la prescripción y no la segunda; pronto se verá que esta equivalencia está discutida (v. *infra* N° 173).

164.- A. Posesión regular.-

Tal como quedó dicho, está definida en el art. 702. Constituye la síntesis del elemento técnico (el título) con el elemento ético (la buena fe). Del texto queda claro que son sus elementos el justo título, la buena fe y la tradición cuando el título es traslativo de dominio

(...) 165.- 1. Justo título.-

El CC. no define lo que es título justo, ni siquiera lo que es título.

En materia posesoria puede entenderse por "título" el hecho o acto en el que está fundada la posesión (para otros significados del término, v. *supra* N° 103, en la tradición). Es su antecedente justificante. Es la respuesta que ha de dar el poseedor cuando es interrogado sobre por qué afirma ser dueño o, al menos, por qué actúa como dueño.

Sobre todo atendidos nuestros textos, puede entenderse por "título justo" el que por su naturaleza es apto para atribuir el dominio, siendo auténtico, real y válido.

Esta definición merece dos comentarios:

a.- Está orientada al dominio. Y eso se explica por la vinculación de la posesión con el dominio. El poseedor no se considera poseedor; se considera dueño o, al menos, se comporta como dueño, y no admite que otro lo sea. De ahí que el título en que funda su posesión, el antecedente con que la justifica (por qué posee), con el que responde a la pregunta por qué gobierna la cosa como señor, sea un título cuya función es atribuir dominio. Por eso queda explicado también que luego —como se dirá— el código los divide en dos grupos, que llama títulos "constitutivos de dominio" y "traslaticios de dominio". El rol natural de ellos es conferir dominio; entonces, al actuar, llegan a provocar en el adquirente la convicción de señor (lo dejan en posesión). En el caso concreto conferirán, además, efectivamente el dominio si quedan reunidos los requisitos correspondientes (por ej., si es ocupación, da dominio si la cosa mueble carecía de dueño; si es compraventa, seguida de tradición, da dominio si el vendedor era dueño); si no, simplemente dejan al ocupante, al comprador adquirente, en posesión. Queda dicho también que, tratándose de los traslaticios, para que sea justo no es necesario que el título emane del verdadero dueño.

b.- En la definición está expresado que es justo cuando es auténtico, real y válido. Estas características son agregadas por explicación local (chilena, sin perjuicio de que en otros ordenamientos también exista, conforme a sus respectivos textos); son agregadas teniendo presente los caracteres con los cuales —según el art. 704— los títulos son injustos: la falsificación, la putatividad, la nulidad. Entonces, el justo ha de ostentar las características opuestas.

166.- Subclasificación. Títulos constitutivos, traslaticios y declarativos.-

Según el art. 703, "el justo título es constitutivo o traslaticio de dominio". Doctrinariamente, debe ser agregado el título declarativo.

El precepto aplica la distinción a los títulos justos, pero es aplicable también a los injustos (una venta nula es título injusto y traslaticio de dominio).

Sistemáticamente, el Código Civil trata de los títulos para *poseer*. Sin embargo, la categorización corresponde más bien a la adquisición del dominio (como, por lo demás, su propio nombre indica). La relación con la posesión y la razón por las cuales el Código los trata en esta sede son

más bien prácticas. La posesión opera como un sucedáneo del dominio, cuya prueba es más simple (porque se basa en cuestiones fácticas y no normativas), de modo que es uno de los medios principales para resolver (al menos *a priori*) disputas relativas al dominio de la cosa. Tengan esto en mente al leer los párrafos siguientes.

a.- Títulos constitutivos de dominio.

El código llama así a los modos originarios de adquirir el dominio. Los enumera: ocupación, accesión y prescripción (art. 703). En otros términos, a ciertos modos de adquirir el dominio el código les atribuye el rol de títulos para poseer. Normalmente, cuando intervienen permiten adquirir el dominio y, por lo mismo, la posesión, pero puede ocurrir que no otorguen el dominio, en cuyo caso sólo actuarán como títulos de posesión (por ej., si es ocupado un bien que tiene dueño, la ocupación no funcionará como modo, pero constituirá título para poseer la cosa).

Respecto a la ocupación como título posesorio, hay confirmación en el art. 726. Esta decisión legal de tener a la ocupación como título para poseer provoca reflexiones que conducen a enjuiciarla. Ya ha sido dicho que el título posesorio constituye la explicación o justificación de por qué se posee. Entonces, admitir a la ocupación como título significa aceptar como explicación "poseo porque ocupo", lo que equivale a responder "poseo porque sí" o "poseo porque poseo". En el fondo, se está admitiendo prescindir del título.

(...) La doctrina generalmente objeta que la prescripción sea incluida dentro de los títulos constitutivos, puesto que ella misma supone posesión (no figuraba en el Proyecto de 1853 ni en el Inédito); lo que es efecto no puede constituir causa. Aunque ha sido intentado justificar su inclusión en cuanto legitima la situación futura del poseedor irregular que ganó el dominio por prescripción.

Aquí se aprecia lo que decíamos más arriba. Si analizamos los títulos desde la perspectiva de la posesión, no corresponde incluir a la prescripción (por lo que dice el texto); pero si los analizamos desde la perspectiva del dominio, no habría porqué excluirla.

Respecto a la accesión, constituye título para poseer lo que ha accedido a la cosa principal poseída (téngase presente lo dispuesto en el art. 652 y en la accesión de mueble a mueble).

b.- Títulos traslaticios de dominio. Son "los que por su naturaleza sirven para transferirlo" (art. 703 inc. 3º), como la venta, permuta, donación entre vivos, aporte en propiedad a una sociedad.

El inc. 6º del art. 703 precisa la situación de la transacción, la cual es también de esta clase de títulos, cuando es aplicada a un objeto no discutido (es disputado un predio; a cambio de su eventual derecho, uno de los contendores recibe del otro un automóvil).

Puede verse que estos títulos, al mismo tiempo que inician el proceso de transferencia del dominio, son títulos para poseer.

Nótese que el título es traslativo de dominio cuando sirve para transferirlo atendida su naturaleza (examinado en abstracto), aun cuando en el caso concreto de hecho no transfiera el dominio debido a que el que aparece transfiriéndolo carece de él. Así, la compraventa es título traslativo porque, por su naturaleza, es acto idóneo para conducir al traslado del dominio, aun cuando en un caso específico el vendedor no sea el dueño. Entonces, el comprador, al recibir en tradición, quedará como poseedor; y es poseedor en virtud de un título traslativo de dominio, la compraventa. Incluso, si esa compraventa no presenta ninguno de los defectos aludidos en el art. 704, será título justo, con lo que se tendrá ya uno de los requisitos para la posesión regular; recuérdese que la venta de cosa ajena es válida —según el art. 1815—, de modo que esa venta no queda incluida en el N° 3 del art. 704 —títulos nulos—, como pudiere pretenderse (...).

c.- Títulos declarativos de dominio. Aunque el código no identifica expresamente esta tercera categoría, el art. 703 y otros preceptos demuestran que está contemplada. En todo caso, la doctrina reconoce estos títulos y los distingue de los anteriores.

Acá si hay una inconsistencia del legislador (y de la doctrina). Si las reglas se refieren a los títulos para poseer, no debiera incluirse los títulos declarativos, pero si se refieren a los títulos de dominio, deberían estar incluidos.

Son los que se reducen a reconocer (declarar o aclarar) una situación de dominio preexistente. De modo que, cuando el poseedor es interrogado sobre por qué se tiene por señor de la cosa, cuando aduce alguno de estos títulos no está respondiendo; ellos no forman nuevo título para justificar posesión. Como sólo declaran o aclaran una situación preexistente, para averiguar qué tan legítima es la situación del poseedor es necesario retroceder hasta donde se encuentre el hecho o acto en virtud del cual entró a poseer.

(...) El art. 703 concentra a varios de estos títulos declarativos.

A continuación serán formulados algunos comentarios en torno a los que menciona, advirtiendo que los dos que aparecen primero presentan un problema de calificación.

1º. Las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición.

Con "sentencia de adjudicación en juicios divisorios" se alude a la sentencia que dicta el juez partidador en la partición efectuada por él; y con "actos legales de partición" a la convención en la cual los comuneros parten la comunidad por acuerdo entre ellos (v. *supra* N° 69).

Ahora bien, como el inciso anterior al comentado está regulando los títulos traslativos de dominio, cuando este inc. 4º dispone que "pertenecen a esta clase", está manifestando que estos actos recién mencionados pertenecen a la clase de los traslativos. Pero, por otra parte, ya se ha dicho (en *supra* N° 69) que el CC. (...) estableció para la adjudicación un efecto declarativo (arts. 1344 y 718). Surge, entonces, la duda sobre la calificación como declarativos o traslativos.

(...) Ha sido sostenido que, si bien respecto del dominio el efecto declarativo es claro (por el art. 1344), en materia posesoria es considerado título traslativo. Y es así por el tenor del 703, que simplemente los asimila a los traslativos. Y en cuanto al 718, por los efectos que dispone se estaría refiriendo, igual que el art. 1344, al efecto declarativo respecto del dominio.

En contra, ha sido postulado que en materia posesoria, igual que en el dominio, la adjudicación tiene efecto declarativo; es título declarativo, y es así por el tenor del art. 718. Y, cuando el art. 703 la considera título traslativo, se estaría refiriendo a las "adjudicaciones" efectuadas a extraños en el proceso particional. Esta última afirmación requiere una aclaración. En la práctica —y a veces en los textos legales—, en el proceso particional suele emplearse impropriamente el término "adjudicación" para designar a transferencias de bienes comunes a terceros, por ej., por remate. Auténtica adjudicación existe sólo entre comuneros. Entonces, como el término suele usarse en ese sentido impropio, se estima que ése sería el sentido empleado en el 703 y sería aplicable, por tanto, sólo a esas "adjudicaciones" a extraños.

Por cierto, dirimir la disyuntiva trae consecuencias. Puede verse en el siguiente ejemplo: en 1980, A, B y C compran un mueble en común y lo reciben en tradición. En 1983 parten la comunidad y el bien es adjudicado a A. Ocurre que la cosa no era del vendedor y, en 1984, el dueño la reivindica. El reivindicante sostiene que la adjudicación es título traslativo para poseer; de modo que el adjudicatario sólo es poseedor desde 1983, teniendo a la fecha de la demanda sólo un año de posesión. El demandado A sostiene que la adjudicación es título declarativo para poseer y, por tanto, él es poseedor exclusivo desde 1980 y que, por reunir los demás requisitos de la posesión regular, ya ha ganado la cosa por prescripción, de dos años, que cumplió en 1982.

2º. Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos.

Se trata de sentencias que resuelven un conflicto entre partes que disputan un derecho.

Estas sentencias son, sin duda, títulos declarativos. Lo expresa el inc. 5º: "no forman nuevo título para legitimar posesión".

(...) Es justificado que la sentencia no constituya nuevo título, porque lo normal es que las sentencias no creen derechos o situaciones; sólo declaran derechos preexistentes, aclaran situaciones conflictivas. Además, privándoseles de esa virtud de formar nuevo título, es evitado que se fragüen litigios (con una contraparte coludida) por quienes carecen de título o lo tienen injusto, para conquistar con el fallo uno irreprochable.

3º. La transacción.

Está definida en el art. 2446 (...).

Art. 2446. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

Para calificarla en cuanto título posesorio debe distinguirse, como ya lo hace el art. 703 inc. final, entre el acuerdo transaccional que decide la suerte de lo disputado y el que crea efectos sobre cosas no disputadas, que son incluidas porque contribuyeron a lograr el acuerdo que puso fin a la controversia. Respecto de la cosa disputada, la transacción es título declarativo; respecto de las no disputadas, es título traslativo.

Un ejemplo en cuanto título declarativo: A y B disputan un predio. Transigen: es acordado que el predio queda para A; y fue así acordado porque por su parte A dio a B un camión. Como el título es declarativo, se entiende que el predio es de A no desde ahora, sino desde antes, desde la fecha que él mencionaba cuando lo discutían, y con base en el acto que él mencionaba cuando lo discutían (...).

Un ejemplo en cuanto título traslativo: cuando fue acordado que el predio quedaba para A, éste dio a B un camión (prestación que condujo a B a acceder a que el predio quedare para A). Respecto de este objeto, que no estaba en disputa, la transacción es título traslativo; es nuevo título; justifica posesión (...).

166 bis.- La sucesión por causa de muerte como título.-

(...) Qué posee el heredero y desde cuándo son interrogantes sumamente discutidas en la doctrina, con dilatada historia y normas legales frecuentemente controvertibles. Entre nuestros textos (que ciertamente no hacen excepción a aquel carácter) pueden ser mencionados los arts. 688, 704, 717, 718, 722, 1264 y sgts., 2500, 2512. Además, en las conclusiones influyen conceptos posesorios y hereditarios, algunos generalmente aceptados y otros discutidos o de significado difuso.

Para nosotros, conviene tener presente las siguientes circunstancias. El código implanta un derecho de herencia como derecho real (distinto del dominio), que constituye una originalidad (...). Se tiene entendido que su vida es efímera; nace con la muerte del causante y termina con la partición de los bienes que la integran (o antes, si hay sólo un heredero). La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio de cosas. La posesión es concebida —generalizadamente— como un hecho; y, derivada de esa calificación, prevalece también la conclusión de que no se transmite (no obstante lo dispuesto en el citado art. 2500, que es comentado en *infra* N° 176).

Con estos antecedentes, en nuestro Derecho conviene formular apreciaciones diferenciadas para la herencia y para los bienes que transmite el causante.

a.- En cuanto a la posesión de la herencia.

1º. Por la sola circunstancia de serlo, al heredero se le tiene por poseedor legal de la universalidad herencia (arts. 688 y 722); así, la posesión "legal" de la herencia es la que se confiere al heredero por el solo ministerio de la ley (aunque el heredero lo ignore).

2º. Está implantada también la noción de posesión "efectiva" de la herencia, consistente — como ya se dijo — en una declaración —judicial o administrativa— por la que a cierta persona se le tiene por heredero de otra; para certeza de los terceros en el cobro de deudas y, en general, en el ejercicio de sus derechos; para la continuidad del Registro inmobiliario;

para facilitar la aplicación de la prescripción como medio de dirimir dudas entre el que por derecho es heredero y el que se cree tal (art. 688).

3º. Conforme a precedentes judiciales, a esas clases de posesión se agrega la posesión "real" (o "material") de la herencia, que corresponde al que gobierna la herencia en calidad de heredero, y que puede serlo o no. Como se está tratando de la posesión de la herencia (no de los bienes incluidos en ella), es pertinente la pregunta (con una dosis de incredulidad) sobre cómo podría poseerse materialmente esa abstracción llamada herencia. Con benevolencia conceptual y sentido práctico ha sido estimado que es poseída una herencia (en este sentido de posesión real) poseyendo los bienes del causante —al menos los fundamentales— en calidad de heredero.

(...). b.- En cuanto a la posesión de los bienes.

(...) Si el que posee un bien lo posee en calidad de heredero, aquí aparece la sucesión por causa de muerte como título.

El código no menciona a la sucesión *mortis causa* como título posesorio, para poseer bienes determinados. Pero la doctrina nacional habitualmente la considera, aunque sin distinguir claramente entre la posesión de la herencia y la de bienes específicos; son citados preceptos que aluden a la posesión, pero se trata de normas dirigidas a la posesión de la herencia (...).

167.- Títulos injustos.-

Se ha dicho que el código no ha definido el título, ni el justo; tampoco el injusto. Esta vez no procede con conceptos; ha optado por determinar especies; construyó una lista de los títulos que no son justos (art. 704).

Suele afirmarse que esta enumeración es taxativa (...). Por otra parte, ha sido resuelto que calificar un título de justo o injusto es una cuestión de Derecho, no de hecho.

Sobre estos títulos pueden formularse algunas apreciaciones, que serán expuestas siguiendo el orden en que están consignados en el art. 704.

1º. El falsificado. Por los términos de esta primera situación, no está comprendida aquí la falta de veracidad, de modo que si el título fue realmente otorgado por quienes aparecen, aunque sus declaraciones no sean verdaderas, es siempre justo.

La adulteración puede referirse a las personas que aparecen interviniendo, al funcionario autorizante, al contenido del acto. Literalmente la norma reduce la falsificación a los sujetos, pero parece justificado, y también más armónico con el art. 17, entenderla con amplitud.

En cada caso tendrá que ser apreciada la envergadura y su consecuente influencia en la integridad del contenido. Porque puede haber algunos cambios que sean efectuados con intención de corregir un defecto ortográfico o terminológico que en extremo rigor constituye falsificación, pero que no afecta la autenticidad del acto en su sentido y en sus caracteres fundamentales.

Cuando un instrumento incluye varios actos jurídicos independientes, la falsificación de uno no justifica, necesariamente, dar por falsificados todos. Recuérdese que aquí se está tratando de la falsificación del título posesorio, es decir, del antecedente sustantivo que explica o justifica la posesión; por tanto, si ese antecedente consta junto a otros actos en el mismo instrumento y la falsificación se refiere a alguno de esos otros, puede concluirse que aquél no está falsificado y, por ende, que el título es justo. Incluso, así como existe la nulidad parcial para actos que pueden descomponerse en secciones independientes, en los que una parte puede adolecer de un vicio y no el resto (como el testamento, salvo en el vicio de fuerza, conforme al art. 1007), así también podría ocurrir respecto de la falsificación. Pero habrá situaciones en las que cierta falsificación dejará a todos los actos con título falsificado (como cuando se refiere a la presencia, exigida por ley, del funcionario público autorizante).

En ocasiones, una falsificación de apariencia intrascendente puede provocar un efecto decisivo, que altere la naturaleza del antecedente posesorio; entonces, el título es falsificado y, por tanto, injusto.

2º. El conferido en calidad de mandatario sin serlo. Ha sido entendido que se incluye también aquí el título emanado de un representante que actúa extralimitándose en sus facultades. En otro sentido, el texto no distingue, de modo que el título es injusto sea que el que pasa por representante sepa que no lo es o crea serlo cuando realmente no lo es; es decir, esté de buena o de mala fe.

Si alguien vende una cosa ajena, pero como propia, actuando por sí, el título es justo; no está incluido en el N° 2 del art. 704; ni tampoco en el N° 3, porque el art. 1815 dispone expresamente que la venta de cosa ajena es válida; en tanto, si la vende como ajena, diciéndose representante del dueño, el título es injusto. La diferencia parece justificarse porque en esta última situación, anormal, el adquirente debió examinar suficientemente el poder que aduce quien le ha manifestado ser representante. Esta observación demuestra la íntima relación —ya anunciada— entre el antecedente jurídico aducido y la conducta del sujeto; entre el título y la fe.

Por último, si el título emana de un representante que verdaderamente lo es, para enajenar una cosa que no pertenece al poderdante, es un título justo; no se encuentra comprendido en el N° 2; si el acto celebrado es una venta, simplemente es una venta de cosa ajena.

3º. El nulo. Si el título es nulo, es como si no hubiese título, según las expresiones de Pothier. Es injusto bien que la nulidad de que adolece sea absoluta o relativa, no está distinguido; y si es relativa, puede tener aplicación la confirmación (art. 705).

Conviene definir si es necesaria la declaración judicial de nulidad para considerar injusto el título. La respuesta afirmativa se ve apoyada por el principio —entre nosotros dispuesto en reglas como los arts. 1687 y 1689— de que la nulidad sólo produce efectos una vez que ha sido declarada judicialmente; mientras no sea declarada, el acto produce sus efectos, debiendo tenerse por válido. Sin embargo, esa postura tropieza con la nulidad relativa. Como ella no puede ser alegada sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las

leyes, podría darse el caso de que el interesado en que se tenga por injusto el título no tuviere la acción de nulidad relativa. A compra a un relativamente incapaz un objeto perteneciente a B; B reivindica; A le opone prescripción ordinaria fundado en posesión regular; B observa que el título es nulo relativamente y por tanto injusto, lo que excluye la posesión regular y por lo mismo la prescripción ordinaria; pero esta nulidad está establecida en favor del contratante incapaz y no en favor de B, por lo que no podría obtener la declaración de nulidad del título. Para sortear la dificultad ha sido propuesto que a quien tenga interés en que el título sea injusto debe ser permitido que invoque la nulidad relativa para el solo efecto de ser tenido por injusto, manteniéndose el acto respectivo como válido para los demás efectos legales, los cuales se extinguirían sólo cuando sea anulado a petición de quien tenga la acción de nulidad. Aunque algo artificiosa, la solución parece funcional.

Una relación con el art. 1815, que declara la validez de la venta de cosa ajena, permite en esta materia una observación. La venta de cosa ajena es una destacada situación en la cual hay dos intereses en conflicto, ambos dignos de protección: el derecho de dominio y la seguridad del tráfico. Se trata de proteger al dueño o a los terceros, que diariamente adquieren cosas, especialmente muebles, sin que les pueda ser exigible un examen acucioso de la titularidad del enajenante, bajo consecuencia de entorpecer la fluidez en circulación de los bienes. Relacionando el art. 1815 con este 704 N° 3, la conclusión es que el codificador optó por el derecho de dominio con atenuación a favor del tráfico. Protegió el dominio, porque en el art. 1815 dispone que la validez de la venta es sin perjuicio de los derechos del dueño mientras no prescriban; y en alguna medida protegió al comprador (y, así, al tráfico, porque, al declarar válida la venta, lo deja con título justo y, por tanto, ya con el primero de los requisitos para la posesión regular, la cual le permite adquirir el dominio por el plazo más breve de prescripción (el de la ordinaria).

4°. El putativo. El código no ha definido lo que es título putativo. La doctrina suele conformarse con entender por título putativo el que se invoca sin existir realmente. Pero debemos añadir alguna mayor concreción. De la circunstancia de tratarse de un "título" y de los ejemplos que el texto ofrece desprendemos que es un título aparente; es decir, como todo título, es un antecedente jurídico que por su naturaleza justifica posesión, pero que adolece de algún defecto que lo ha dejado en el solo estado de apariencia. Como no es "realmente" un título, podría pretenderse que en la nada hay también un título putativo (el sujeto sostiene que posee porque es heredero de X, sin agregar ningún vestigio de antecedente que conduzca a esa conclusión: ni parentesco, ni testamento ni algo semejante a testamento; cuando se le reprocha esa ausencia de antecedentes, responde: "precisamente, como no soy realmente heredero, tengo título putativo"). La regla no debiera conducir a ese extremo. La nada no está incluida en la putatividad; ahí no hay apariencia. Debe existir un efectivo antecedente que configure apariencia; y, entonces, por otros elementos de juicio, es concluido que ese antecedente es sólo apariencia.

Con frecuencia el poseedor tendrá el erróneo convencimiento de que tiene título, y aquí es percibida nuevamente la íntima relación entre este elemento, el título, y el siguiente, la fe.

En cuanto a los ejemplos, hay relación con lo prescrito en el art. 1269. Además de esos ejemplos, han sido mencionados como títulos putativos los actos simulados (pero como entre nosotros la simulación es conducida a la nulidad, quedaría en el N° 3), los resueltos.

Si el justo título aducido es el acto testamentario "legalmente ejecutado", ha sido concluido (pero antes de la reforma por Ley 19.903, cuando la expresión era "judicialmente reconocido") que es aplicable sólo al legatario de especie o cuerpo cierto, no al de género, ya que éste sólo tiene un crédito contra la sucesión o contra el heredero gravado. El punto parece encontrar su decisión en la solución de otra duda: si es posible la posesión de derechos personales, a la que ya se ha hecho referencia (v. *supra* N° 162).

Tratándose de la posesión efectiva, ha sido discutido el inicio del cómputo del plazo para la prescripción (desde que es dictada, desde que es notificada); parece imponerse la decisión de que debe ser contado desde que la resolución es dictada.

Con la noción de título putativo que se ha dado y teniendo presente la función que cumple el título, en definitiva el título injusto es una apariencia de título; eso queda demostrado con las situaciones específicas que menciona. Por esto: a.- podría ser sustituido por un concepto genérico redactado en torno a la noción de antecedente que aparenta ser título; b.- la tal taxatividad, que habitualmente ha sido atribuida al texto, con el N° 4 queda desvirtuada y viene a dejar en cierto grado prescindibles a las situaciones anteriores (de los otros numerales); y c.- esa tipificación legal de situaciones de los otros numerales tal vez todavía puede justificarse por la frecuencia y nitidez con que suelen presentarse y la trascendencia de las instituciones de donde emergen.

168.- 2. Buena fe.-

(...) Puede entenderse por buena fe la convicción de actuar lícitamente (rectamente). Es la noción corriente y tradicionalmente aceptada por el Derecho, y que ha llegado a calificarse como acepción subjetiva. Pero ha sido desarrollada también una noción objetiva, en la que se tiene por buena fe el comportamiento conforme a la conducta que es la socialmente exigible a los individuos en su vida asociativa.

Considerada como convicción subjetiva, psicológica, ha de ser averiguada en cada caso particular, examinándose "en concreto"; en tanto que la segunda implica su apreciación "en abstracto", comparando lo que normal y socialmente se tiene por actuación de buena fe con la actuación del sujeto (esta última noción ha cobrado desarrollo principalmente en materia contractual).

(...) En apreciación genérica, es postulado que en el ámbito de los derechos reales la buena fe se manifiesta más bien como convicción o creencia (por ej., el comprador cree adquirir de quien es dueño), en tanto que en el de las obligaciones es más bien un modo de comportamiento. (...) Con fundamento subjetivo, y en la noción de buena fe creencia, el código establece lo que en materia posesoria significa la buena fe (art. 706), precepto fácilmente explicable porque el "proceso" de "adquisición" es iniciado en el título. Y aquí, en la materia posesoria, nuevamente puede apreciarse la vinculación estrecha entre el título y

la fe (por ej., un título, falsificado por quien lo hace valer, automáticamente implica mala fe).

Es comprensible el precepto citado en cuanto estima compatible con la buena fe un error de hecho que sea justo, es decir, excusable, en el que las apariencias justifiquen el error padecido (aunque la excusabilidad incide más propiamente en la prueba de la buena fe que en su existencia). En cambio, dispone que obsta a la buena fe un error de derecho (como si el título emana de un menor y se pretende aducir ignorancia de que los menores son incapaces) (los arts. 8º y 1459 se relacionan con esta presunción de mala fe).

Ha sido sostenido que establecer la buena o mala fe en un caso concreto es una cuestión de hecho.

En cuanto a la época en la que la fe tiene influencia en la posesión, siguiendo los precedentes del Derecho romano, el código consagró la regla del art. 702 inc. 2º, apartándose de la tradición canónica, que exigía buena fe para la posesión regular durante el curso de la posesión.

Pero entre nosotros la pérdida de la buena fe, aunque mantiene al poseedor como regular, trae consecuencias de interés (conforme a los arts. 906, 907, 913).

En cuanto a la prueba, siguiendo un criterio de normalidad, se ha establecido una presunción simplemente legal de buena fe (art. 707). No obstante su ubicación en la materia posesoria, se tiene entendido que la presunción es de general aplicación. Por lo demás, la idea del art. 707 es también confirmada en otros preceptos (por ej., en los arts. 94 Nº 5; 2510 Nº 2). Hay sí presunciones contrarias (por ej., arts. 94 Nº 6; 706 inc. final; 2510 Nº 3). En cambio, ha sido puntualizado que la presunción de mala fe para quien aduce error de derecho es de aplicación exclusiva a la materia posesoria.

Sin perjuicio de las presunciones (en cualquier sentido que sean impuestas), al tener que ser probada la fe (buena o mala) tendrá lugar la comparación que antes fue consignada y, por tanto, tendrán que ser probados los hechos de los que se ha desprendido el comportamiento del sujeto en el caso concreto.

169.- 3. Tradición, si el título invocado es traslativo.-

Si es invocado un título constitutivo, no es exigida tradición. Esos títulos, que constituyen modos, dejan de inmediato al sujeto en posesión de la cosa; la tradición entonces no es justificada ni sería posible. Si es invocado título traslativo de dominio, la exigencia de la tradición es explicable. El solo título concede un derecho personal para exigir la entrega de la cosa. Sólo cuando es entregada, el que la recibe puede gobernar, tener la cosa a su merced, comienza a poseer (art. 702 inc. 2º) (sobre la prueba de la tradición, v. *supra* Nº 113 *bis*).

170.- Ventajas.-

Ciertamente, es conveniente para el poseedor que su posesión sea calificada de regular. Arribará al dominio mediante la prescripción ordinaria, que implica un plazo más breve

(arts. 2507 y 2508); queda dueño de los frutos (art. 907); dispone de la acción publiciana (art. 894); en cambio, la diferencia no influye en la presunción de dominio ni en la disposición de acciones posesorias.

171.- B. Posesión irregular.-

Es la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular (art. 708).

(...) 172.- Posesiones viciosas.-

Nuevamente, el código no proporcionó un concepto. Prefirió determinar los vicios, que redujo a dos. Son posesiones de esta clase la violenta y la clandestina (art. 709).

De ellas queda la percepción de que son posesiones gravemente reprochables.

a.- Posesión violenta. Es la que ha sido adquirida por la fuerza (física o moral); con influencia de Pothier, el código contiene algunas reglas que la caracterizan (arts. 710, 711, 712).

Los caracteres de relatividad y temporalidad de la violencia han sido discutidos en la doctrina nacional. Ha sido sostenido que es posible ser poseedor violento respecto de aquel contra quien ha sido utilizada la violencia, pero no respecto de otros que posteriormente disputaren la posesión (sería un vicio relativo); y que desde que cesa la violencia deja de ser viciosa (sería un vicio temporal).

En la doctrina extranjera tampoco hay acuerdo. Hay autores que, ante textos semejantes a los nuestros, sostienen que la posesión es violenta cuando es adquirida con violencia en las personas, no en las cosas, salvo que quede tipificado un delito.

b.- Posesión clandestina. Es la ejercida ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (art. 713); nótese, pues, que es clandestina aunque sea pública respecto de la generalidad de las personas, si es ocultada al interesado.

Aquí es claro que se trata de un vicio relativo. El sujeto puede ser poseedor clandestino respecto de un interesado y no respecto de otro, ante quien posee ostensiblemente. Y es temporal; el sujeto deja de ser poseedor clandestino cesando la clandestinidad, ya que es definida como la que "se ejerce" ocultándola. Por lo mismo, no es decisiva la actitud al momento de la adquisición; la posesión pudo ser iniciada sin ocultamiento y transformarse en clandestina y viceversa.

173.- Utilidad de la posesión viciosa.-

Ha sido difundida la sinonimia entre posesión viciosa e inútil de modo que se tiene entendido que las posesiones regular e irregular (útiles) conducen a la prescripción, en tanto que las viciosas, es decir, la violenta y la clandestina, no (inútiles). Soportan esta conclusión fundamentos de Derecho romano, éticos y de textos legales (como los arts. 2510 regla 3ª y 920).

Sin embargo, estas distinciones han sido discutidas. Ha sido sostenido que los vicios de la posesión son compatibles con su utilidad, y es posible concebir una posesión irregular, y

aun regular, con clandestinidad y, en ciertos casos, con violencia. Por ej.: si es vendida una cosa ajena, el comprador puede tener la posesión regular (tendrá justo título, pues la venta de cosa ajena vale, puede estar de buena fe, y se supone que le fue efectuada la tradición). Si luego de un tiempo llega a saber que la cosa es ajena, empieza a poseerla ocultándola al verdadero dueño; con ello será poseedor clandestino, pues la ejerce con clandestinidad y respecto de ello nada importa que la haya iniciado ostensiblemente; y será poseedor regular porque, si bien ha terminado su buena fe, en este punto lo decisivo es que haya estado de buena fe al iniciar la posesión, y lo estuvo. Así, se trataría —ha sido propuesto— de una posesión regular (útil) y clandestina.

174.- La mera tenencia.-

Constituye la última de las tres situaciones en que puede estar un sujeto ante la cosa: es dueño, poseedor o mero tenedor.

En un sentido genérico, hay tenencia cuando es detentada una cosa sin la convicción de ser el dueño de ella. Y las hipótesis más específicas son varias, con las que se revela multifacética. Es detentada una cosa en la convicción de que es de alguien determinado (de Pedro), sin su conocimiento; o con su conocimiento, pero sin su anuencia; o con su tolerancia; o con su anuencia; o contra su voluntad; o con su encargo (de que la tenga por él); o que es de alguien, indeterminadamente ("de otro"); o sin una reflexión de que sea siquiera de alguien (ni —por cierto— propia). Consciente o inconscientemente, estas situaciones inciden en el grado de estabilidad con que el sujeto conduce su relación con la cosa, que a su vez repercute en la específica actitud que adopta en su custodia y utilización; a veces con desdén hasta casi el abandono, otras con honesto y funcional aprovechamiento, otras de cuidado con esmero y, en fin, otras esquilmandola con fruición.

En la variedad de situaciones, jurídicamente hay unas más identificables o tipificadas que otras. Algunas surgen como consecuencia de un contrato (arrendamiento, usufructo, comodato, depósito); otras, en ausencia de contrato; otras configuran la del que "posee a nombre ajeno" (que en algunas latitudes es llamado "servidor de la posesión", como acontece en el art. 855 del cód. alemán, según ya se dijo; v. *supra* N° 163 y nota).

En otro sentido, el que ha llegado a tener la cosa porque le fue entregada por otro puede haber adquirido un derecho real restringido sobre la cosa (como un usufructo) o haber adquirido sólo un derecho personal respecto de la cosa (como el arrendatario).

El CC. no ha destinado un conjunto normativo que regule organizadamente la mera tenencia; algunas hipótesis de las mencionadas son aludidas en textos para cierto efecto (como en los arts. 915 y 730); otras, integrando actos o contratos tipificados, quedan sometidas al respectivo estatuto.

El texto genérico es el art. 714.

Puede verse que el precepto tiene contenidos separables. Primero, está restringida al que detenta en nombre de otro, y luego (en el inc. final) es extendida a todo el que tiene la cosa reconociendo dominio ajeno (aunque no la tenga "en nombre de otro"). No parece

necesario el reconocimiento de dominio ajeno; también hay que calificar de tenedor al que simplemente detenta la cosa (sin ánimo de señor), sin tener reflexión alguna acerca de si la cosa tiene dueño o no.

Considerando el tenor de la regla podría pretenderse que hay mera tenencia y tenencia. Sería mera tenencia la detentación de una cosa que ha sido recibida (para algún efecto) con la restricción que implica la obligación de restituir y que, por lo mismo, incluye un grado de confianza en el receptor (a ella estarían dirigidos los varios ejemplos); por norma (el inc. final), quedaría asimilada la situación del que, sin haber recibido la cosa (para algún efecto y después restituirla), la tiene, reconociendo dominio ajeno. Y quedaría como tenencia aquella hipótesis del que detenta una cosa con convicción de que no es suya, pero prescindiendo de que sea de alguien; simplemente tiene la cosa mueble o está instalado en el inmueble.

Todavía podría proponerse que es mera tenencia la situación del inc. 1º del art. 714 y tenencia las demás, con lo que la del inc. final sería una tenencia a la que, siendo conceptualmente distinta, le son aplicables las reglas de la mera tenencia (del inc. 1º).

A propósito de la procedencia de las acciones posesorias, ha sido sostenido que la mera tenencia es un concepto absoluto: se es mero tenedor no sólo respecto del dueño, sino respecto de todos; de manera que si alguien priva al mero tenedor de tal tenencia, éste carece de las acciones posesorias. Es también inmutable (art. 716, confirmado por el art. 719 inc. 2º, en objetable redacción). A esa inmutabilidad le son apuntadas excepciones (las de los arts. 716 parte final, en relación con el 2510 regla 3ª, y la del art. 730, a los que se hará referencia más adelante; como se dirá, es discutible que sean efectivas excepciones).

175.- Consecuencias jurídicas de la mera tenencia.-

Ordinariamente, el mero tenedor tendrá la cosa ya porque tiene un derecho real sobre ella cuyo ejercicio implica detentarla (como un usufructo, un uso) o porque tiene un derecho personal respecto del dueño (como un arrendamiento o un comodato). Puede notarse que en la primera alternativa es mero tenedor (de la cosa), pero poseedor del respectivo derecho real.

Los efectos que se generan de ella están incorporados en la regulación de los respectivos actos o contratos en los que está integrada, constituyendo en ellos un elemento del respectivo derecho real o de la prestación del respectivo derecho personal.

Si la situación de tenencia se presenta sola, de ella se desprenden efectos dispuestos en variadas normas dispersas en el código (como los arts. 896, 915, 928, 1930, 2315).

176.- La transmisión de la posesión.-

En primer lugar conviene una aclaración semántica. Entre nosotros "transmisión" es sinónimo de "traspaso por causa de muerte".

(...) Sin mayor examen (...), la respuesta puramente racional y básica es que este problema es de segundo grado, dependiente de aquel dilema de si la posesión es un hecho o un

derecho. En extrema síntesis: concebida como un hecho, no hay transmisión posible; concebida como un derecho, es concebible su transmisión.

(...) En cuanto al Derecho chileno, tal como ya se dijo (*supra* N° 166 *bis*), entre nuestros textos deben ser mencionados al menos los arts. 688, 704, 717, 718, 722, 1264 y sgts., 2500, 2512. Además, en las conclusiones influyen conceptos posesorios y hereditarios, algunos generalmente aceptados y otros discutidos o de significado difuso.

Conviene tener presente las puntualizaciones ya mencionadas a este respecto (en *supra* N° 166 *bis*): el código implanta un derecho de herencia como derecho real, distinto del dominio, que constituye una originalidad (y de utilidad dudosa), generalizadamente ausente en el Derecho extranjero. Se tiene entendido que su vida es efímera (nace con la muerte del causante y termina con la partición de los bienes que la integran, o antes, si hay sólo un heredero); la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio de cosas; predominantemente, la posesión es concebida como un hecho (y así lo estimamos también).

Teniendo en cuenta la relación del problema con el sistema de adquisición de la herencia, como es sabido el CC. está plegado al romano, que requiere la aceptación del llamado, y con efecto retroactivo a la apertura (arts. 1225 y 1239).

Como ya se dijo, concebida como un hecho (v. los argumentos en *supra* N° 57), entre nosotros se tiene entendido que la posesión no se transmite, que no pasa del causante a su heredero. Los términos del art. 717 son bastante categóricos (y amplios, aplicables a la transferencia y a la transmisión). Así lo estimamos también.

(...) En cada bien, la posesión del causante terminó con su vida y quien entre en posesión ahora será un nuevo poseedor, sin perjuicio de la agregación, conforme al art. 717 (y para la pregunta con qué título, v. *supra* N° 166 *bis*).

(...) **177.- Transferencia de la posesión.-**

Al igual que en la transmisión, la posibilidad de transferencia de la posesión depende, fundamentalmente, de la concepción que sea adoptada sobre su naturaleza, como hecho o derecho (para lo cual, nuevamente, v. *supra* N° 157).

Entre nosotros, la posesión no se transfiere por acto entre vivos; los arts. 717 y 2500 inc. 1° conducen a esa conclusión.

(...) Finalmente, postulados doctrinarios aparte, la práctica advierte que la negación de la transmisión y transferencia de la posesión contribuye al mejoramiento de los títulos de dominio, en cuanto evita que un sucesor, que puede haber adquirido legítimamente, vea enturbiada su posesión con vicios existentes en la de su antecesor. Y los beneficios que puede obtener sumando a la suya la posesión de su antecesor pueden ser logrados con la facultativa agregación de posesiones (que será examinada a continuación).

178.- Agregación de posesiones.-

El art. 717 permite al poseedor agregar a la suya la posesión de su antecesor o antecesores. La posibilidad es conocida con distintas denominaciones ("unión", "acesión", "adjunción", "conjunción" de posesiones). Los arts. 920 y 2500 hacen también referencia a esta situación.

La agregación aparece como un factor que contribuye eficazmente a una mayor aplicación de la prescripción para los poseedores que carecen del dominio y para el ejercicio de las acciones posesorias, que exigen un plazo mínimo de posesión (art. 920 inc. 4º).

(...) 179.- Posesiones contiguas.-

Para que proceda la agregación es necesario que la posesión del poseedor que agrega sea contigua con la anterior y, si son varias, todas ellas deben ser contiguas, sin solución de continuidad; así es desprendido de los términos del precepto (si una cosa ha sido poseída sucesivamente por A, B, C y D, éste —D— no podrá pretender agregar a la suya la posesión de C y la de A, excluyendo la de B). Tampoco procederá la agregación si en la cadena de poseedores tuvo lugar una interrupción de la posesión, ya natural, ya civil. Es sabido que la natural puede ocurrir por imposibilidad de ejecutar actos posesorios (art. 2502 N° 1) o por haber pasado la posesión a otras manos (art. 2502 N° 2). En este último caso podrá tener lugar, no obstante, la agregación, si la posesión se recuperó por los medios legales (arts. 2502 inc. final y 731). Tratándose de la interrupción civil, debe observarse que podrá oponerse a la agregación tan sólo el que procedió a interrumpirla (art. 2503).

Por otra parte, tal como lo dispone el precepto, la agregación es efectuada con las calidades y vicios. De modo que, si a una posesión de buena calidad es agregada una defectuosa (por ej., de mala fe), ésta inficiona a aquélla; a la inversa, no por agregar una posesión exenta de defectos va a quedar purificada la defectuosa del poseedor que la agrega.

Ha llegado a ser admitido que, si alguien tiene una posesión defectuosa (por ej., de mala fe) y observa que la de su antecesor era regular y había completado el plazo de prescripción ordinaria, puede "disociar" su posesión de la del antecesor y utilizar sólo la de éste, alegando prescripción ordinaria basada en ella. En definitiva, en esa actitud está siendo admitido al sucesor alegar la prescripción que podía invocar el antecesor; el fundamento es que, si bien (concebida como un hecho) la posesión no se transfiere ni se transmite, sí pueden traspasarse las facultades o prerrogativas que tenía el antecesor (el *ius possessionis*); parece discutible (v. números precedentes y *supra* N° 157; se volverá sobre la interrogante al tratar la alegación de la prescripción, en *infra* N° 199).

Como la generalidad de los textos positivos que contemplan la agregación se refieren a un sucesor que lo sea a cualquier *título* respecto de un antecesor (como ocurre con nuestros arts. 717 y 2500), es rechazada la posibilidad de que el ladrón o el usurpador pudieren agregar posesiones; no son sucesores por algún título (la han obtenido por un mero hecho); más aún, no son "sucesores".

(...) 182.- Mutación de la mera tenencia en posesión.-

(...) los textos son los arts. 716, 719 inc. 2º, 730 y 2510 regla 3ª.

De esos preceptos resulta que el puro lapso de tiempo es insuficiente para la transformación de la mera tenencia en posesión. Suelen mencionarse como excepciones a esta regla los arts. 730 y 2510 regla 3ª. No lo son; en ambas hipótesis es necesaria la ocurrencia de otros antecedentes sumados al transcurso del tiempo. En la primera situación es el que recibe del tenedor usurpador el que adquiere posesión, siendo necesario, pues, el acto de enajenación; y, en la segunda, las exigencias de la regla tercera demuestran un cambio evidente de la conducta del propietario y, sobre todo, del que era mero tenedor (sobre esta norma del art. 2510 regla 3ª, se volverá al tratar la prescripción extraordinaria, *infra* N° 210).

Desde otro punto de vista, puede sí observarse una contradicción entre los arts. 730 inc. 1º y 2510: en términos absolutos el primero impide al mero tenedor transformarse en poseedor, mientras el art. 2510 se lo permite probando las circunstancias que indica su regla 3ª.

(...) 183.- Mutación de la posesión en mera tenencia.-

Los textos son los arts. 684 N° 5 y 2494.

En nuestro Derecho, tal posibilidad está contemplada señaladamente en el denominado "constituto posesorio" (art. 684 N° 5; v. también *infra* N° 188). Debe ser mencionada también la situación en que el poseedor efectúa, expresa o tácitamente, un reconocimiento de propietario al que verdaderamente lo es; en tal caso, quedaría transformado en mero tenedor. Los efectos serán los de una interrupción de la prescripción; es imposible descartar esta posibilidad (con un tal reconocimiento el poseedor simplemente deja de poseer; se verá nuevamente el punto al tratar la prescripción).

Adquisición, conservación y pérdida de la posesión de bienes muebles

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

184.- Observaciones generales.-

Antes de tratar las particularidades de este tema, procede examinar dos capítulos aplicables a la adquisición de la posesión de toda clase de bienes: la capacidad y la posibilidad de adquirirla por intermedio de otro.

185.- a. Capacidad para adquirir la posesión.-

Requiriéndose tan sólo aprehensión de una cosa unida a la voluntad de enseñorearse, las reglas de capacidad en esta materia son algo menos exigentes que las generales.

Del contenido del art. 723 se infiere que la posesión de los muebles puede ser adquirida por toda persona, con la sola excepción de los dementes y los infantes (carecen de voluntad). Pero si bien los incapaces pueden adquirir la posesión de estos bienes, no pueden ejercer

las facultades de poseedores (prestar la cosa, darla en arriendo) sino con la correspondiente autorización.

No hay norma especial que regule la capacidad para adquirir la posesión de los inmuebles; de esta circunstancia ha sido derivado que entonces queda sometida a las reglas generales y, por tanto, que los relativamente incapaces podrán adquirirla y ejercerla sólo mediante sus representantes legales o autorizados por ellos. Pero si se tiene en cuenta que entre nosotros la posesión es considerada un hecho, bien podría concluirse que también basta el discernimiento (tener conciencia de lo que significa que algo sea propio); y al respecto es sugerente que el inc. final del art. 723 declara (sólo) a los dementes y los infantes incapaces para adquirir "posesión". En todo caso, debido a la regulación de nuestra "posesión inscrita" (que se verá pronto), que requiere de actuaciones registrales, es difícil que un relativamente incapaz logre adquirir por sí solo la posesión de inmuebles.

186.- b. Adquisición de la posesión por intermedio de otro.-

Sin estimar suficiente el general precepto del art. 1448, en materia posesoria el código consagra normas especiales que permiten la adquisición de la posesión a través de otro (arts. 720 y 721), posibilidad que merece algunas apreciaciones. Para examinarlas, téngase en cuenta que el intermediario puede ser un representante legal, un mandatario o aun un agente oficioso.

— Si es adquirida por representante legal o mandatario, el art. 721 regula la situación (si ese intermediario actúa fuera de la esfera de sus atribuciones, quedará ubicado en el ámbito del agente oficioso, al que se hará referencia luego). Al regular ciertos capítulos posesorios, el código hace una particular referencia al intermediario, como acontece en la incapacidad de infantes o dementes (art. 723) y de la violencia en la adquisición de la posesión (art. 712 inc. 2°).

Hay ciertas situaciones en las que la posesión puede ser adquirida sólo a través de otro. Así acontece —como ya ha quedado dicho— con los infantes y dementes (art. 723 inc. 2°) y —suele agregarse— con las personas jurídicas, que han de adquirirla a través de quienes las representan.

— En cuanto a la adquisición por agente oficioso, la posibilidad está permitida expresamente, disponiéndose las exigencias y efectos (art. 721 inc. 2°).

187.- Principio básico. La posesión es adquirida concurriendo sus elementos; la tenencia con el ánimo de señor.-

Se trata de determinar cómo es adquirida la posesión.

Aunque las ventajas de poseer son varias (y aquí ya han sido mencionadas), cuando no se tiene el dominio, conviene retener una muy importante: poseyendo, el poseedor camina al dominio mediante la prescripción.

Para el efecto es necesario recordar una regla fundamental que ha quedado consignada con lo estudiado hasta ahora: la posesión es adquirida cuando están reunidos sus dos elementos

constitutivos, el *corpus* y el *animus*; tiene lugar cuando concurren la aprehensión o tenencia de la cosa con el ánimo de señor.

En cuanto a la posesión de las cosas incorporales (...) el texto (...) no determina cómo es adquirida (...). La posesión del usufructo y del uso sobre muebles es adquirida al ser recibida la cosa a ese título, luego de ser constituidos esos derechos; otro tanto es aplicable respecto del usufructo sobre muebles al ser cedido, ahora con intención de efectuar la tradición del derecho (si es admitido que el derecho de usufructo es cesible).

(...) En cuanto a la muy particular "posesión de la herencia", la legal es adquirida (por el verdadero heredero) por el solo ministerio de la ley; la material es adquirida poseyendo los bienes hereditarios (al menos los principales) en calidad de heredero (según ha sido resuelto); la efectiva, mediante la resolución administrativa o judicial (v. para todas estas clases *supra* N° 166).

Se continuará con la adquisición de la posesión de las cosas corporales.

(...) **188.- Posesión de bienes muebles.-**

A.- Adquisición.-

La posesión de estas cosas es adquirida concurriendo el *corpus* y el *animus*. El *corpus* queda configurado ya por la aprehensión material, ya por un acto que signifique que de hecho el sujeto queda con la cosa a su disposición, es decir, que queda sometida a su potestad; estos últimos actos han sido aludidos al tratar las formas de tradición de las cosas corporales muebles.

B.- Conservación.-

Siendo *corpus* y *animus* los elementos constitutivos de la posesión, ella es conservada mientras sean mantenidos ambos. Pero de los preceptos aplicables (arts. 725, 726, 727) se desprende que es el *animus* el elemento fundamental para conservarla. Desde luego, con voluntad del poseedor, un tercero puede detentar la cosa por mucho tiempo, como mero tenedor, sin que aquél pierda la posesión (como en el arrendamiento, en el comodato). Y, aun sin ella, puede temporalmente perderse el *corpus* sin perderse la posesión.

No es necesaria la vigencia permanente del ánimo para la conservación de la posesión (así, por caer el poseedor en inconciencia en un accidente o durante su sueño no pierde la posesión). Más bien, como principio, el ánimo es presumido mientras no se manifieste una voluntad contraria, como cuando la vende y la mantiene en su poder como arrendatario, o la abandona para desprenderse definitivamente de ella (se volverá pronto sobre estas situaciones).

Por otra parte, si la posesión es tenida por intermedio de otro (que será mero tenedor), siguiendo varios postulados doctrinarios (formulados por Pothier) se entiende que, si el mero tenedor cae en inconciencia o fallece, el poseedor no pierde su posesión (al menos no de inmediato); tampoco la pierde si el mero tenedor tiene la cosa a su vez por otro (como en el subarriendo), y aunque este último ignore quién es el poseedor. Asimismo, no se

pierde si el mero tenedor cambia de propósito, como si la usurpa y se da por dueño. A este respecto, ya hemos referido nuestra norma (el art. 730 inc. 1º), y observamos su fricción con la del art. 2510 regla 3ª. Pero si el mero tenedor usurpador enajena a su propio nombre, está claro que es perdida la posesión anterior (art. 730 inc. 1º) (...).

C.- Pérdida.-

Una vez más, siendo dos los elementos constitutivos la posesión, queda perdida al perderse cualquiera de ellos o ambos, sin perjuicio de lo dicho precedentemente.

— Es perdida la posesión al perderse ambos. Quedan perdidos *corpus* y *animus* cuando el poseedor abandona la cosa o cuando la enajena.

— Es perdida la posesión al ser perdido el *corpus*. Así acontece cuando otro sujeto se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya (art. 726); aquí se advierte la íntima relación entre la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, que generalmente resultan correlativas. Ocurre también cuando, sin entrar otro a poseer, es imposible la ejecución de actos posesorios (como en las hipótesis de los arts. 619 y 608 inc. 2º, en que, por ej., la cosa cae a un lago, al mar, etc.); esta situación queda incluida en la fórmula general enunciada al principio, que para los muebles entre nosotros recibe consagración legal no directamente, sino *a contrario sensu* (la cosa se entiende perdida al no estar ya en poder del poseedor, conforme al art. 727). La permanencia que adopta la ausencia del elemento es un carácter destacado para concluir en la pérdida.

— Es perdida la posesión al perderse el *animus*. No será de ordinaria ocurrencia, pero tiene lugar señaladamente en el llamado constituto posesorio (conforme al art. 684 Nº 5, mencionado en las formas de tradición de muebles).

Con lo dicho conviene cotejar dos preceptos legales para delimitar su ámbito de aplicación: los arts. 726 y 730.

Si, con ánimo de hacerlo suyo, B se apodera de un mueble de A, B adquiere posesión y A la pierde (art. 726).

Si B entra a detentar un mueble de A por un título de mera tenencia (por ej., A se lo presta), y en un momento determinado B lo usurpa, desconoce el derecho de A y se tiene él por dueño, B no adquiere la posesión ni la pierde A (art. 730 inc. 1º prim. parte).

El distinto tratamiento puede ser justificado por el abuso de confianza o ánimo de aprovechamiento que frecuentemente revelará la segunda situación (el tema relacionado, "en materia de cosas muebles la posesión equivale a título", es tratado más adelante, en la reivindicación, *infra* Nº 264 bis, 3.; téngase presente también lo dicho en el debate sobre la estructura de la posesión y los matices que se introducen en las nociones de *corpus* y de *animus*; v. especialmente *supra* Nº 156).

Daniel Peñailillo, Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales, Segunda Edición (2019)

197.- Noción general. Sistemática (doctrina y Derecho comparado). Justificación. Fundamentos.-

De antigua construcción, con discusión existencial sobre una yuxtaposición de elementos éticos y técnicos y la influencia de muchos factores en su regulación, la prescripción exhibe su conformación bicéfala de modo de adquirir cosas y de liberar deudas: la adquisitiva (o usucapión) y la extintiva (o liberatoria), que el CC. define conjuntamente (art. 2492).

— Ha sido ampliamente discutida la conveniencia de un tratamiento separado o conjunto. La discordia ha permanecido por siglos, incluyendo las opciones de Domat y Pothier antes del código francés, y ha continuado después con la notoria influencia de Aubry y Rau (en favor de la regulación separada).

Por una parte, al menos directamente, cumplen distintas funciones (modo de adquirir el dominio y modo de extinguir acciones, respectivamente). Si bien existe en ambas la inactividad (del acreedor y del dueño), en la adquisitiva hay otro elemento muy incidente: la actividad del poseedor, que utiliza o explota la cosa manteniéndola incorporada al proceso productivo. Es cierto que desde el punto de vista económico producen el común efecto de una alteración patrimonial correlativa (aumenta, o al menos se fortifica, el activo del prescribiente y disminuye, o al menos se debilita, el del dueño o acreedor), pero la diferencia jurídica es perceptible; en la adquisitiva el prescribiente ingresa una cosa, en la extintiva no, sólo se libera de un pasivo. Y sus distintas funciones imponen reglas propias; en esta dirección, de separarlas, es aconsejable que la adquisitiva sea reglamentada entre los modos de adquirir el dominio y la extintiva entre los modos de extinguir las obligaciones.

Por otra, contienen los mismos elementos fundamentales (lapso de tiempo e inactividad del titular del derecho) y les son aplicables —en cierta medida por eso— reglas comunes. En este sentido unitario, ambas consolidan una situación de hecho, consecuencia de una apariencia, y la unidad técnica existe con base en la adquisición; la prescripción es siempre, y principalmente, un fenómeno adquisitivo, con un correlativo efecto extintivo. El poseedor, de un bien o de un derecho, deviene en propietario y desposee, simultáneamente, al propietario anterior de la efectividad de su derecho debido a la extinción de la acción que sanciona este último. En la prescripción liberatoria de derechos reales, el propietario de la cosa gravada adquiere por prescripción el derecho del tercero con el que la cosa está gravada y provoca su extinción por consolidación. En la prescripción liberatoria de derechos personales, el deudor adquiere por prescripción el crédito y queda extinguido por confusión; la extinción no es producida tanto por el mecanismo de la prescripción, sino como un efecto secundario de la adquisición, que está en la base de toda prescripción. Las llamadas prescripciones adquisitiva y extintiva —se ha dicho— no son más que dos

manifestaciones de un mismo mecanismo, y esa unidad debe conducir a una unidad de régimen, que permite sobrellevar mejor las dificultades y obtener mejores soluciones que la concepción dual. Así, la posesión es la clave de las condiciones de la prescripción en tanto que la propiedad es la clave de sus efectos.

(...) En cuanto al Derecho chileno, para la ubicación al final del código entre nosotros se tiene aceptada como explicación el carácter consolidante de derechos que exhibe la prescripción, para concluir la obra codificadora (a lo que suele agregarse la circunstancia de haberse seguido el modelo francés).

— No obstante que siempre termina imponiéndose, su justificación nunca ha sido completamente pacífica. Ha sido repudiada por consideraciones morales y, específicamente, en cuanto refrenda (la adquisitiva) las usurpaciones y (la extintiva) la indebida liberación de compromisos contraídos, sobre todo con prestaciones previamente recibidas. Debe repararse en que, tocante a reservas morales, están dirigidas a la institución, porque en las situaciones concretas los involucrados están advertidos de su vigencia (con la presunción de conocimiento de la ley), de modo que unos han podido tomar las precauciones y otros aducen lo que el ordenamiento les ofrece, con lo cual en los sujetos específicos el reproche de inmoralidad entra al menos a diluirse. Por otra parte, en su funcionamiento práctico frecuentemente no se presenta como flagrante usurpación o desaprensiva escapada del cumplimiento, sino como dirimidora de dudas ante discrepancias fundadas en elementos contrapuestos (contratos controvertibles, autorizaciones o pagos insuficientemente demostrados, etc.).

— Positivamente, su universal implantación descansa en fundamentos de diversa naturaleza, que han conducido a agruparlos en subjetivos y objetivos.

Los subjetivos giran en torno a la calificación de la conducta de los sujetos involucrados. Es destacada la inactividad del titular en el ejercicio del derecho, por mera desidia o negligencia, que conducen a presumir un abandono o renuncia tácita, y a una sanción por esa actitud. Pero (...) se aprecia la debilidad de estos fundamentos si son recordados los plazos breves de prescripción (adquisitiva o extintiva), en los que los supuestos abandono o renuncia resultan explicaciones artificiosas. En diversas hipótesis, la pretendida negligencia también fracasa como explicación satisfactoria. Desde luego, hay una incoherencia cuando es sancionado un negligente que no reclama por su derecho, y se es complaciente (en la adquisitiva) con un poseedor que (de mala fe) sabe que la cosa es ajena o (en la extintiva) persiste en incumplir. Por otra parte, surgen situaciones en las que hay prescripción sin negligencia (como cuando el dueño o acreedor está impedido de actuar, o en que la demanda fue imperfectamente notificada) y negligencia sin prescripción (si el poseedor reconoce dominio ajeno o abandona la finca o el deudor reconoce la deuda).

Los objetivos prescinden de las conductas de los sujetos y son radicados en la noción de orden público. Hay un interés público, socioeconómico y jurídico, en que sean consolidadas situaciones inciertas o pendientes; ellas obstaculizan la fluidez y seguridad del tráfico, que influye en el mejor aprovechamiento de los recursos (bienes y servicios) y en la paz social.

También en beneficio de la certeza es aducida una presunción, de dominio en la adquisitiva, de pago en la extintiva, fundada en el transcurso del tiempo sin aparecer el ejercicio del derecho respectivo, cuya conveniencia es reforzada por la ostensible circunstancia de que, con el tiempo, los diversos medios probatorios se van diluyendo y extinguiendo; más aún, los sujetos también desaparecen y los sucesores estarán en más difícil situación de defenderse adecuadamente por el desconocimiento de los hechos que originaron la situación controvertida. Así, la prescripción funciona como un respaldo a una prueba que se ha tornado difícil o imposible por la lejanía de la situación en la que debería incidir. En este mismo sentido, hay también protección a la apariencia, en cuanto la comunidad, los terceros, deben ser protegidos cuando actúan de buena fe, fiándose de lo que observan, y la situación ostensible (el poseedor que aparece como dueño, el deudor que aparece liberado) es, precisamente, la que termina siendo consolidada por la prescripción; aquí —como en la generalidad de las situaciones en que actúa este principio— queda el notable resultado de que el Derecho termina adecuándose a los hechos.

En fin, sustantivamente, la prescripción adquisitiva viene a desempeñar un rol de mediador en el enfrentamiento entre la perpetuidad del dominio y su función social; una justifica o al menos tolera la desconexión (casi hasta el abandono) del titular con la cosa, porque su derecho es perpetuo; y la otra compele a aprovecharla para él y para toda la comunidad, debiendo mantenerse conectado con ella, utilizándola. De ahí que sea tan importante la longitud del plazo: determina el equilibrio; hacia la brevedad puede llegarse a la pura exacción y hacia la extensión puede quedar desvirtuada.

(...) La jurisprudencia chilena ha acudido a muchas de estas explicaciones, valorándolos según la situación de que se trate, aunque parecen predominar las llamadas objetivas (y deben ser empleadas con cuidado porque en ocasiones pueden entrar en conflicto).

(...) **198.- Las llamadas reglas comunes a toda prescripción.-**

En el Derecho chileno tres reglas son bien conocidas con esa denominación por ser aplicables tanto a la prescripción adquisitiva como a la extintiva. Debe ser alegada; no puede ser renunciada anticipadamente sino una vez cumplida; la regulación es la misma cualquiera sean los involucrados, incluyendo el Fisco y las demás entidades públicas.

199.- a. Debe ser alegada.-

Se trata de un beneficio que, por tanto, es renunciable (actitud que pudiese adoptarse particularmente aquí, donde el beneficio suele ser agobiado con diatribas sobre su licitud); por otra parte, es necesario que se hagan constar los antecedentes o elementos que en el caso concreto la configuran. Queda así justificada la exigencia de su alegación y, por lo mismo, la veda al juez para declararla de oficio (art. 2493).

Dados nuestro texto (art. 2513) y los efectos que produce, se tiene entendido que dicha alegación no podría plantearse sino en un "juicio", y seguido contra legítimo contradictor, que en la prescripción adquisitiva es el dueño contra quien se prescribe (y en la extintiva, el acreedor contra el que se prescribe).

Entre nosotros hay situaciones excepcionales, que no están referidas a la adquisición del dominio, en que el juez debe declararla de oficio (como las de la prescripción de la acción penal y de la prescripción de la pena, conforme a los arts. 93 y sgts. del CP; y de la prescripción del carácter ejecutivo de una acción, según el art. 442 del CPC.). Pero ha sido discutido el carácter de prescripción o de caducidad que revisten esas situaciones (sobre todo la última).

La alegación de la prescripción adquisitiva ha suscitado varias interrogantes.

Sustantivamente, no existen términos sacramentales para alegarla; basta una manifestación de voluntad inequívoca en tal sentido. No basta una vaga referencia, debe ser alegada en términos concretos; aunque puede aceptarse una alegación tácita, si es deducida claramente de los argumentos y planteamientos del prescribiente. En todo caso, deben ser consignados los elementos esenciales que la configuran (como ocurre con el inicio de la posesión, que determina el inicio del plazo, definición necesaria para saber si está cumplido).

En el ámbito procesal ha sido planteada una controversia de evidente interés práctico, acerca de la forma de alegarla, que aquí se verá respecto de la adquisitiva; si como acción o como excepción.

Ha sido sostenido que sólo procede alegarla como acción; es necesario obtener una declaración positiva del tribunal en orden a que, habiéndose cumplido las exigencias, la cosa es del dominio del prescribiente, de modo que una pura excepción opuesta con base en la prescripción sería insuficiente. Como el art. 310 del CPC. se refiere a la "excepción de prescripción", y dispone que ella puede oponerse en cualquier estado del juicio, se estima que el precepto es sólo aplicable a la prescripción extintiva; por lo demás —se agrega—, la adquisitiva, por su naturaleza, vinculada indisolublemente al dominio y, en la práctica, a una disputa sobre él, exige un juicio de lato conocimiento, lo que no sería posible si se permitiera oponerla como excepción en cualquier estado del juicio. De esta manera, si el prescribiente es demandante, en su demanda accionará de prescripción, en tanto que si es demandado, al contestar deberá alegarla —como acción— mediante una reconvencción.

También ha sido sostenido que puede alegarse tanto en forma de acción como de excepción, advirtiendo que la acción y la excepción no son sino simples medios o posiciones procesales que adoptan los derechos o intereses controvertidos; en ambas hay un derecho o interés hecho valer y será la sentencia la que declarará cuál merece la garantía legal. Incluso, procesalmente ha sido objetado permitir al demandado reconvenir, estimándose aceptable en tal situación sólo la vía de la excepción.

Y ha sido postulado que, tratándose de la prescripción adquisitiva del dominio, no existe la acción de prescripción, porque ésta es sólo un modo de adquirirlo. Así, lo que el prescribiente puede hacer es, sosteniendo que es dueño, ejercer una acción que derive de su dominio (como la reivindicatoria), mencionando la prescripción como causa de pedir; se dirá dueño porque adquirió el dominio por prescripción, debiendo entonces probar dicha prescripción. Y, si es demandado, sí podría excepcionarse mediante la prescripción,

excepción que —se afirma— reconoce el art. 310 del CPC., texto que no distingue entre prescripción adquisitiva y extintiva. Sólo existe, pues, la excepción de prescripción.

El —a nuestro juicio— equívoco entre nosotros pudiere explicarse por una indebida comprensión de la exigencia de la alegación. Que la regla imponga alegarla debe ser entendido en primer lugar como un repudio a la declaración de oficio; por lo mismo, cuando ha sido dispuesto que debe ser alegada, eso implica que debe ser "invocada". Pero, al parecer, con la orden de alegación la doctrina nacional, seguida pronto por la jurisprudencia, parece haberse sentido empujada a tener que encuadrarse en la dramática disyuntiva de la acción o la excepción (...).

Estimamos que la solución emerge de la afirmación de que la prescripción (adquisitiva) es un modo de adquirir el dominio; así, no procede postular ni una acción ni una excepción de prescripción (como no hay acción ni excepción de tradición, de ocupación, etc.); la base sustantiva es el dominio, que ha sido adquirido por este modo. Cualquiera sea su posición procesal, la afirmación del invocante será que es dueño; y la prescripción el modo por el cual adquirió el dominio. Por cierto, deberá probar en el caso los elementos que constituyen esa prescripción.

(...) La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme, aunque está inclinada por la necesidad de que sea alegada como acción. También ha sido resuelto que puede ser alegada como acción o excepción. Ha sido admitida, asimismo, la excepción de prescripción, sin resolver si es o no posible alegarla como acción. Tal como antes aquí fue advertido, ha sido resuelto que el actor no puede, en segunda instancia, pedir que sea declarada a su favor la prescripción adquisitiva; debió solicitarlo en su demanda; y, al mismo tiempo, fue decidido que el demandado, por su parte, no puede oponer en segunda instancia la excepción de prescripción adquisitiva, porque se trata de una materia de lato conocimiento, a la cual no puede estarse refiriendo el art. 310 del CPC., que, cuando permite oponer la excepción de prescripción en cualquier estado del juicio, se está refiriendo sólo a la extintiva.

La alegación de una prescripción ajena merece también ser examinada.

(...) se trata de definir si un poseedor puede alegar la prescripción que cumplió su antecesor. Pedro es poseedor no dueño de un inmueble; tiene posesión regular, por seis años. Sin alegar la prescripción, transfiere el predio a Juan. Por la falta de algunos de los requisitos de la regular, Juan tiene posesión irregular. Al mes siguiente de adquirir, Juan es demandado de reivindicatoria. Si acude a la agregación de posesiones, conforme a las reglas de la agregación queda con toda su posesión irregular (seis años y un mes); no alcanza a completar el plazo de diez años para la prescripción extraordinaria. No puede, pues, sostener su adquisición. No puede usucapir él porque para alegar su prescripción necesita poseer (necesita partir de su posesión, para agregar la de su antecesor), y es su posesión la contaminante que lo lleva a la irregular y a la prescripción extraordinaria, para lo que le falta tiempo. Requiere, pues, prescindir de su posesión de un mes. Entonces, Juan alega la adquisición de Pedro. Sostiene que su enajenante Pedro completó el plazo de posesión regular y adquirió el dominio por prescripción ordinaria, y, como al enajenar era

dueño (por prescripción), le transfirió el dominio; la adquisición de Pedro tuvo lugar —dice — el día en que él completó el plazo, aunque no la haya alegado ni exista fallo que la haya declarado (nótese que, sin sentencia, la prescripción no puede hacerse valer en juicio; es requisito de eficacia judicial, como se verá pronto). Agrega que él alega esa prescripción que dejó dueño a Pedro.

Para la solución deben ser considerados varios elementos incidentes: a.- aquella afirmación de que la prescripción funciona con automatismo, por la sola circunstancia de quedar cumplido el plazo; b.- que la prescripción es renunciable una vez cumplida; c.- que la falta de alegación por parte del prescribiente puede deberse a diversas explicaciones: que el beneficiado tiene pudor debido a los reproches morales que han sido denunciados a la prescripción (que ya han sido aludidos); que, mientras no es agredido (mediante la reivindicatoria u otra acción equivalente), el prescribiente no se siente compelido a alegarla, etc.; d.- que, por respeto a la libertad de cada uno para configurar su patrimonio, a nadie se le puede atribuir bienes sin su voluntad.

Admitiendo que es discutible, (...) esa alegación parece aceptable. Desde luego, el código no ha excluido la posibilidad; antes bien, hay una expresión que deja al menos la duda y podría ser entendida en el sentido de admitirla; dispone que debe alegarla "el que quiera aprovecharse" de ella (art. 2493). (...) Al fondo, al alegar la usucapión (propia o ajena), lo que el alegante está pidiendo —tal como ya fue manifestado— es que el prescribiente sea declarado dueño de una cosa y que lo es porque la adquirió por prescripción.

(...) También ha suscitado conflicto la exigencia de legítimo contradictor.

Como principio, debe ser alegada contra legítimo contradictor. Es legítimo contradictor es el que disputa el dominio al pretendido prescribiente; y puede haber más de uno (aparece uno y, dirimido el conflicto, ante el ganancioso puede aparecer otro).

Pero la interrogante es si sólo puede ser alegada ante él. La situación ha surgido en conflictos en que el dueño puramente necesita probar dominio, sin que le esté siendo disputado. Por ej., en un litigio sobre determinación del monto de la indemnización por expropiación y su pago, la entidad expropiante no disputa el dominio; sólo niega o duda que el pretendiente sea el dueño considerando la debilidad de la prueba (el pretendiente de la indemnización sólo exhibe título derivativo más inscripción-tradición, o simplemente carece de inscripción); y ante esa duda el expropiante se niega a pagar a él la indemnización. Al menos para efectos de la indemnización, el expropiado pretende probar su dominio mediante la prescripción adquisitiva, pudiendo entonces el expropiante objetar que él no es legítimo contradictor como para alegar ante él la prescripción.

La exigencia de legítimo contradictor cumple la función de conferir seriedad al debate y rotundez a la sentencia, evitándose litigios simulados o previamente convenidos para obtener un fallo. Pero, junto a esa exigencia, está siempre presente el efecto relativo de las sentencias, que permite a otro más tarde plantear un nuevo litigio. En estos términos, estimamos que, si se tiene un interés en demostrar el dominio, el que sostiene ser dueño puede acudir a la prescripción y, si demuestra que están cumplidas las exigencias, debiera

obtener el fallo que lo tiene por dueño ante quien lo niega o lo duda, aunque no le dispute el dominio; con ese fallo deberá ser tenido por dueño. Todo sin perjuicio de que más tarde otro controvierta el dominio al que obtuvo aquella sentencia, sin inconveniente porque el fallo no le empece. Por lo demás, a todo dueño puede serle disputado el dominio en juicio, de modo que en el caso esa circunstancia no puede excusar al expropiante de pagar la indemnización al que actualmente aparece como tal.

200.- b. No puede ser renunciada anticipadamente.-

Siendo un beneficio, en cada caso en que están cumplidas las exigencias para que opere puede ser renunciado (art. 2494); además, es principio el que a nadie se le pueden incorporar derechos sin su voluntad.

El precepto aclara que la renuncia puede ser expresa o tácita.

Pero, como en la aplicación de la institución hay un interés general comprometido, es impedido renunciar a ella anticipadamente (art. 12); de permitirse, en la celebración de actos y contratos frecuentemente sería obtenida de la contraparte la renuncia, con lo que su vigencia práctica iría quedando inhibida.

Del examen del precepto fluye, como idea repetida en su inc. 2º, que, antes de cumplirse las condiciones exigidas para que opere, no puede ser renunciada. Pero en prescripción adquisitiva (...) esta eventual renuncia no es concebible porque es contradictorio imaginar a un futuro poseedor de la cosa declarar que renuncia a ganarla por prescripción (...); con esa actitud estaría declarando simplemente que no la va a poseer, a lo cual en todo caso siempre tiene derecho. (...) En suma, lo que con la regla queda repudiado es el pacto en que se estipule la renuncia, el cual, como ha quedado dicho, es muy poco factible en la prescripción adquisitiva.

La estipulación de renuncia anticipada es nula absolutamente (...)

El texto consigna un concepto de renuncia tácita (inc. 2º).

Cumplidos los requisitos de la prescripción adquisitiva, para que sea posible renunciar a ella está exigido poder de disposición del derecho de que se trata (art. 2495); como hay una actuación jurídica, parece claro que hay que tener, además, plena capacidad de ejercicio. Para dejar de poseer, conforme a lo que antes se ha dicho, es evidente que son aplicables las reglas de capacidad para poseer, ya examinadas. El precepto cobra importancia tratándose de la renuncia efectuada por representantes, legales o voluntarios, por cuanto si ciertos bienes (por ej., inmuebles) pueden ser enajenados por el representante sólo previas ciertas formalidades, podría estimarse que ellas serían necesarias también para renunciar la prescripción adquisitiva cumplida a favor del representado, respecto de esa clase de bienes.

(...) estimamos que para la renuncia basta que haya sido cumplido el plazo; y no es necesario que haya sido dictada sentencia. Más aún, dictada, ya no es posible la renuncia; como tiene que ser alegada, puede sostenerse que es posible sólo hasta que sea alegada (ahí el conflicto se complica con la forma de alegarla y con la eventual revocabilidad de la renuncia; al menos en principio, parece ser irrevocable).

201.- c. Las reglas son iguales para todas las personas.-

El precepto (art. 2497) es explicable en cuanto terminó con reglas de privilegio a favor de ciertas entidades (como la Iglesia y el Fisco), en materia de prescripción.

(...) Pero sí existe el beneficio de la "suspensión" de la prescripción a favor de ciertas personas, como ya lo insinúa el propio art. 2497 al final (que será tratado más adelante).

202.- Algunas características.-

Serán destacadas algunas características de la prescripción adquisitiva, varias de las cuales son más bien derivadas de la posesión, de la que emana.

1º. La calificación como modo originario o derivativo está discutida. Parece predominar la calificación de originario; aun cuando el objeto tenía un propietario anterior, el prescribiente no lo recibe de aquél; lo adquiere independientemente.

(...) 2º. Permite adquirir toda clase de bienes que puedan ser poseídos (pero ver lo dicho en *supra* N°s. 161 y 162).

Permite adquirir el dominio y los demás derechos reales, con excepción de las servidumbres discontinuas y continuas inaparentes. No será frecuente la adquisición de los demás derechos reales por prescripción porque lo habitual será que, si un sujeto entra a poseer una cosa, la posea como integral señor de ella, y no con un ánimo de adquirirla parcialmente o de adquirir sólo alguno de los atributos del dominio.

A lo que se refiere Peñailillo es que nadie toma posesión de un bien, para decir -por ejemplo- que solo lo ha hecho respecto de su goce.

Pero es factible (como se irá viendo) en hipótesis de derechos reales constituidos por quien no es dueño o constituidos imperfectamente (v. también *infra* N° 211).

En cuanto a la posibilidad de adquirir por prescripción derechos personales, la interrogante depende en gran medida de otra: si hay posesión sobre esta clase de derechos.

(...) En el CC. hay dos preceptos que, en lo concerniente al objeto que se prescribe, aparecen dirigidos sólo a los derechos reales (arts. 2498 y 2512). Entonces, esos textos constituyen argumentos para el rechazo de la prescripción adquisitiva de derechos personales, sea que su posesión sea admitida o repudiada (...).

Ésta es ocasión de tener en cuenta una importante regla del código, conforme a la cual "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho" (art. 2517); ella es aplicable, sin duda, a los derechos y acciones reales, por lo cual será mencionada nuevamente al tratar la acción reivindicatoria (v. *infra* N° 268). Pues bien, si se estima que los derechos personales no pueden ganarse por prescripción, entonces esa regla está siendo entendida como reducida sólo a los derechos y acciones reales; en cambio, si es admitida la prescripción adquisitiva de ellos, la regla está considerándose aplicable a toda clase de derechos y acciones, tanto reales como personales.

3°. Suele decirse que es un modo de adquirir a título singular, con la excepción de su aplicación a la herencia. Pero, una vez más, estimamos que la decisión está impuesta por la aplicación de la posesión, y en su oportunidad (*supra* N° 161) se dijo que es concebible la posesión de universalidades de hecho. Por tanto, aquí es concluido que la prescripción es un modo de adquirir cosas singulares y universalidades de hecho, y también la herencia (con sus normas especiales, que se verán pronto).

4°. Es un modo de adquirir a título gratuito y por acto entre vivos.

5°. Al estar vinculada con la propiedad, las normas que regulan la prescripción bien pueden ser calificadas como normas de orden público (y la extintiva no parece quedar exenta de esta vinculación...). La necesidad de esta calificación puede surgir en muchos temas específicos en los que los particulares pudieren pretender convenir modificaciones al estatuto legal (y es más concebible en la extintiva, en plazos, causales de suspensión, formas de interrumpir, etc.).

203.- Elementos. Posesión y plazo. La posesión conducente a prescripción.-

De la propia definición (art. 2492) puede ya observarse que fundamentalmente consiste en posesión durante cierto tiempo. Los elementos son, pues, posesión y plazo. Y, al fondo, el elemento constitutivo es la posesión, que debe ser mantenida durante cierto plazo.

A la posesión y plazo suele ser agregada, como otra exigencia, que se trate de una cosa susceptible de prescripción. Es más bien un supuesto para que la prescripción funcione.

Si la cosa no es susceptible de posesión, no podrá ser adquirida por prescripción; y la regla general es que todas las cosas que pueden poseerse, pueden ganarse por prescripción. Pero no es claro si esta regla es absoluta; si puede haber posesión sin prescripción; si puede haber cosa poseíble imprescriptible.

Lógicamente, no se ve obstáculo. Una ley puede disponer que cierto objeto puede ser poseído, pero que es imprescriptible. La interrogante surgirá con mayor intensidad cuando, guardando silencio sobre la posibilidad de ser poseída, una norma disponga que cierta cosa es imprescriptible. Esta posibilidad parece presentarse en varias situaciones. Por ej., en la posesión irregular de inmuebles inscritos que —ha sido sostenido— podrían poseerse sin inscripción, pero no podrían adquirirse por prescripción sin inscribirse, debido a lo dispuesto en el art. 2505. Asimismo, en las servidumbres discontinuas y continuas inaparentes, las cuales no pueden adquirirse por prescripción conforme al art. 882, pero bien podría concluirse que sí pueden ser poseídas. En los derechos personales, como se ha visto, es discutible si pueden poseerse (prevaleciendo la negativa) y, supuesto que pueden ser poseídos, todavía podría sostenerse que no pueden ser adquiridos por prescripción (v. además *supra* N°s. 197 *bis* y 202).

En fin, el siguiente caso provoca una reflexión sobre la posesión que es conducente a prescripción.

Se dispuso por sentencia un usufructo sobre un inmueble, como forma de pagar una pensión alimenticia. Terminado el derecho de alimentos, el alimentario pretendió que había

adquirido el usufructo por prescripción (por haber poseído el derecho por ocho años). La pretensión fue rechazada sobre la base de que el derecho de alimentos tiene el carácter de ser modificable y estar sujeto a terminación si varían las circunstancias; por otra parte, es personalísimo y, por tanto, intransferible y, por lo mismo, no susceptible de ser adquirido por prescripción; y esos caracteres se comunican al usufructo que se constituye como forma de ejecutar aquel derecho. Si fuere admitida la adquisición por prescripción —se dijo—, aquellas precariedad y temporalidad quedarían desvirtuadas (...).

204.- Prescripción entre comuneros.-

Es un problema. Consiste en determinar si es posible que un comunero pueda llegar a convertirse en dueño exclusivo mediante la prescripción adquisitiva. Está discutido. La controversia es antigua y la insuficiencia de nuestros textos la mantiene vigente también entre nosotros.

La dificultad es explicable porque, como en muchas situaciones, en la respuesta inciden diversos intereses contrapuestos, que merecen ser considerados: por una parte, la protección del dominio y de la confianza en las actuaciones de los compañeros de titularidad y la lealtad que por esa circunstancia se deben (aunque en ocasiones pueden no tener mayores vínculos personales); y, por otra, la reprobación al abandono de la cosa común de uno entregando a los otros el sacrificio que implica conservar y mantener la cosa, asilado en la perpetuidad del derecho, prescindiendo del deber de aprovechar las cosas para beneficio propio y de la colectividad (últimas consideraciones que son algunas de las justificantes de la usucapión en general).

(...) preferimos el enunciado de una regla general que cede en ciertas circunstancias. No es admisible, salvo que esté justificado un "cambio posesorio", demostrado en hechos que exterioricen una nueva actitud, alertando así a los otros comuneros para interrumpir o proceder como lo estimen (más precisiones sobre este cambio posesorio se verán pronto, considerando nuestros textos).

Entre nosotros, la prescripción entre comuneros ha sido negada principalmente con estos fundamentos: la imprescriptibilidad de la acción de partición (art. 1317), la cual puede "siempre" pedirse; la falta de exclusividad de la posesión, ya que cada uno posee toda la cosa, sólo que respetando a los otros; antecedentes históricos, ya que en algunos proyectos era permitida expresamente la posibilidad, que en definitiva no permaneció; el hecho de que el principio que fluye del art. 730 es contrario a la prescripción entre comuneros.

En contra, ha sido sostenido que es posible: cuando el art. 1317 dispone que la partición podrá "siempre" pedirse, podrá pedirse, pero mientras haya comunidad, y con la usucapión de que se trata ya no habrá comunidad; no hay por qué rechazar la situación de que un comunero, cambiando las circunstancias y con un cambio de actitud, comience a poseer exclusivamente, que es el principio que fluye del art. 2510 regla 3ª; y se debe proteger al comunero que efectivamente labora por largo tiempo la cosa común, mientras los otros se han desentendido de ella. Ciertamente, ese cambio de actitud debe ser demostrado por hechos inequívocos que lo manifiesten.

Así, como regla general es rechazada; cuando el comunero posee la cosa es presumido que para la comunidad o que está consciente de que los otros también la poseen. Pero es admisible con un cambio posesorio exteriorizado; el pretendiente puede probar que dejó de poseer como comunero y que ahora posee exclusivamente para sí. Entonces, no es suficiente un cambio de actitud sostenido sólo en cuanto voluntad (como acto interno) por el cual en cierto instante, desconociendo el derecho de los demás, el comunero se erige en poseedor exclusivo. Es necesario un antecedente objetivo (o conjunto de hechos y circunstancias) demostrativo de la nueva actitud de considerarse desde ahora único señor con posesión exclusiva y que fija su inicio. Ese antecedente (o conjunto de hechos) es susceptible de prueba; porque mientras el cambio se mantenga como elemento interno es un acto puramente volitivo, psicológico, íntimo (que desde cierto instante posee como titular exclusivo), que no es susceptible de prueba directa e imposible de controvertir; así, bastaría su afirmación y nadie podría probar su ausencia. En el mismo sentido, como ya ha quedado insinuado, hechos externos demostrativos de su cambio volitivo alertan a los demás comuneros, que, entonces, tienen la oportunidad de oponerse, accionando para interrumpir; si bastara el cambio de ánimo, se estaría confiriendo efectos a una actitud oculta, clandestina, del comunero que más tarde emerge postulando que desde tal día cambió su estado anímico y ya está cumplido el plazo para usucapir; el coposeedor se estaría aprovechando de la posición ventajosa de estar gobernando el objeto (que los otros estiman aceptable atendida su calidad de comunero), se erige en dueño y al final sorprende a sus compañeros.

Para ilustrar la composición de estos hechos idóneos para el cambio en nuestro medio han sido mencionadas situaciones como estas: la del (...) que compró la cosa a un comunero que la vendió como único dueño, en la cual el comprador adquirirá sólo la cuota del enajenante, pasando a ser comunero —en el dominio— con los demás, pero comienza su posesión exclusiva respecto de toda la cosa y adquirirá por prescripción las cuotas de los otros; y la del comunero que compra las cuotas de los otros a quien no era efectivo mandatario de ellos. En estas situaciones, hay un cambio en el título, lo que las deja en un muy aceptable estado de ser admitidas (incluso, en la primera ya es otro el que va prescribir). La situación más conflictiva —ante la cual queda mejor identificada la posición que sea adoptada frente al problema— es la del comunero que nada adquiere de los otros y es él quien pretende erigirse en único señor de la cosa. Estimamos que esta alternativa es también aceptable; por cierto, con la exigencia de un elemento exterior, ostensible, que demuestre el cambio posesorio (sin que sea indispensable un nuevo título).

Sobre los caracteres de ese hecho, lo esencial es que exteriorice claramente su decisión de poseer con exclusividad y que sea accesible al conocimiento de los otros comuneros, para que ellos adopten las medidas que les parezca conveniente a sus derechos. Que efectivamente lo conozcan debe ser examinado en relación con la posición del comunero perjudicado frente a la cosa, que a su vez depende de varios factores (del abandono más o menos justificado, de su confianza en el que de hecho la gobierna, etc.). No parece posible

en abstracto aumentar la precisión sobre la consistencia de ese acto externo y el juez tendrá que evaluar la aptitud del que le sea presentado.

En estas condiciones queda planteada una disyuntiva radicada en la estructura del cambio posesorio en torno a la exigencia del título: si es necesario un cambio en el título o, con menos rigor técnico, basta, en términos abiertos, la exteriorización mediante hechos (probados) demostrativos del cambio, suficientes para alertar a los otros comuneros. Estimamos que el cambio en el título como concepto técnico no es indispensable; sin el rigor de exigir un cambio en el título, basta un hecho o conjunto de hechos y actitudes que constituyan y demuestren el cambio posesorio en los términos expuestos, que impliquen alerta a los otros (sobre esta eventual necesidad de un cambio en el título para que sea producido el cambio posesorio, v. también lo dicho en el párrafo sobre la mutación de la mera tenencia en posesión; *supra* N° 182).

La jurisprudencia nacional con frecuencia ha negado lugar a la prescripción entre comuneros (pero hay sentencias que la han admitido, y de su examen se desprende que habitualmente se trata de situaciones en las que hay, sin el rigor técnico, un antecedente que justifica posesión exclusiva) (de ser aceptada, sobre todo si es admitida sin un cambio en el título, lo más probable es que el comunero estará de mala fe, por lo que su posesión generalmente será irregular, lo que lo lleva a la prescripción extraordinaria).

En el ámbito probatorio, esta solución matizada deja repartida la carga. Establecida la existencia de la comunidad y determinados sus titulares, es el comunero que pretende quedar como dueño exclusivo quien deberá probar los hechos constitutivos de su cambio posesorio (con un título o sin él, según lo estime el juzgador).

Conviene aclarar que, como es iniciada una nueva posesión —ahora de toda la cosa—, entonces el plazo para usucapir deberá contarse desde ahora, desde que acaeció el cambio.

También puede ser incorporado al debate a este respecto la regla del mandato tácito y recíproco; con ella —se dirá—, más allá de su cuota, el comunero tendrá siempre un título de mera tenencia. Pero no debe olvidarse que está discutido si ese mandato es aplicable a la comunidad (v. *supra* N° 68 *bis*, b.); además, el comunero podría desprenderse de ese mandato, podría renunciarlo; a menos que ese mandato fuere calificado como de orden público, lo que no parece justificado; y, en todo caso, al pretender eliminar la posibilidad de usucapir por la circunstancia de existir un título de mera tenencia, debe ser recordado el art. 2510 regla 3ª, que atenúa el obstáculo.

205.- a. Posesión.-

Ya se ha dicho que es el elemento central de la prescripción adquisitiva; incluso, que es el único, con permanencia durante cierto plazo. Como ha sido tratada autónomamente, hay aquí remisión a lo dicho, incluyéndose las reglas posesorias que el código ha dispuesto en el título de la prescripción.

Sólo resta mencionar los preceptos que el código destina a la “omisión de actos de mera facultad” en que puede incurrir el dueño y a la “mera tolerancia de actos” ejecutados por

otro (art. 2499). Tal como está ilustrado mediante los ejemplos, el texto alude a la adopción de conductas, no a hechos; el dueño no despliega hechos o actos que podría ejecutar en su condición de dueño, o tolera hechos o actos de los que a él no le genera gravamen. Son comportamientos que puede adoptar un dueño, que forman parte del ejercicio de su derecho y que no implican ni siquiera tácitamente que está reconociendo derecho de otro ni contribuyen a configurar la posesión de otro.

Esta regla se relaciona con la institución del *precario*, referida a la tenencia de la cosa por ignorancia o mera tolerancia del dueño, cuya naturaleza se desprende del inciso 2º del artículo 2195. Ese institución, de gran importancia práctica, será objeto de análisis posterior.

Pero, no obstante la regla, en ciertos casos ese comportamiento omisivo puede contribuir a fortalecer la prueba de la posesión de otro y el juez tendrá que calificar. La naturaleza, características y duración de los hechos o actos que al dueño le son enrostrados como omisiones en que ha incurrido, y la naturaleza, características, duración, publicidad de los hechos o actos que, desplegados por el supuesto poseedor, fueron tolerados por el dueño, pueden llegar a ayudar al supuesto poseedor a convencer de que efectivamente ha poseído.

Puede observarse que en muchas situaciones habrá correlatividad o ensamble entre las omisiones del dueño y los actos del pretendido poseedor que el dueño toleró (por ej., el dueño omitía cercar el predio, el pretendido poseedor lo sembraba y luego el dueño toleraba la siembra).

Por otra parte, conviene precisar que, aunque los ejemplos están referidos a eventuales adquisiciones específicas, la regla —implantada en el inc. 1º— es de amplia aplicación; más aún, el campo de principal aplicación es el del conflicto entre un dueño y un pretendido poseedor que, más que cierta facultad o derecho real restringido, sostiene haber ganado (toda) la cosa por prescripción.

206.- b. Plazo.-

Para llegar a ganar por prescripción debe poseerse durante un determinado lapso, que depende de la naturaleza de la cosa y de la clase de prescripción de que se trate (pronto se indicará ese tiempo). Por cierto, la regla es que el plazo se cuenta desde que comenzó la posesión (sin perjuicio de la agregación de posesiones; v. *supra* N° 178). También deben tenerse presente aquí las normas sobre cómputo de los plazos (arts. 48 y sgts.).

207.- Interrupción de la prescripción.-

Es la pérdida del tiempo corrido o, excepcionalmente, la suspensión de su cómputo para ganar por prescripción, en virtud de un hecho al que la ley le atribuye ese mérito, acaecido antes que el lapso para prescribir esté cumplido.

El código distingue las interrupciones natural y civil (arts. 2502 y sgts.).

a.- Interrupción natural (art. 2502). Es de esta clase si el hecho interruptor, por su naturaleza material, impide seguir poseyendo. Están dispuestas las situaciones y sus efectos.

La primera debe ser relacionada con lo prescrito en la accesión (art. 653). Se ha discutido el problema de si tiene aplicación tratándose de los inmuebles inscritos; una vez más, aquí la solución es decidida por la posición que se adopte respecto del valor de la inscripción como símbolo de posesión.

Esta duda la trataremos al revisar el estatuto de los bienes inmuebles en el Código Civil.

La segunda debe ser relacionada con la recuperación de la posesión (v. el art. 731 y el título de las acciones posesorias). Y, para resolver si en un caso determinado se está ante esta clase de interrupción, tratándose de inmuebles, el tema está relacionado con las controversias sobre adquisición y pérdida de la posesión y los preceptos pertinentes.

b.- Interrupción civil (art. 2503). Está definida; significa la cesación de la pasividad del sujeto en contra de quien se prescribe.

Los tribunales han ido precisando algunas características. Se trata del ejercicio de una acción, de un juicio; una pura gestión no contenciosa o extrajudicial no produce el efecto de interrumpir. Ningún efecto produce una demanda intentada después que el plazo de prescripción ya ha sido cumplido. Si los demandados son varios, todos deberán ser notificados. Interrumpe la prescripción la demanda intentada ante tribunal incompetente. La idea más persistente en estas decisiones parece ser la de que la interrupción implica una actitud del dueño, manifestada con evidencia, de protestar en contra del prescribiente para el mantenimiento de su derecho.

Por otra parte, podrá notarse una diferencia terminológica entre dos conceptos de interrupción civil. Mientras el art. 2518, regulando la prescripción extintiva, declara que la interrupción civil es una “demanda”, el art. 2503, regulando la adquisitiva, expresa que la interrupción civil es un “recurso”. Pero puede advertirse que el texto continúa sobre el supuesto de que se trata igualmente de una demanda; y así ha sido resuelto. Pero ha sido sostenido que, aunque sea entendida como demanda, este término debe ser comprendido en un sentido más amplio que el técnico procesal, que incluye otras peticiones, solicitudes o reclamaciones (judiciales), para lo cual es destacado que el código emplea el término “todo” recurso judicial, equivalente a "cualquier" recurso.

La discusión es un tanto absurda: el Código Civil antecede en casi 50 años al Código de Procedimiento Civil, por lo que no puede extraerse conclusiones sólidas acerca de instituciones propias del derecho procesal de la terminología utilizada por el primero.

Aquí surge una discrepancia (común a ambas prescripciones) sobre la época en que debe ser notificada. Para que la interrupción produzca efectos es claro que la demanda debe ser notificada; la duda consiste en definir si, para interrumpir, es necesario notificarla dentro del plazo o basta presentar la demanda ante el tribunal. La primera solución está fundada en que las resoluciones judiciales sólo producen efecto una vez notificadas; y, sobre todo, en que, conforme al art. 2503, no hay interrupción si no hay notificación. Puede añadirse también que, en la adquisitiva, lo que debe ser interrumpida efectivamente es la posesión, la

en que la ley exige solamente “recurso judicial” (o “demanda judicial” si se trata de la extintiva, según el art. 2518), idea reafirmada en el art. 2503, al que basta que haya sido “intentado” el recurso judicial. A esos argumentos debe agregarse este otro: si es exigido que también la notificación sea practicada dentro del plazo, en la realidad al que quiere interrumpir (dueño o acreedor, según el caso) le estaría restando una parte del plazo; nunca gozaría de todo el plazo que la ley le confiere para interrumpir porque debe reservar un tiempo de la última parte del plazo para lograr la notificación al demandado. Más aún, surgirían diferencias entre actores; algunos disfrutarían de menos plazo que otros dependiendo de la mayor o menor dificultad real para notificarlos (sin contar con la posibilidad de que el demandado despliegue maniobras para evadir o postergar la notificación). Esa privación parcial de plazo y la anotada desigualdad no son aceptables, y son evitadas con esta alternativa. Además de estos argumentos específicos, hay otras apreciaciones conceptuales que militan también a favor de la suficiencia de la sola presentación.

Por una parte, es útil tener presente una distinción entre los efectos sustantivos y procesales de la demanda. Sustantivamente, constituye la protesta ante el tribunal por custodiar el derecho; procesalmente, inicia el juicio respectivo; con la notificación queda trabado el juicio y cobra eficacia el acto interruptivo, pero que ya quedó configurado al ser presentada la demanda. Esta distinción fortalece la conclusión de que basta que la demanda sea presentada dentro del plazo, aunque la notificación sea practicada después.

Por otra, es útil calificar como recepticio o no recepticio el acto interruptivo. En prescripción adquisitiva, el efecto interruptivo asignado a la demanda está fundado en la actitud exigible al dueño de la cosa poseída por otro, que, saliendo de su inactividad —por desidia, abandono o aceptación que otro explote la cosa—, demuestre su interés en mantener su derecho bajo consecuencia de perderlo. Pues bien, esa actitud ha sido manifestada al acudir al tribunal con su protesta. Pedir además el conocimiento del poseedor es añadir una exigencia que, desde luego, nuestros textos no solicitan (en todo caso, no con claridad). Así, preferimos calificar de no recepticio al acto interruptivo, lo que asimismo conduce a concluir que basta la presentación de la demanda.

La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme; ha prevalecido la exigencia de también notificar dentro del plazo, pero últimamente ha sido resuelto que basta la presentación.

Finalmente, nótese que el código restringió la interrupción a las mencionadas situaciones (natural de dos clases y civil), pero debe ser agregada una que es imposible de excluir, con cualquier nombre que le sea asignado, que ha de producir efectos semejantes (de pérdida del tiempo transcurrido): la consistente en que el poseedor deja de poseer; y deja de poseer reconociendo dominio ajeno o, simplemente, abandonando la cosa. Es imposible impedirlo. Es cierto sí que, a diferencia de las situaciones calificadas de interruptivas, aquí hay voluntad del poseedor (v. además *supra* N° 183).

En cuanto a los efectos, tal como ha quedado dicho en el concepto, por la interrupción se pierde todo el tiempo que se llevaba poseyendo, con la notable excepción del art. 2502 N° 1.

Pero se recuerda una vez más que en la situación del art. 2502 N° 2 puede tener aplicación el art. 731, conforme al cual se entenderá que el que recupera legalmente la posesión la ha tenido durante todo el tiempo intermedio.

Respecto de la interrupción civil, debe tenerse presente que en ciertas situaciones, aun cuando hubo actuación judicial, no queda interrumpida la prescripción (art. 2503). La jurisprudencia ha debido resolver diversas situaciones específicas a propósito de las alternativas procesales en las cuales la interrupción no se produce.

Especial preocupación ha surgido respecto de lo que ha de entenderse por sentencia absolutoria. De la observación de precedentes, en la doctrina han quedado conformadas dos tendencias en la comprensión de la regla “sentencia de absolución”, que suelen ser llamadas restringida y amplia. Restringidamente, ha sido estimado que sólo hay sentencia absolutoria cuando la absolución es debida a una razón de fondo, y no cuando la demanda es rechazada por explicaciones formales. En cambio, en términos amplios ha sido sostenido que hay sentencia de absolución en toda sentencia que rechace la demanda, sea por razones de fondo o meramente formales. Al menos tratándose de la prescripción adquisitiva, hay que admitir que ambas alternativas tienen su atendible fundamento. Es cierto que considerar absolución al rechazo de la demanda por explicaciones puramente formales, con lo que la prescripción seguirá corriendo y pronto será cumplida, puede producir un resultado indeseable; y también es cierto que, reducir el alcance sólo a la absolución por razones de fondo, deja a la regla inútil porque, si ése fue el resultado del litigio, entonces cuando más tarde el (pretendido) dueño nuevamente demande, ya no es necesaria al demandado la prescripción, pues basta la cosa juzgada y, más aún, ya ha quedado claro que el actor no tenía el derecho. A lo dicho debe ser agregado que en la gran variedad de la casuística suelen presentarse situaciones en las que es difícil calificar la naturaleza del motivo que condujo al rechazo; en otras tiene una composición que podría estimarse mixta; y, en fin, en otras hay sentencias que absuelven por dos o más motivos, de naturaleza distinta (de forma y de fondo). Así, el equilibrio que presentan las opciones, unido a estas últimas imprecisiones, puede explicar la actitud jurisprudencial zigzagueante y aconseja permanecer entregado al caso. Con todo, en principio, estimamos que si una demanda del dueño contra el poseedor es rechazada nada más que por un fundamento claramente formal, el poseedor no ha obtenido sentencia absolutoria y la prescripción quedó interrumpida (sin perjuicio de que comience a correr nuevamente); con su demanda, el (supuesto) dueño ha salido de su estado de inactividad y ha reclamado su derecho.

Debe ser considerada también la especial regla del art. 2504 para los comuneros.

En cuanto al campo de aplicación de la interrupción, no hay duda de que tiene vigencia no sólo para la prescripción ordinaria, sino también para la extraordinaria; la ubicación de estas reglas, antes de la distinción entre ambas, enunciada en el art. 2506, y el mismo art. 2510, lleva a esa conclusión. Pero, por sobre todas esas consideraciones normativas, no hay razón para restringirla a la prescripción ordinaria; más aún, con referencia a la interrupción civil es inaceptable impedir que el eventual perjudicado con la prescripción (dueño) actúe para mantener su derecho.

Por último, luego de examinar las reglas citadas puede apreciarse que en la interrupción natural la que queda interrumpida es la posesión; en la civil, lo que queda interrumpido es el cómputo del plazo; producida la interrupción (por presentación de la demanda o cuando ella es notificada, según sea estimado), el poseedor continúa poseyendo.

208.- Distinción. Ordinaria y extraordinaria.-

Con base en las características de la posesión son distinguidas dos clases: prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria. Con posesión regular se llega al dominio por la prescripción ordinaria, que impone al prescribiente un plazo de posesión inferior al necesario para prescribir si se tiene posesión irregular (art. 2506).

209.- 1. Prescripción adquisitiva ordinaria. La suspensión.-

Exige posesión regular durante dos años para los muebles y cinco años para los bienes raíces (arts. 2507 y 2508)

La suspensión de la prescripción. Es un beneficio que la ley establece a favor de personas que están en cierta situación, consistente en la detención del cómputo del plazo para ganarles una cosa por prescripción.

En sustancia, es la detención del curso de la prescripción, en términos tales que, cesando la causa, se inicia o continúa corriendo sin perderse el tiempo transcurrido antes del apareamiento de aquella circunstancia. La especial preocupación de la ley por esas personas implica que no le es suficiente la posible diligencia de quienes podrían actuar en contra del prescribiente (los representantes legales, si los tiene).

Sin definir la suspensión, el código menciona las personas a cuyo favor actúa y los efectos que produce (art. 2509).

Conviene formular algunas observaciones:

- a.- La suspensión es aplicable sólo a la prescripción ordinaria (arts. 2509 y 2511).
- b.- En cuanto a los menores, nada importa que estén emancipados.
- c.- Respecto a los dementes y sordomudos, no es exigida declaración de interdicción.
- d.- Lo más probable es que estos sujetos tengan representante legal; no importa; aun así, para mayor seguridad (por si el representante no es suficientemente diligente en interrumpir la prescripción) el texto opta por suspender el cómputo del plazo.
- e.- Luego de disponer que es suspendida a favor de ciertas personas, menciona la herencia yacente (arts. 1240 y sgts.).
- f.- Aunque actualmente la mujer casada en sociedad conyugal es plenamente capaz, es justificado mantener la suspensión a su favor (Nº 2), porque ella no administra sus llamados “bienes propios” (sus bienes, así como los sociales, son administrados por el marido).

La suspensión entre cónyuges (art. 2509 inc. final) ha motivado controversia. Varias explicaciones han conducido a disponer la suspensión de la prescripción entre cónyuges:

mantener la armonía en el matrimonio, el título de mera tenencia que significa para el marido el usufructo legal que tiene sobre los bienes de la mujer, evitar que sean celebradas donaciones irrevocables encubiertas entre los cónyuges y, en general, velar por el adecuado funcionamiento de la sociedad conyugal.

Polémica persistente ha llegado a ser entre nosotros la de si esta suspensión tiene lugar sólo en la prescripción ordinaria o también en la extraordinaria. Ha sido sostenido que es aplicable sólo a la ordinaria: a.- el precepto está ubicado al tratar el código sobre la prescripción ordinaria; b.- el art. 2511 está insistiendo en que la prescripción extraordinaria no se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2509, y la regla incluye no sólo las “enumeradas” (con números), sino todas las “mencionadas” allí; c.- la suspensión es un beneficio excepcional cuyos textos obligan a una interpretación restrictiva, y d.- cuando se dispone que la prescripción se suspende “siempre” entre cónyuges, no se refiere la ley a que la suspensión rige en la ordinaria y en la extraordinaria, sino a que —regulando la ordinaria— es suspendida entre cónyuges sin importar el régimen de bienes en que vivan, tema al que se estaba recién refiriendo en el inciso anterior. En cambio, es postulado que esta suspensión es aplicable a toda prescripción, ordinaria o extraordinaria: a.- el fundamento para la suspensión es válido en ambas situaciones; b.- cuando el art. 2509 concluye que se suspende “siempre” entre cónyuges, la expresión debe ser entendida precisamente en el sentido de que es suspendida, sea ordinaria o extraordinaria la prescripción; y c.- cuando el art. 2511, regulando la prescripción extraordinaria, dispone que esta prescripción no se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2509, la expresión “enumeradas” debe ser entendida literalmente, comprensiva sólo de las mencionadas en los N°s. 1 y 2.

Fuera de estas argumentaciones de texto y más bien literales, permanece vigorosa la razón de fondo de la suspensión entre los cónyuges: la comunidad de vida que implica la unión matrimonial, fundamento que vale para toda clase de prescripción. Por estas consideraciones, la última alternativa parece ser la mayormente seguida; así lo estimamos también.

En esto estamos de acuerdo con Peñailillo. No tiene sentido que pueda prescribirse entre cónyuges.

210.- 2. Prescripción adquisitiva extraordinaria.-

Para ella basta la posesión irregular y es exigida por diez años (arts. 2510 y 2511). Corre contra toda persona y no se suspende (art. 2511, debiendo recordarse la duda sobre la suspensión entre cónyuges).

Aquí interviene un debate ya expuesto: el de la supuesta utilidad de las posesiones viciosas (v. *supra* N° 173). También debe recordarse que, conforme al texto, posesión irregular es aquella a la que falta uno o más de los requisitos de la regular (art. 708), pero —tal como fue advertido— esta regla no puede ser extremada, pues si es invocado título traslativo y falta la tradición, menos que posesión irregular simplemente no hay posesión (v. *supra* N° 171).

Aquí está presente la regla del art. 2510 N° 3, comentada ya en otra ocasión (v. *supra* N° 182). La doctrina y los textos (art. 716) disponen que la mera tenencia es inmutable en el

sentido de que el simple lapso no la muda en posesión; y, no obstante que el precepto citado pareciera anunciar una excepción en el art. 2510 regla 3ª, puede observarse que no lo es propiamente, pues para llegar a calificar al sujeto de poseedor está exigido que concurren otras (dos) circunstancias, ahí precisadas, además del puro lapso. Pero, desde otro punto de vista, también resulta que esta misma regla viene a debilitar el rigor del principio de que el mero tenedor nunca podría transformarse en poseedor (art. 730 inc. 1º prim. parte); conforme a la regla 3ª, con los requisitos que enuncia, sí puede convertirse en poseedor.

Por último, el art. 2510 emplea un método notable; primero, francamente, dispone que en la prescripción extraordinaria “no es necesario título alguno”; y luego, al referirse a la fe, donde igualmente pudo decir “no se requiere fe alguna” o “no se requiere buena fe”, optó por la fórmula ficticia; contempla el requisito de la buena fe, presumiéndola de derecho.

Por último, si es o no posible adquirir un inmueble por prescripción extraordinaria con posesión material, sin inscripción, depende (nuevamente) de la discusión ya enunciada en el párrafo sobre el fondo de la controversia (*supra* N° 195).

211.- Prescripción adquisitiva de otros derechos reales.-

Para otros derechos reales (como los de hipoteca, usufructo) que es posible ganar por prescripción (art. 2498 inc. 2º), son aplicadas las reglas del dominio, con algunas excepciones (art. 2512). Tal como se dirá al tratar pronto sobre algunos derechos reales, la situación es factible cuando el constituyente no es el dueño.

En cuanto al derecho real de herencia, aparte de los textos citados, debe tenerse en cuenta que también puede ser ganada por prescripción de cinco años (arts. 704 y 1269).

Aunque el tema es tratado con la debida extensión en Derecho sucesorio, hay un extremo que es útil referir aquí por su vinculación con el destacable art. 2517. La prescripción que es posible en el derecho de herencia es la adquisitiva. Regulando la acción de petición de herencia, son los términos del art. 1269 —cuando expresa que esta acción “expira” en diez años— los que han conducido a algunos intentos de prescripción extintiva. Pero la precisión técnica obliga a calificar esa expresión nada más que como una redacción que pudo ser más clarificadora. Recuérdese que es un derecho real (art. 577), de modo que la acción protectora pertenece a las llamadas acciones propietarias y, por lo mismo, participa de aquella vocación de perpetuidad que tiene el dominio. Dicho directamente, no queda extinguida por su no uso o no ejercicio; sólo queda extinguida cuando alguien posee la herencia hasta ganarla por prescripción adquisitiva, resultando aplicado así el art. 2517. La doctrina nacional es ampliamente predominante en este sentido. Esta conclusión importa diversas consecuencias prácticas; así, al tratarse de prescripción adquisitiva, deben tenerse en cuenta las normas legales y discusiones doctrinarias de esta clase de prescripción para temas como su forma de alegarla, la oportunidad en que se puede hacer valer en juicio, etc.

212.- La adquisición del dominio por la prescripción.-

Como se ha dicho, por la prescripción adquisitiva es adquirido el dominio (y otros derechos reales).

Los textos generalmente no contienen reglas sobre la adquisición misma, que, como se irá viendo, serían útiles. Pero en la doctrina predominan las dos siguientes afirmaciones.

— El dominio es adquirido de pleno Derecho al quedar cumplido el plazo; ha llegado a ser empleado el adverbio “automáticamente”, lo que significa, al menos entre nosotros, a la medianoche del último día del plazo. Así —como se dirá pronto en *infra* N° 213—, la sentencia sólo declara o reconoce que ha quedado configurado el modo de adquirir el dominio (no lo crea) y es sólo requisito de eficacia. Entre nosotros soporta esa conclusión el art. 689, cuando dispone que “Siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere como adquirido por prescripción, el dominio...”.

— No obstante algunas objeciones, predomina la conclusión de que la adquisición actúa retroactivamente, al día en que comenzó —se dice— la prescripción o —parece mejor dicho— la posesión. Han sido ofrecidos varios fundamentos a esta retroactividad, como la presunción de que el anterior propietario abdicó de su dominio antes de iniciarse la posesión, que debe protegerse a terceros que ya durante la posesión contrataban con el poseedor teniéndolo por dueño, etc. Entre nosotros, esa retroactividad no está expresada, pero hay un precepto que armoniza ostensiblemente con ella (el art. 1736). Esta retroactividad origina varias consecuencias. Por ej., el poseedor queda dueño de los frutos producidos durante la posesión, aunque haya estado de mala fe, porque ha resultado que fue el dueño durante ese lapso (el art. 907, que los confiere sólo al de buena fe, es aplicable sólo al poseedor vencido); quedan firmes los gravámenes o cargas que haya constituido en ese tiempo; y, estrictamente, le han de ser inoponibles los que haya constituido el propietario en la misma época. En la práctica, sí, es difícil que tengan lugar relaciones jurídicas entre el dueño y terceros, porque antes de celebrar el convenio el tercero examinará el objeto respectivo (por ej., el predio) y le quedará patente la existencia de un poseedor de él (aunque tal vez no en una temporal ausencia). Por otra parte, es natural que la inactividad del dueño cese, antes que contratando con terceros, mediante un acto de interrupción al poseedor.

En estas relaciones entre poseedor prescribiente y anterior propietario puede observarse que la prescripción adquisitiva lleva en correlatividad el efecto extintivo respecto del derecho del dueño (de ahí los preceptos de los arts. 2517 y 1815) (el tema de la prescripción de la acción reivindicatoria, relacionado con éste, será tratado más adelante; *infra* N° 268).

(...) 213.- La sentencia que declara la adquisición por prescripción.-

Conforme a lo dicho recién (*supra* N° 212), una sentencia no es requisito para adquirir el dominio por prescripción. Y así, extrajudicialmente, podría el prescribiente ser tenido por dueño sin necesidad de un fallo. Pero, en la práctica, le será necesario, porque sin ella su dominio le será fácilmente controvertible. De ahí que los textos suponen que será dictada una sentencia, la que, si está referida a inmuebles, debe ser inscrita para que produzca efectos contra terceros. Entonces, si el dominio es controvertido o si el prescribiente quiere desde luego preparar su reconocimiento, surge la utilidad de la sentencia. Ahora bien, ya se ha dicho que —por diversas justificaciones— es regla universal (también entre nosotros) la

de que debe ser alegada; debe invocarse como modo de adquirir el dominio cuya declaración se persigue; y, para obtener la declaración, no sólo basta alegarla. El invocante debe probar la concurrencia de sus elementos (atribución de carga que es fácil de demostrar conforme a cualquiera de los varios criterios que han sido formulados para distribuir el peso de la prueba). Así se llega a la secuencia: ha de alegarse, deberán ser probados los elementos y será obtenida la sentencia.

Queda pues explicada la afirmación, generalizadamente compartida, de que la sentencia que declara la prescripción adquisitiva o, más bien, que declara el dominio fundado en ella, según se dirá, constituye requisito de eficacia de la prescripción (con su inscripción, si se trata de inmuebles, conforme a lo dispuesto en el art. 2513).

Así, habiéndose poseído durante el plazo exigido, se ha producido la adquisición, y los efectos son generados desde entonces al punto de que, si son celebrados actos de dueño antes del fallo, esos actos jurídicamente son válidos y eficaces; pero si esa validez y eficacia son controvertidas con fundamento en la falta de dominio del constituyente, habrán de ser respetados siempre que, formulada la objeción, un fallo posterior declare el dominio mediante la prescripción. Por lo demás, con la retroactividad ya referida se mantendrán incluso los actos celebrados antes de cumplirse el plazo, desde el inicio de la posesión.

Pero aquí conviene observar una expresión. Generalmente se manifiesta que deberá existir “una sentencia que declare la prescripción” (y así lo expresa el citado art. 2513). La fórmula es objetable (sobre todo conforme a lo dicho en cuanto a la alegación). Las sentencias generalmente declaran “derechos”; y la prescripción no es un derecho, es un modo de adquirir uno (nótese, por ej., lo extraño que resulta expresar que “una sentencia declare la ocupación” o “declare una sucesión por causa de muerte”). Lo que el fallo fundamentalmente declara no es la prescripción, es el dominio, adquirido por prescripción; es cierto que allí el fallo, dando por probados los elementos, declarará que ha operado la prescripción, pero, sustantivamente, lo declarado es el derecho de dominio, adquirido por ese modo. Entonces, es muy claro el art. 689, que se refiere precisamente a la sentencia que reconozca “como adquirido por prescripción, el dominio...”.

(...) 214 bis.- La ley como modo de adquirir.-

El art. 588 del CC. no menciona a la ley como modo de adquirir el dominio. Pero doctrina y jurisprudencia nacionales la tienen admitida. La situación más aludida es la expropiación; puede ser mencionada también la del comiso (v. al respecto *supra* N° 65, c.).

Mientras en el código no haya reglas sobre este modo, cada vez que un texto disponga (o de él sea desprendido) que la ley es el modo de adquirir cierta cosa, es de suponer que ahí serán consignadas las bases indispensables para su aplicación y, particularmente, el instante en el que el dominio ha de entenderse trasladado o adquirido (...)