

LOS OBJETOS DEL DERECHO

El objeto de un derecho subjetivo es la entidad material o inmaterial sobre la que recae el poder en que consiste siempre un derecho subjetivo.

Son objetos de un derecho subjetivo los derechos de la personalidad, sus atributos, la persona misma proyectada a sus actividades, cosas corporales, energías naturales, etc.

El contenido de un derecho en cambio significa "El conjunto de facultades o utilidades que el derecho permite a su titular". Un conjunto de derechos, cada uno como facultades diversas como contenido, pueden recaer sobre el mismo objeto. Ejemplo: un inmueble puede tener a un dueño, un usufructuario y arrendatario, cada uno con facultades diversas. En abstracto, cada tipo de derecho tiene una misma facultad (mismo contenido). Ejemplo: Siempre el dominio confiere facultad de USO, GOCE Y DISPOSICIÓN. Pero en el hecho esto siempre no ocurre, porque las facultades de un derecho de dominio puede estar limitada por la concurrencia de otros derechos, como por ejemplo puede haber un derecho de dominio sin las facultades de uso y goce por existir sobre el mismo objeto constituido en usufructo.

No es lo mismo cosa que bien. Para algunos, cosa es toda parte separada de la materia circundante, y bien es toda cosa útil al hombre susceptible de apropiación. Es decir, habría una diferencia de genero a especie. Para otros en cambio cosa es cualquier entidad material o no, corporal o no. Bien en cambio, es toda cosa útil al hombre y susceptible de apropiación material o "virtual"(inmaterial). Utilidad es la aptitud de algo de satisfacer un interés o una necesidad.

De acuerdo a lo dicho, las cosas inapropiables no son "bien". No lo es, pues, el alta mar, el aire,...No tienen dueño, o dicho de otra forma pertenecen a toda la humanidad. El Código no define lo que son los bienes. Sólo dice en el artículo 565 "Los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales".

En doctrina se habla de derechos reales (sobre cosa corporal), intelectuales (sobre cosa inmaterial) y personales (no sobre cosa sino sobre una conducta humana, esto es, un hecho o una abstención).

Clasificación de las cosas.

1.- COSAS CORPORALES E INCORPORALES (565).

Para que una cosa sea corporal basta con que sea perceptible por cualquier sentido. La cosa incorporal es la que no es perceptible por los sentidos y sólo se puede concebir intelectualmente. Según el criterio romanista, son los derechos, salvo el de propiedad, que lo consideraban corporal por identificarse estrechamente con la cosa corporal sobre la que recae. Nuestro Código sigue ese criterio, sin excluir la propiedad o dominio (565 inciso. final , 576 y 577 2º inciso.).

La clasificación de cosas corporales e incorporales interesa para ver qué modos de adquirir pueden operar para cada cual. Ejemplo: mediante la accesión y la ocupación sólo se puede adquirir cosas corporales; en cambio mediante la tradición se puede adquirir, también, derechos reales y personales; y la prescripción adquisitiva sólo permite adquirir las cosas

corporales y los derechos reales no exceptuados, pero impide adquirir los derechos personales.

La electricidad es una cosa mueble (según la jurisprudencia).

Penalmente, lo es pues se contempla a su respecto el delito de hurto. El cuerpo de una persona viva no es cosa ni mucho menos cosa apropiable. Las partes, una vez separadas, son cosas y, en principio, de propiedad de quien eran miembros.

2.- Cosas muebles e inmuebles.

Esta clasificación se aplica tanto en las cosas corporales (566) como incorpóreas (580). Esta clasificación es fundamental. No lo era en el derecho romano, pues había pocas diferencias y además sólo era aplicable a las cosas corporales. En nuestro derecho en cambio, entre las cosas muebles e inmuebles, hay diferencia en cuanto a la forma de enajenación, la venta, la prescripción, la posibilidad de constituir prendas e hipotecas. También, en cuanto a la competencia relativa para conocer de las acciones muebles o inmuebles.

En principio, las cosas muebles son las trasladables de un lugar a otro sin detrimento de su sustancia, las inmuebles, a su vez pueden ser por naturaleza o anticipación; las inmuebles, por naturaleza, adherencia (también llamada incorporación) y destinación.

A veces los muebles se transforman en inmuebles en forma meramente ficticia, como ocurre con la destinación. En otras ocasiones la transformación es real, como ocurre con la adherencia.-

a.- Cosas corporales inmuebles por naturaleza. Son las que no pueden trasladarse de un lugar a otro sin que se altere su sustancia. (568). Las tierras comprenden el suelo y el subsuelo, los predios pueden ser urbanos y rústicos.-

b.- Cosas corporales inmuebles por adherencia. Son las cosas que siendo muebles por naturaleza, adhieren permanentemente a las que no pueden transportarse de un lugar a otro (568 inciso. 1º y 569), aunque momentáneamente se separen (573), se incluyen en estas condiciones los edificios y los árboles (568 inciso 1º), las plantas (569) y los frutos y productos mientras estos adhieran, salvo que sean muebles por anticipación (571). La enumeración del art. 578 es ejemplar, no taxativa.-

c.- Cosas corporales inmuebles por destinación. En realidad son cosas muebles por naturaleza, pero la ley las reputa ficticiamente como inmuebles por estar permanentemente (no necesariamente perpetuamente) destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. La razón de esta ficción reside en evitar el menoscabo en la productividad de un inmueble. Por eso se entienden incluidos los inmuebles por destinación en la venta de una finca (1830), en la hipoteca de bienes raíces (2420), en la especie legada (1118) o en el legado de una casa y de una hacienda de campo (1121). A diferencia de los inmuebles por adherencia, estos inmuebles por destinación no pierden su individualidad o fisonomía. No es necesario que la destinación la haya dado el titular del dominio. Esto lo exige la ley sólo en ciertos casos específicos (570 inciso. 4º, 5º y 6º). Tampoco se exige que la cosa destinada y el inmueble sean del mismo dueño, según la jurisprudencia. La Corte Suprema ha resuelto que determinar si una cosa

está o no permanentemente destinada al uso cultivo o beneficio de un inmueble es una cuestión de hecho, pero determinar si la cosa es inmueble por destinación es cuestión de derecho. La Corte de Apelaciones de Talca expuso que eran inmuebles por destinación los bueyes para la labranza pero no las vacas de lechería, pues el concepto de beneficio no debe tomarse como lucro empresarial sino como beneficio del predio mismo.

Comentarios a algunos ejemplo del 570.

Inciso 2º “Las losas del pavimento”. En realidad es inmueble por adherencia.

Inciso 3º “Los tubos de las cañerías”. En general serán inmuebles por adherencia salvo que esté permanentemente destinada al uso, cultivo o beneficio de un inmueble sin estar adherida.

Inciso 4º “Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca...” El poseedor también puede inmovilizar por destino, pero sólo respecto a terceros, frente a los cuales aparece como dueño. Además, cuando la ley habla de dueño, basta que sea nudo o pleno, absoluto o fiduciario.

Inciso 5º: “Los abonos existentes en ellas y destinados por el dueño de la finca a mejorarla;”. Salvo que se incorporen y pasen a ser inmuebles por adherencia.-

d.- Cosas corporales muebles por naturaleza: son aquellas que pueden ser movidas o moverse de un lugar a otro sin alteración de su sustancia. Se subclasifican en **semovientes o inanimadas** (567). No lo son aquellas cosas que encontrándose dentro de este concepto, se reputan sin embargo como inmuebles por destinación.(567)

e.- Cosas corporales muebles por anticipación. Son aquellas que siendo inmuebles por adherencia o destinación, se reputan muebles aun antes de su separación o del cese de destinación o de la adherencia para el efecto de constituir derechos en favor de persona distinta al dueño. (571/1801).

Reglas de interpretación en materias de muebles: 574, 1121.

Las cosas incorpóreas.

Son las que no pueden ser percibidas intelectualmente. Para nuestro código, son los derechos y acciones, que pueden ser reales o personales y muebles o inmuebles.

1º Los derechos reales. 577 inciso 1º. Son aquellos que, creando una relación directa e inmediata entre una persona y una cosa, son susceptibles de ser ejercidas no sólo contra una persona determinada sino contra todos.

Elementos:

a.- Un sujeto activo o titular de un derecho, que es el que tiene el poder de aprovechamiento, el cual puede ser más o menos amplio según la naturaleza del derecho;

b.- Una cosa objeto del derecho, que debe ser determinada.

Los derechos reales pueden recaer sobre cosas corporales e incorpóreas, inmateriales, como lo son las producciones del talento y el ingenio, y sobre las universalidades de hecho y de derecho.

Clasificaciones:

1.- Los derechos reales pueden ser principales o materiales, que son aquellos independientes de un crédito o accesorios (dominio, usufructo...) o formales que son aquellos que garantizan un crédito (prenda, hipoteca).

También pueden ser ilimitados como el dominio, pues confiere todas las facultades posibles y los llamados derechos reales similares al dominio, como la herencia, o derechos limitados o limitativos. Estos últimos pueden ser de goce (usufructo, servidumbre) o de garantía (prenda, hipoteca). El condominio o copropiedad (términos sinónimos) no es otra cosa que un dominio cuyo titular son varias personas. Eso puede ocurrir con todos los derechos (varios comuneros de un derecho de herencia, de un derecho de usufructo,...).

La enumeración de los derechos reales que contempla el Código en el art. 577 inciso. 2º no es taxativa, tanto es así que el artículo 579 agrega otro derecho real como es el censo en cuanto recae sobre una finca acensuada.

2.- Los derechos personales o de créditos. El contenido es la facultad de una persona (acreedor) de exigir de otra (deudor) el cumplimiento de un derecho o de una obligación. El objeto es un hacer o un no hacer.

Elementos constitutivos.

El acreedor. El deudor y el objeto del derecho.

1.- Acreedor o *creditor*, por haber creído en el deudor, es el titular del crédito; para él el crédito es una situación jurídica activa y por ende figura en el activo de su patrimonio.

2.- El deudor o *debitor*, es el que se encuentra en la necesidad jurídica de hacer o no hacer algo; su deuda es una situación jurídica pasiva y por ende figura en el pasivo de su patrimonio.

3.- El objeto del derecho es una prestación que puede consistir en dar (transferir o constituir un derecho real, es decir enajenar), hacer (entregar, hacer una obra) o de no hacer (como el comerciante que se obliga a no competir dentro de un determinado sector).

Todo derecho personal supone una obligación correlativa. En un sentido amplio, obligación significa el vínculo entre el deudor y el acreedor; es decir, el vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudora se encuentra en la necesidad de realizar en favor de otra llamada acreedora, una prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer. En un sentido más restringido, significa sólo la situación del deudor, o sea la situación jurídica pasiva denominada deuda o situación de obligado, que podría definirse como la necesidad en que se encuentra una persona de dar, hacer o no hacer algo en favor de otra.

Toda obligación y por consiguiente todo derecho personal supone un acreedor, un deudor y un objeto de la obligación o del derecho y un vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor.

Diferencias entre derecho real y derecho personal.

1.- Derecho real. Hay un sujeto pasivo que es indeterminado, la comunidad entera está obligada a no entorpecer el ejercicio del derecho.

Derecho Personal. El sujeto pasivo es siempre determinado. Pero en algunos derechos reales el sujeto pasivo está determinado, como ocurre en

el caso de las servidumbres (842). Sin embargo, aun en este caso, el sujeto pasivo no está determinado como persona, pues lo es quien quiera que se encuentre como titular de un derecho en el predio sirviente.

2.- El objeto del derecho real es una cosa, determinada, específicamente; en cambio, el objetivo del derecho personal, es un acto humano, positivo o negativo, que siempre recae indirectamente sobre una cosa corporal, no sólo específicamente sino también genéricamente.

3.- El derecho real es absoluto, pues puede oponerse a cualquier persona, en cambio el derecho personal es relativo, sólo se puede oponer a la persona obligada. Es por esto que el derecho real tiene dos prerrogativas de las que carece el derecho personal. Estas son el derecho de persecución (facultad para perseguir el ejercicio del derecho contra todo poseedor o mero tenedor), y el derecho de preferencia (facultad de excluir, en relación a la cosa objeto del derecho a todo aquel que sólo tiene un derecho personal o un derecho real de preferencia posterior).

Derechos muebles e inmuebles.

Tanto los derechos reales como los derechos personales pueden ser muebles o inmuebles. 580 y 581.

Los derechos reales son muebles o inmuebles según la naturaleza de la cosa corporal sobre la cual recae, los derechos personales son muebles o inmuebles según la naturaleza de la cosa debida. La cosa misma se debe cuando la obligación es de dar, esto es transferir o constituir un derecho real. En cambio si la obligación es de meramente entregar, la obligación no es de dar, si no que de hacer y las obligaciones de hacer son siempre muebles, pues entregar es un hecho y los hechos que se deben se reputan muebles (581). Así el derecho del arrendatario a que el arrendador le entregue la mera tenencia de la finca arrendada es mueble, pues el objeto del crédito es un hecho (entregar) y los hechos que se deben se reputan muebles. En cambio el derecho del comprador a que el vendedor le transfiera el derecho real mediante la inscripción en el conservador de bienes raíces respectivo, es inmueble, pues el objeto de la relación jurídica es transferir (dar) una cosa corporal inmueble.

Hay hechos y acciones que no son muebles e inmuebles. Ello ocurre no sólo en los derechos extrapatrimoniales, como la acción de nulidad de matrimonio, acción de divorcio, acción de reclamación de estado civil, sino también tratándose de las universalidades (derecho de herencia).

LAS ACCIONES.

Para la teoría civilista las acciones no son más que una proyección del derecho subjetivo; sería el derecho esgrimido ante los tribunales de justicia. Para los procesalistas, la acción es un derecho subjetivo independientes y autónomos del derecho subjetivo que protegen.

La naturaleza de la acción determina la competencia de los tribunales, los hechos cuya prueba se admite. Desde el punto de vista procesal, las acciones pueden ser declarativas o de mera certeza, de condena, constitutivas, ejecutivas y cautelares.

Desde el punto de vista civil pueden ser personalísimas (protegen derechos de la personalidad, como el nombre, estado civil, etc); de estado (miran las

relaciones de familia, como la acción de reclamación del estado de hijo legítimo) o patrimoniales (protegen derechos cuyo contenido es primordialmente económico).

Desde otro punto de vista civilista, pueden ser reales (protegen derechos reales) o personales (amparan derechos personales).

Otra clasificación distingue entre muebles e inmuebles, según sea la naturaleza del derecho que protegen.

Desde otra perspectiva, pueden ser petitorias (que protegen la propiedad y otros derechos reales) y posesorias (que protege la posesión). En nuestro derecho sólo hay acciones posesorias inmuebles (916).

Otras clasificaciones de las cosas.

a.- Cosas Específicas o Genéricas:

La cosa específica es aquella determinada por las cualidades propias que la distinguen de las demás dentro de la misma especie o mismo género.

La cosa genérica es la determinada por los caracteres comunes a todas las especies del género al que pertenecen. (951, 1590, 1508, 1509. Importancia 1510, 1548 y 1549).-

b.- Las cosas consumibles y no consumibles:

Esta clasificación puede atender a la consumibilidad objetiva o subjetiva. Son objetivamente consumibles las cosas que se destruyen naturalmente, lo que significa la alteración sustancial de su carácter físico, o civilmente (enajenación), por el primer uso que de ellas se hace conforme a su naturaleza.

Importancia de la clasificación: Hay derechos o actos que no pueden recaer sobre cosas consumibles (764, 789, 2174).

Son subjetivamente consumibles las cosas que se consideran desde el punto de vista pecuniario y cuyo primer uso importa enajenación en razón del destino a que se encuentran afectas.

Cosas deteriorables son aquellas que se destruyen gradualmente por el uso más o menos reiterado.

Cosas corruptibles son aquellas que deben consumirse en un breve tiempo pues de lo contrario y en razón de su naturaleza, se corrompen.-

c.- Cosas Fungibles o no Fungibles.

El concepto de fungibilidad viene de "fungor", cumplir una función. La fungibilidad es la aptitud de dos o más cosas de sustituirse unas a otras, esto es, desempeñar una misma función en el comercio en atención a ser equivalentes, de tener el mismo poder liberatorio.

Las cosas fungibles normalmente son genéricas, pero no necesariamente. La clasificación de las cosas en específicas o genéricas atiende a la determinación de una cosa, aisladamente considerada; en cambio la clasificación de las cosas en fungibles y no fungibles atiende a la similitud o disimilitud de dos o más cosas. Las cosas fungibles son normalmente consumibles, pero no necesariamente.

Arts. 764 - 789 - 1656 - 2196 - 2198 - 2228 - 575 inciso. 1º.-

El código yerra cuando confunde las cosas consumibles con las cosas fungibles.

La fungibilidad puede emanar de la voluntad de las partes, o de un mandato legal. De es última clase es el caso de las especies monetarias.-

d.- Divisibles o indivisibles. 1524. Jurídicamente se habla de cosas divisibles e indivisibles, material e intelectualmente.

Son materialmente divisibles las cosas que sin destrucción, ni alteración sustancial pueden fraccionarse en partes. No es necesaria la destrucción para que se esté frente a algo indivisible. (1337 regla 1º; 1526 Nº 5).-

Determinarlo es una cuestión de hecho. Son intelectualmente divisibles aquellas cosas que pueden dividirse en partes ideales o imaginarias, aunque no puedan serlo materialmente. Es la regla general y los derechos, que por su naturaleza son materialmente indivisibles, son normalmente intelectualmente divisibles. Pero hay excepciones. 1317 inciso. 2º; 826, 827; 2408; 1524 y 1526.-

e.- Presentes o Futuras. Son cosas presente las que tienen existencia real en el momento de nacer la relación jurídica que las considera.

Son futuras aquellas cosas que no son presentes pero que se esperan que existan. (1409, 1481, 1811, 1813).-

f.-Singulares y Universales: Las cosas singulares constituyen una unidad natural o artificial, simple o compleja, con existencia real en la naturaleza.

Las cosas universales son agrupaciones de cosas singulares sin conjunción física entre sí pero que por tener un lazo vinculatorio forman un todo y reciben una denominación común.

Se subdividen en universalidades de hecho y de derecho.

Las universalidades de hecho, son reuniones de cosas de naturaleza idéntica o diferente que conservando su individualidad forman un todo por el destino económico común que les afecta. Lo que las distingue de las cosas compuestas, es que en la universalidad de hecho, los componentes conservan a pesar de todo su propia individualidad.

En la universalidad de derecho hay un conjunto de cosas vinculadas en un solo todo por la existencia de relaciones jurídicas en común. En nuestro país es claramente universalidad jurídica la herencia, o el patrimonio de la sociedad conyugal, de una corporación, de una sociedad,... (2306, 951, 788).-

g.- Cosas Principales y Accesorias. 658.

Son cosas principales las que tienen una existencia independiente y pueden subsistir por sí mismas.

Son cosas accesorias las que dependen de una cosa principal sin la cual no pueden existir. Entre los derechos, los derechos accesorios son aquellos que dependen de un derecho principal, sin el cual pueden existen pero desde que nace el derecho principal, el accesorio se extingue necesariamente si el principal se extingue. Como por ejemplo, puede existir una hipoteca antes que exista la deuda garantizada, pero una vez que esta

ha nacido, si se extingue, se extingue también el derecho de hipoteca que garantizaba esa deuda.

Esta clasificación es importante, tanto para las cosas corporales como las incorporales.

En las cosas corporales es importante desde la perspectiva del modo de adquirir posesión. Determinar si una cosa corporal es accesoria o no va a depender de distintos criterios que se pueden utilizar.

En el caso de los derechos, la accesoria puede o no tener por objeto una garantía. Hay derechos accesorios de goce como el de usufructo, el de uso o habitación. Todos ellos suponen una cosa que se tiene en propiedad (derecho principal). Pero también hay derechos accesorios de garantía, esto es cuya obligación correlativa es accesoria y de garantía, y tales obligaciones que se llaman cauciones pueden ser reales -prenda, hipoteca, anticresis, arras) o personales - obligaciones individuales, obligaciones solidarias, cláusula penal, fianza-

h.- Cosas Apropiables e Inapropiables.

Las cosas apropiables, esto es, que pueden ser objeto de apropiación, se dividen en apropiadas e inapropiadas, según que pertenezca actualmente o no a un sujeto de derecho. Las cosas inapropiables pueden ser *res nullius* o *res derelictae*. 590.

Las cosas inapropiables son denominadas cosas comunes a todos los hombres. 585.-

i.- Cosas Comerciables, Cosas Incomerciables.

Según que puedan o no ser objeto de relaciones jurídicas privadas esto es, que pueda recaer sobre ellas un derecho real o personal. 1461, 2498. Hay cosas incomerciables en razón de su naturaleza, como el alta mar, y otras en razón de su destino, como los bienes nacionales de uso público.

No debe confundirse con que una cosa sea comerciable con que pueda ser enajenada. Una cosa embargada no puede ser enajenada, pero si es comerciable, no por ello deja de serlo. Los derechos reales personalísimos, por su parte, como el de uso o habitación, son comerciables; sólo que son inembargables. Lo mismo ocurre con los derechos personales personalísimos, como el derecho de alimentos o el derecho que nace del pacto de retroventa. La diferencia está clara en los números 1 y 2 del art. 1464.-

j.- Clasificación de las cosas en razón a su propiedad.

Atendido el sujeto del derecho de dominio, las cosas pueden ser particulares o nacionales; atendiendo a la naturaleza del dominio, pueden ser públicas o privadas.

Los bienes particulares siempre son privados, pero los bienes nacionales pueden ser públicos o privados.

Bienes nacionales 589. Su dominio pertenece a la nación toda y puede ser:

- Bienes nacionales de uso público, "bienes públicos"
- Bienes nacionales de uso privado, "bienes fiscales"

Los bienes fiscales los tiene el Estado como sujeto de derecho privado(589 inciso. 3º). Salvo norma legal en contrario, están sujetos al régimen de los bienes particulares: prescripción (2497), posibilidad de comercializarlos y enajenarlos. El código alude a algunos bienes fiscales, como por ejemplo;

- 1.- art. 590 “Son bienes del Estado todas las tierras, que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.”
- 2.- art. 995 “ a falta de todos los herederos abintestato designados precedentemente sucederá el Fisco”.
- 3.- art. 656 “Acerca de las nuevas islas que no hayan de pertenecer al Estado según el art. 597, se observarán las siguientes reglas.....”
- 4.- art. 597 “Las nuevas islas que se formen en la mar territorial o en ríos o lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, pertenecerán al Estado.”

Los bienes públicos pertenecen a todos los habitantes pero están fuera del comercio humano y son por ende imprescriptibles. Dentro de estos bienes públicos se pueden distinguir el dominio público marítimo, terrestre, fluvial y aéreo.

El dominio público marítimo se desprende del artículo 593 a 597. El alta mar es el mar que se extiende más allá del mar territorial. El art. 593 distingue lo que es mar territorial y zona contigua y el 596 agrega el concepto de zona económica exclusiva. Sólo es bien nacional el mar territorial (593). La playa del mar es bien nacional de uso público, pero la playa del mar es un concepto legal distinto del vulgar, según lo expresa el propio art. 594.. Luego gran parte de las playas en sentido vulgar son bienes particulares o fiscales (604, 612 y sig.).

El dominio público terrestre está aludido en el art. 592, del que se desprende que los caminos pueden ser públicos o privados.

El dominio público fluvial y lacustre está regulado por el código de aguas.

El dominio público aéreo está regulado por la ley de navegación aérea (DFL.221) y las convenciones internacionales respectivas.

Los bienes públicos pueden ser de uso común (calles, plazas,...) o privativo (quioscos, bombas de bencina,...).

El permiso es un acto unilateral de la administración, mediante el cual se autoriza a un particular determinado para ocupar temporalmente un bien público en beneficio exclusivo suyo, sin crearle derecho alguno. Es un simple acto de tolerancia y por ende la ocupación es precaria.

La concesión es también un acto unilateral de la administración; sólo la voluntad de esta crea una relación que el concesionario se limita aceptar. Pero junto con el acto unilateral hay una relación contractual, cuya naturaleza jurídica es la de un contrato administrativo, que se refiere a las prestaciones recíprocas entre concedente y concesionario. Luego, aun siendo igualmente precaria que el permiso, en cuanto a que puede ser unilateralmente revocada, la concesión puede dar origen a indemnización de perjuicios. Se discute en todo caso si la concesión confiere al concesionario un derecho real sobre el bien (Leopoldo Urrutia) o sólo sobre las obras que construya en el bien (Vodanovic, invocando en artículo 602 inciso. 1º). Un reciente recurso de protección (21.01.87, RDJ T. 84, Sección 5ª, p.89) estableció que el uso y goce de las obras que con permiso de la

autoridad competente se construyen en bienes nacionales de uso público, confiere a su titular una especie de propiedad que se incorpora a su patrimonio; esto es, él tiene la propiedad de ese derecho que, en consecuencia, se encuentra amparado por la garantía constitucional del art. 19 N° 24 e la Constitución. Cabe agregar que la forma como se posee este derecho de uso y goce es mediante la ejecución de actos a que faculta la concesión, sin que sea trámite ni requisito de posesión la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Cabe señalar además que la concesión no confiere propiedad ni posesión alguna sobre el inmueble mismo sino una mera tenencia que no habilita para adquirirlo por prescripción (RDJ T. 63, Sección 1ª, p. 274).

Sin embargo, tratándose de concesiones de bienes privados del Estado (bienes fiscales) la jurisprudencia ha dicho que existe un derecho real de naturaleza civil en el patrimonio del concesionario.

La autoridad que otorga el permiso o concesión es diversa en cada caso según la naturaleza del bien afectado. En ambos casos se extinguen por la llegada de el plazo, por el cumplimiento del objeto previsto, o por el abandono de las obras construidas. El permiso se extingue también por el objeto discrecional del permiso y la concesión se extingue también por su caducidad.

LA PROPIEDAD.

Es el derecho más completo que existe, pues confiere el poder más amplio sobre una cosa. Faculta para apropiarse de todas las utilidades que el bien es capaz de proporcionar. De acuerdo a la doctrina moderna, propiedad o dominio son términos sinónimos. El artículo 582 del código recoge esta doctrina.

Otros sostienen que dominio sólo se puede aplicar cuando recae sobre cosas corporales; en cambio el concepto de propiedad puede usarse cuando se refiere a cosas corporales o incorporales.

Por último, hay quienes sostienen que el dominio y la propiedad son términos sinónimos. Sólo que el concepto de dominio alude más bien a potestad subjetiva del titular sobre la cosa y en cambio el de propiedad a la pertenencia (noción objetiva) de la cosa a la persona.

Del dominio hay definiciones analíticas, que lo conceptualizan desde el punto de vista de las facultades que confiere. Tal es el caso de la nuestra (art. 582 inciso. 1º). También hay definiciones sintéticas que se basan en un concepto cualitativo intentando dar una noción unitaria del derecho en cuestión. Así se dice por ejemplo que el dominio es “el más amplio señorío que puede tenerse sobre una cosa”. También se dice que es un señorío UNITARIO (todas las facultades no son autónomas sino que están íntimamente unidas, INDEPENDIENTE (el dominio es el único derecho que no depende de ningún otro) y VIRTUALMENTE UNIVERSAL (en principio el dominio confiere las más amplias facultades).

Características del dominio:

a.- Es un derecho absoluto: lo que significa que el dueño puede ejercitar sobre la cosa TODAS las facultades posibles y que tiene un poder soberano para usar, gozar y disponer a su arbitrio. Este carácter lo consagra nuestro

art. 582, pues reconoce como únicas limitaciones la ley y el derecho ajeno. En relación a esto, se agrega que el dominio es un derecho **general** en cuanto autoriza al titular para aprovecharse de todas las utilidades que la cosa es capaz de proporcionar, salvo la existencia de otros derechos; a diferencia de los demás derechos que son especiales en cuanto a facultades. También se agrega que es **independiente**, en cuanto no supone ningún otro derecho real, a diferencia de los demás derechos que son siempre *res in re aliena* (en cosa ajena).-

b.- Es un derecho exclusivo: porque por su esencia supone un titular único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa y por ende para impedir la intromisión de cualquier persona. (Art. 844 inciso. 1º). La exclusividad del dominio no se opone a la existencia de los condominios. En estos, hay un solo titular que puede estar integrado por varias personas.-

c.- Es un derecho perpetuo: dura cuanto dure la cosa, no se extingue por su no uso. No tiene plazo ni causal de caducidad. Si se pierde por el tiempo, no sería por su no uso, sino porque otro la adquirió por prescripción adquisitiva. Según algunos, la perpetuidad es de la naturaleza pero no de la esencia del dominio. No lo sería en el caso de la propiedad fiduciaria. Sin embargo, en ella a nuestro juicio hay sólo transferencia de dominio a otro titular. No es una extinción.-

d.- Es un derecho abstracto: esto significa que abstractamente se mantiene al margen de las facultades que pueden verlo limitarse. Ejemplo: se constituye un usufructo. Mientras dure el nudo propietario no podrá usar ni gozar. Pero sigue siendo DUEÑO, esto es titular del derecho de dominio.-

e.- Es un derecho elástico: esto significa que por la concurrencia de otros derechos, el dominio puede ampliarse o restringirse en sus facultades.

FACULTADES INHERENTES AL DOMINIO

De acuerdo a la tradición romana, el dominio confiere facultades materiales y jurídicas.

Facultades materiales. Son la de uso, goce y consumo físico de la cosa. La facultad de uso consiste en aplicar la cosa a todos los servicios que es capaz de proporcionar sin tocar sus productos, ni realizar una utilización que signifique su destrucción inmediata. Si se infringe lo primero, se cae en la facultad de goce, y si se infringe lo segundo, en la facultad de consumo físico.

Importa distinguir estos conceptos porque el usuario, por ejemplo sólo tiene facultad de uso y facultad limitada de goce.

El usufructuario tiene ambas facultades ilimitadamente. Pero tratándose del dueño, la distinción carece de importancia, pues tendrá todas las facultades salvo que esté limitado por la concurrencia de otros derechos.

La facultad de goce consiste en la posibilidad de apropiarse de los frutos y productos que da la cosa. Nuestro Código erróneamente dice que esto es la operatoria del modo de adquirir accesión (art. 643), cuando en realidad no es más que el ejercicio de la facultad de goce que confiere el dominio.

La facultad de abuso o disposición material es la que habilita para destruir materialmente la cosa, para transformarla o degradarla. Esta facultad es privativa del dominio. Todos los demás derechos reales imponen la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa, como lo señala el

art. 764 a propósito del usufructo. Esta facultad se ve a veces limitada en razón de intereses superiores, como ocurre con los monumentos nacionales.

Las facultades jurídicas que confiere el dominio se refieren básicamente a la posibilidad del titular del dominio de desprenderse del derecho, sea o no en favor de otra persona, sea por actos entre vivos o por causa de muerte. Se llaman facultades jurídicas, porque implican la realización de actos jurídicos como la muerte por ejemplo. Entre estas facultades está la de renuncia, disposición, abandono y enajenación.

La palabra enajenación se usa en sentido restringido como sinónimo de transferencia. En sentido amplio es todo acto por el cual el titular del derecho lo transfiere a otra persona o constituye sobre él un nuevo derecho que viene a limitar o gravar el suyo ya existente. En algunas oportunidades el Código utiliza la palabra enajenación en sentido amplio como en el art. 2387, 2414; y en otras ocasiones en sentido restringido como en los arts. 144, 303, 393, 1135, 1754.

La regla general relativa a la disponibilidad de los bienes tiene excepciones como en el art. 1464 N° 3 "Hay objeto ilícito en la enajenación... N° 3 De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.", 751, 1432.

Los derechos limitativos del dominio pueden ser de goce (usufructo, servidumbre) o de garantía (prenda, hipoteca). Importan enajenaciones parciales y por ello se ha estimado que la prohibición de enajenar las cosas embargadas, comprende también la de constituir estos derechos limitativos. Es preciso no confundir capacidad de disposición con facultad de disposición. La primera es la aptitud general de un sujeto para disponer de derechos. La segunda, en cambio, es el poder para disponer de un derecho determinado. Así, la facultad de disposición exige:

- capacidad de disposición.
- titularidad del derecho (no existe facultad de disponer un crédito ajeno)
- disponibilidad del derecho (no se puede disponer de un derecho personalísimo).
- ausencia de un agente o derecho que impida disponer (no se puede disponer de una cosa embargada sino con autorización del juez o del acreedor).

¿Es renunciable la facultad de disposición?

En principio se debiera estimar irrenunciable pues viola el principio de la libre circulación de los bienes que el legislador protege mediante varios artículos como 745, 769, 1964, 2031 y 2415. Esta opinión sostiene que por tanto las cláusulas en virtud de las cuales un dueño se obliga a no enajenar, no serían válidas. En favor de esta opinión se invocan no sólo los artículos mencionados y el principio de la libre circulación de los bienes que recoge el mensaje y el código sino además el hecho que se estaría contraviniendo el artículo 582 y 1810. Además, precisamente porque están prohibidas es que el legislador expresamente las autorizo en ciertos casos como los arts. 751, 1432, 793 inciso. 3°. Por último si bien el art. 53 N° 3 del reglamento del conservador de bienes raíces está aceptando la existencia de estas cláusulas, no les señala efecto alguno sino que se limita

a reconocer su existencia. Existen fallos que han seguido estos criterios ¹. De acuerdo a esta postura, las cláusulas de no enajenar adolecerían de nulidad absoluta por atentar contra el orden público uno de cuyos pilares es la libre circulación de los bienes. Así, pactada una cláusula de no enajenar, el Conservador igual puede y debe inscribir un título traslativo de dominio o un gravamen ². Eso sí que la enajenación constituirá una vulneración de una obligación de no hacer y por ende originará eventualmente un derecho a indemnización.

Pero podría sostenerse además y existe jurisprudencia en tal sentido, que las cláusulas de no enajenar serían plenamente válidas.

1.- Porque no hay norma que las prohíba genéricamente y en derecho privado puede hacerse todo aquello que no esté prohibido.

2.- Porque si en algunos casos como los citados la ha prohibido (1964, 2031, 3415), es porque a contrario según la regla general es que deben ser aceptadas.

3.- Porque si un dueño puede al transferir su derecho desprenderse de todas las facultades que confiere, con mayor razón debiera poder desprenderse de una sola de las facultades (la de disposición), pues quien puede los más puede también lo menos.

4.- Porque el art. 53 N°3 del reglamento del Conservador de Bienes Raíces la acepta.

Aceptando la validez de esta cláusula se plantea el problema de la sanción para el caso de desconocerla. O sea, el que se obligó a enajenar, enajene. Para algunos se estaría frente a una especie de embargo violado, es decir habría que aplicar los arts. 1646 N°3 y 1682 y por ende tal enajenación adolecería de nulidad absoluta.

Para otros no cabe en este caso aplicar el art. 1464 N°3 pues se refiere al embargo por decreto judicial. Luego el efecto de la cláusula habría sido simplemente establecer una obligación de no hacer y su incumplimiento daría origen a la posibilidad de exigir la resolución de un contrato si lo hubo y en todo caso con indemnización de perjuicios.

Por último Alessandri sostiene que son válidas las cláusulas de no enajenar si no imponen una prohibición perpetua o por largo tiempo y se justifican por un interés legítimo. Ello porque en estas condiciones no se infringiría la libre circulación de los bienes. Ejemplo: dono a un pródigo con prohibición de enajenar por un tiempo. Además cabe aplicar analógicamente el art. 1126 y concluir que vale la cláusula que contiene una prohibición temporal y basada en un interés legítimo, como en el caso que se comprometan derechos de terceros. Frente a la cláusula válida que se viola, la sanción sería simplemente la resolución si hubo un contrato bilateral y en cualquier caso la indemnización de perjuicios, toda vez que se infringió una obligación de no hacer. (1489 y 1555).

Contenido pasivo del derecho de propiedad.

Todo derecho personal tienen como correlativa una obligación personal. Los derechos reales a veces llevan correlativamente una obligación real

¹RDJ T.80, Sección 1°, p.94; RDJ T. 46, Sección 1°, p. 486.-

²C.S., 21-09-83, R., T. 80, Sección 1°, p. 94 y R. T., 46, Sección 1°, p. 486.-

(propter rem) que es aquella que incumbe al propietario o poseedor de la cosa, en términos que si existe otro dueño o poseedor, éste pasa a ser el deudor, no porque la obligación se haya transferido (la posesión no se transfiere) sino por ser dueño o poseedor. Ejemplo: arts. 838, 859, 942, 1962.

Los derechos reales conllevan también a veces cargas reales. Ejemplo: el pago de los gastos comunes de un edificio.

Un último contenido pasivo del derecho de propiedad que merece destacarse es la responsabilidad por la propiedad. Ejemplos: Arts. 2323 en relación con 934, 2324 en relación con 2003 regla 3º, 2326, 2327.

Clasificación de la propiedad.-

1.- Desde el punto de vista de su extensión puede ser plena (todas las facultades) o nuda (desprovista de la facultad de uso y goce).

2.- Desde el punto de vista de la duración puede ser absoluta (regla general) o fiduciaria (que es aquella sujeta al gravámen de pasar a otra persona en el evento de verificarse una condición (733).

3.- Desde el punto de vista de los sujetos activos, se habla de propiedad individual o condominio o comunidad (estos últimos son términos sinónimos).

4.- Desde el punto de vista de la naturaleza de los objetos del derecho, puede ser civil o especial. Son especiales la propiedad austral, minera, agrícola, etc., resguardadas por legislaciones especiales.

5.- Cabe tener presente que desde el punto de vista de la extensión de la propiedad, existen límites horizontales y verticales. En cuanto al espacio aéreo existen normas especiales en otros cuerpos positivos y en el Código Civil (art. 931 inciso. 3º y 942). Lo mismo ocurre desde la perspectiva del subsuelo, pues existen muchas normas en el Código de Aguas y de Minería, pero también en el Código Civil.(art. 942). Cuando veamos el modo de adquirir "accesión", se verá cómo la propiedad se extiende a lo que la cosa produce y a lo que se junta a ella.

Restricciones al dominio.

Como dice un autor Alemán , la propiedad no concede facultades libres y exclusivas sino dentro de ciertos límites fijados a priori por el ordenamiento jurídico. Hay ciertas restricciones que son inmanentes al dominio, y ellas no representan un menoscabo a la propiedad, sino límites naturales de la misma que determinan su contenido normal..

Es preciso distinguir dichas limitaciones de las que constriñen la amplitud normal del dominio; estas últimas sí que implican un menoscabo regular de tal derecho. No existe en el derecho de propiedad sino en el mismo; se establecen desde afuera y estrechan o comprimen los límites naturales de aquel.

El principio según el cual el ejercicio del derecho de propiedad debe ser racional y no abusivo, es una limitación inmanente del dominio; en cambio una servidumbre en su sentido técnico, es una limitación no inmanente; porque entraña una reducción de los límites regulares del derecho de propiedad.

Las restricciones o limitaciones al dominio son muchas. El Código es muy escueto. Sólo dice que la ley y el derecho ajeno pueden limitar el dominio como lo señala el art. 582. Las limitaciones en virtud de la ley son inmanentes o intrínsecas al derecho mismo. Las limitaciones en razón al derecho ajeno son tanto de la clase de las inmanentes como de aquellas externas, que vienen de afuera y que implican un menoscabo del contenido regular del derecho.

Pueden distinguirse restricciones genéricas que nacen del concepto y naturaleza mismos del derecho de propiedad, y restricciones específicas, que se establecen en la ley en razón del interés social.

Restricciones genéricas.

Existen básicamente dos limitaciones de este tipo. Una de naturaleza positiva, que afecta al ejercicio del dominio y que involucra la idea del abuso del derecho, y otra, negativa, que afecta a la facultad de excluir, a quien no sea el titular del derecho, del uso y goce de la cosa.-

a.- El abuso del derecho. Es lógico sancionar a quien sin derecho daña a otro. Pero si se daña a otro ejercitando un derecho, ¿qué responsabilidad se contrae?

En el derecho romano se sostenía que no podía hablarse de responsabilidad si se ejercía un derecho, pero la normativa recogía excepciones. Hay varios aforismos que atemperaban esto como “*summum jus, summa injuria*” el derecho al extremo es la máxima injusticia. El derecho medieval recogió la idea de los *actos de emulación*, es decir, aquellos que sin utilidad propia apreciable se realizaran sólo o principalmente para dañar a otro. La teoría de esos actos alcanzó auge sobre todo por influencia del cristianismo. En la época de la revolución francesa, esto retrocedió frente al absolutismo de los derechos, que se erigió en norma general. En los tiempos contemporáneos reaccionan con energía a dicho estado de cosas y plasman la teoría de abuso del derecho. Quienes más han contribuido en ella son los autores franceses como Toullier, Larombiere y Sourdat.

La teoría de abuso del derecho recibe aplicación no sólo en el derecho de propiedad sino en todos y suele fundarse en la relatividad de los derechos. Tanto los derechos personales como reales, los patrimoniales como los de familia, las garantías constitucionales como los derechos sindicales, pueden llegar a ejercerse abusivamente, en forma que reclame un correctivo jurídico. Pero se les critica la circunstancia de parecer, el concepto mismo, una contradicción de términos.

Hay quienes creen que el abuso del derecho, como materia, debe regirse por los principios y soluciones correspondientes a la responsabilidad delictual y cuasi delictual. Sin embargo se trata de cuestiones distintas pues el abuso del derecho no interesa si hubo culpa o dolo con un provecho muy inferior. Con todo, la sanción al abuso de los derechos es la misma que para los delitos y los cuasi delitos, es decir la indemnización de perjuicios. Así se desprende del texto del art. 2314.

Otros creen que hay abuso del derecho cuando éste se ejerce en finalidades diversas a su objeto económico o social, provocando un

perjuicio a otro sin provecho, con provecho o con poco provecho, o con el único objeto de perjudicar al otro como lo son los actos de emulación.

Lo que distingue el abuso del derecho de la colisión de hechos es que en el primer caso se atenta contra un interés que no alcanza a tener la prerrogativa jurídica de derecho. En la colisión de derechos, en cambio, el ejercicio de dos derechos conjuntamente es inconciliable.

Hay derechos absolutos en el sentido que no cabe la posibilidad de ejercerlos excesiva o abusivamente. Se ejercen en forma incausada y totalmente discrecional. Es lo que ocurre con el derecho de los causantes a disponer de la cuarta de libre disposición (art. 1184), a pedir la partición (art. 1317), a autorizar el matrimonio de los hijos menores de edad (art. 108 y s.s.) y otros arts. 854, 942....-

b.- Limitaciones de la facultad de excluir:

1.- El derecho de uso inocuo, es decir el derecho de aprovechar de una cosa ajena en razón a la utilidad importante y no sufriendo el dueño el perjuicio o siendo este poco importante. Es un derecho que actúa sobre cosa ajena, no un simple permiso ni tolerancia del dueño de ésta, como tampoco es, por parte del que aprovecha, el resultado de un abuso. La calificación de inocuo revela que el uso o el goce no causa un verdadero perjuicio; en otras palabras que es inocente o inofensivo. El aprovechamiento debe ser útil para el que lo hace, pues es esta utilidad que le sirve de base.

En nuestra legislación el uso inocuo, no tiene la categoría de un derecho; por lo tanto, como se trata de una situación excepcional no se puede considerar en ese carácter ni, consiguientemente como una limitación al dominio. El uso inocuo sólo está considerado, en forma implícita en algunas disposiciones, como un acto que depende de la mera tolerancia o benevolencia del dueño. (2499).

2.- El derecho de acceso coactivo o forzoso, es el derecho que en razón de una necesidad manifiesta, la ley concede a una persona para entrar ocasionalmente a un predio ajeno con el fin de llevar a cabo un acto relacionado con una cosa que le pertenece o está a su cargo. En nuestro derecho no existe ninguna norma sobre este derecho coactivo. Hay sí alguna normas expresas sobre determinados casos, así al dueño de la colmena no se le puede prohibir que persiga a sus abejas fugitivas en tierras que no están cercadas ni cultivadas. (620, 943 inciso. 2º).

3.- El principio del mal menor. Conforme al cual se concede a un extraño un derecho aprovechándose de una cosa ajena a fin de salvar de un peligro inminente un interés jurídico de mayor valor. El propietario carece de la facultad para oponerse al acto del tercero; su facultad de excluir queda limitada. Ejemplo es el caso de la persona que tiene un familiar enfermo y penetra en un garaje para apoderarse del auto con el sólo fin de ir a buscar al médico. En la legislación comparada se recoge este principio, pero ordenando siempre la indemnización de perjuicios. En nuestro país esto está recogido a nivel penal, como eximente de responsabilidad penal (art. 10 N°7 del Código Penal). A nivel civil habría que aplicarlo conforme a la equidad natural.

Restricciones específicas o de interés social.-

a.- Beneficio de la utilidad pública. Aquí debemos incluir aquellas restricciones en interés de la seguridad, la salubridad o el ornato nacional, en interés de la defensa nacional, o del funcionamiento de la economía (restricciones de los precios, en actividades que atenten contra la libre competencia, en la industria minera, en el uso de las aguas, en la explotación forestal,...); las restricciones en favor del patrimonio artístico nacional.-

b.- En beneficio de la utilidad privada. Estas restricciones se denominan normalmente restricciones exigidas por las relaciones de vecindad. En Chile no hay una teoría general de la vecindad ni un texto sistemático al respecto como en otros países. Pero hay normas específicas como los arts. 856, 937, 941, 942 y leyes especiales.

DERECHOS REALES LIMITADOS Y LIMITACIONES AL DOMINIO.-

Las restricciones que hemos visto a la propiedad no son disminución de las facultades del dominio sino más bien condiciones o supuestos para su ejercicio. Hay, en cambio, limitaciones al contenido mismo del derecho, que configuran los llamados derechos reales limitados pues presentan, en comparación con el dominio, un contenido más limitado.

Los derechos reales limitados pueden ser de goce o de garantía. Los de goce permiten el uso directo de la cosa y son la propiedad fiduciaria (art. 733), el usufructo (art. 764), el uso y la habitación (art. 811) y la servidumbre activa (art. 820).

Los de garantía facultan para la utilización indirecta de la cosa y son el derecho de prenda, el de hipoteca y el de censo.

Entre los derechos reales limitados hay algunos que son limitativos del dominio (como el usufructo) y otros que no lo son (como la propiedad fiduciaria, si se la considerara como derecho real).

LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.-

Es la que está sujeta al gravámen de pasar a otra persona en el evento de verificarse una condición (733). También se denomina fideicomiso. Intervienen tres personas, a saber: el constituyente, que es la persona que dispone de una cosa suya a favor de un tercero (propietario fiduciario) con carga que en el evento de verificarse una condición pase a otro (fideicomisario); el propietario fiduciario, que es quien es dueño bajo condición resolutoria y el fideicomisario que es quien es titular de una mera expectativa de adquirir un derecho en el evento de cumplirse una condición.

La restitución es el traspaso de la propiedad del fiduciario al fideicomisario. Pero la condición en el fideicomiso no es una condición regida por las reglas generales. Desde luego, no opera retroactivamente. El artículo 732 N° 1 no se refiere a la propiedad fiduciaria sino a las condiciones resolutorias comunes.

El fideicomiso implica sólo un derecho, el de propiedad, que se ejerce por el propietario y puede llegar a ejercerse por el fideicomisario, si se cumple la condición. Ello, a diferencia de los otros derechos reales limitados, que implican la concurrencia de ellos con el dominio.

En materia de derecho sucesorio se llama sustitución a la designación de una persona para que reciba una asignación en reemplazo de otro que no quiere o no puede suceder (1156). La sustitución puede ser fideicomisaria, y en tal caso el fideicomisario recibe después que el asignatario ha gozado por un tiempo. Esta especie de sustitución en realidad no lo es, en estricto rigor, sino que es una forma de fideicomiso (art. 1164).

Requisitos de existencia del fideicomiso

a) Cosa susceptible de constituirse en fideicomiso: la totalidad o una cuota de una herencia o especies o cuerpos ciertos (734). No son susceptibles de constituirse en fideicomiso las cosas genéricas ni las consumibles, pues el fiduciario debe restituir la misma cosa al fideicomisario. No obsta a lo anterior que una herencia pueda contener cosas consumibles, pues en tal caso lo que se ha dado el fideicomiso es la universalidad jurídica

b) Solemnidades.- Si el fideicomiso se constituye por acto entre vivos, la solemnidad es el otorgamiento de escritura pública; si por causa de muerte, el testamento (735). Además, si es inmueble, deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes (735 inciso 2º y Reglamento art. 52 Nº 2 y 32 inciso 2º). Si se constituyó por testamento, la inscripción será una solemnidad (Alessandri) o una medida de publicidad (Claro Solar). Si se constituye por acto entre vivos, la inscripción será la forma de hacerse la tradición del constituyente al propietario fiduciario (salvo que ambos sujetos sean una misma persona) (Claro Solar); otros estiman que además de tradición sería solemnidad del acto constitutivo (Alessandri).

¿Puede adquirirse una propiedad fiduciaria por prescripción? Se discute. Se estima que no, porque el art. 735 dice que el fideicomiso no puede constituirse sino por los medios que señala; además, el Código no reconoce expresamente que el fideicomiso pudiera adquirirse por prescripción, a diferencia de lo que ocurre con el usufructo (art. 7664 Nº 4). Sin embargo, por otra parte podría sostenerse que conforme al artículo 2498 se ganan por prescripción todos los derechos reales no exceptuados, y el fideicomiso no lo está. Por lo demás, el Código considera al fideicomiso sólo como una modalidad del dominio.

c) Existencia de un fiduciario y un fideicomisario. El fideicomiso supone un sólo derecho, el de propiedad, y del cual goza el fiduciario normalmente, con la única salvedad de que no es perpetuo para él, porque se le traspasará al fideicomisario en el evento de verificarse la condición. El fiduciario debe ser persona cierta y determinada al momento de constituirse el fideicomiso. su turno, el constituyente puede nombrar no solo uno sino varios fiduciarios o varios fideicomisarios; pero no podrían ser sucesivos, es decir, no pueden ser llamados al goce de la cosa unos en pos de otros (742).

Si el constituyente no designa fiduciario, lo será el mismo constituyente o sus herederos (748).

Si, en cambio, el constituyente designa fiduciario pero este falta (muere), antes de que se defiera el derecho (por ejemplo, antes que el constituyente muera), habrá que distinguir si acaso se designó sustitutos o no. El Código reglamentó la sustitución para el fideicomisario (743 y 744), pero esas reglas son también perfectamente aplicables al fiduciario. Si dejó sustituto,

la propiedad pasa a éste. De lo contrario, pasará la propiedad al constituyente si viviere o a sus herederos (se aplica analógicamente el art. 748). En cambio, si hay varios propietarios fiduciarios, se produce acrecimiento (750).

Si el constituyente designó propietario fiduciario y éste falta después de que se le ha deferido el derecho, simplemente se aplican las reglas generales de la sucesión y la propiedad fiduciaria pasa a los herederos (751)

El fideicomisario puede no haber existido al tiempo en que se constituyó el fideicomiso (se defirió el derecho al fiduciario), pero debe existir al momento de cumplirse la condición, la que en todo caso no puede durar más de 5 años en cumplirse, pues de lo contrario se tiene por fallida (737, 738, 739).

Al igual que con los fiduciarios, puede el constituyente nombrar varios fideicomisarios (742) que no existan pero se espere que existan (746).

Si el constituyente no designa al fideicomisario, habría que aplicar analógicamente el art. 748; aunque esto ha sido rechazado por la jurisprudencia, en razón de que concurren todas las calidades en una misma persona. Sin embargo, la verdad es que lo que hay en este caso es simplemente un fideicomiso que se extingue por confusión (art. 763 N° 6).

Si el fideicomisario falta antes de que se cumpla la condición, pasará a ocupar su lugar el sustituto designado. Si no lo hay, el fideicomisario que falta no transmite nada, ni siquiera la mera expectativa: se considera fallida la condición y la propiedad se consolida en el patrimonio del fiduciario; por cuanto la propiedad fiduciaria supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto al tiempo de verificarse la condición.

Si falta el fideicomisario después de verificada la condición, simplemente hay que aplicar las reglas sucesorias, pues el fideicomiso se habrá extinguido y la propiedad se habrá consolidado en manos del fideicomisario.

El Código reglamenta los sustitutos en los artículos 743 y 744. La primera regla es que las sustituciones se entienden vulgares; es decir, operan sólo cuando el fiduciario o el fideicomisario faltan antes de que se defieran sus derechos (762). La segunda regla es que no hay más sustitutos que los designados por el constituyente, los que pueden ser llamados sucesivamente (743 y 744). Sólo se excluye a los descendientes legítimos del fideicomisario pues el fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite ningún derecho (762).

El Código prohíbe los fideicomisos sucesivos. La sanción no es la nulidad absoluta sino otra especial: se consideran sustitutos y por lo tanto adquirido por el primero, cesa la expectativa de los otros (745). Es la solución que da el legislador a los usufructuarios sucesivos o alternativos (769). Lo que sí puede hacerse es constituir una cosa en fideicomiso en favor de una persona y en usufructo en favor de otra (736). La nuda propiedad queda para el constituyente y la propiedad plena quedará para el mismo propietario fiduciario -después de terminado el usufructo- si la condición falla.

d) Existencia de una condición, esto es, de un hecho futuro e incierto. Si se somete la duración de la propiedad a un plazo, hay usufructo aunque se le

llame fideicomiso (741). Si la asignación es desde día cierto pero indeterminado, es condición y por ende hay fideicomiso, pues envuelve la condición de existir el asignatario en ese día (1085 inciso 1º). Si hay certidumbre, en cambio, hay plazo y por ende usufructo (1085 inciso 2º).

La condición es resolutoria del derecho del fiduciario pero es suspensiva para el fideicomisario.

La condición de existir el fideicomisario o su sustituto al momento de verificarse la restitución, es una *condiciones iuris*, la que el constituyente señala, en cambio, una *condiciones facti*. Las condiciones iuris son tácitas (si bien pueden además expresarse), pero a diferencia de la condición resolutoria tácita, que es un elemento de la naturaleza de los contratos bilaterales, estas son elementos de la esencia del fideicomiso. Luego, se trata de una condición esencial pero tácita. En todo caso, a la condición de existir el fideicomisario o su sustituto al momento de la restitución pueden agregarse copulativamente o disyuntivamente otras condiciones (738).

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.-

a.- Derechos.-

El propietario fiduciario es dueño de la propiedad por lo que puede reivindicar (893); puede transferirse y transmitirse, pero manteniéndola indivisa y con el gravámen de la restitución y siempre y cuando el constituyente no haya prohibido la enajenación (751). Tampoco es transmisible la propiedad fiduciaria cuando la condición es precisamente la muerte del fiduciario (751).

Además, el fiduciario puede gravar su propiedad pero con autorización judicial con conocimiento de causa y audiencia de ciertas personas, bajo sanción de inoponibilidad (757). Todo ello con el fin de proteger al fideicomisario. En la misma idea de protección se basa el hecho de que mientras está en manos del propietario fiduciario, el fideicomiso es inembargable (1618 N° 8).

El fiduciario tiene la libre administración de la cosa (758).

Finalmente, el fiduciario tiene el derecho a gozar de los frutos (754), a menos que se haya pactado que el fiduciario tuviera la calidad de "tenedor fiduciario".(749)

b.- Obligaciones:

-Conservar la cosa respondiendo de culpa leve (758) pero si se le concedió la libre disposición de la propiedad, sólo estará obligado a restituir lo que exista al momento de la restitución ("fideicomiso de residuo") (760)

-Hacer inventario solemne en los mismos términos que el usufructuario (754). En cambio, a diferencia del usufructuario, no está obligado a rendir caución, salvo que el Tribunal se lo ordene como medida conservativa (755)

-Pagar expensas. Desde luego, todas las necesarias ordinarias, cargas periódicas e impuestos, sin derecho a reembolso (como carga correlativa a su derecho de gozar los frutos) (754, 795 y 796). En cuanto a las necesarias extraordinarias, también llamadas obras o refacciones mayores necesarias (798), también debe pagarlas pero con derecho a reembolso contra el fideicomisario una vez verificada la restitución y con ciertas rebajas (756)

En cuanto a las expensas no necesarias, sean útiles (909 inciso 2º) o simplemente voluptuarias (911), el fiduciario que las haya hecho no tiene derecho alguno que reclamar -salvo por vía de compensación- a menos que las haya pactado con el fideicomisario (759). Pero en todo caso, si el fideicomisario rehusa pagárselas y pueden separarse sin detrimento de la cosa, tiene el fiduciario derecho a llevárselas. Ello, pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa y además porque se puede aplicar analógicamente el artículo 801 que le da este derecho al usufructuario.

-Restituir la cosa una vez que se verifica la condición. La restitución implica la traslación de la propiedad; opera sin efecto retroactivo (733). Pero si el fiduciario tuviere derechos a reembolsos contra el fideicomisario, puede ejercer derecho legal de retención pues este derecho, que es del usufructuario, se le aplica también al fiduciario (754/800).

-Indemnizar por los deterioros sufridos por la cosa (758); salvo que se haya concedido al fiduciario la facultad de gozar de la propiedad a su arbitrio (760 inciso 1º).

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

a.- Derechos.

Mientras pende la condición, el fideicomisario tiene una mera expectativa, la que en todo caso le faculta para impetrar medidas conservativas (761) del mismo modo que lo puede hacer el acreedor condicional (1492). Esa mera expectativa recae sobre una cosa futura, por lo que puede ser objeto de una venta (1813). Además, el fideicomisario tiene el derecho a ser oído ante gravámenes que intente imponer el fiduciario (757).

Si el fideicomisario fallece antes de cumplirse la condición, nada transmite a sus herederos (762), en razón de aquella regla de que el fideicomiso envuelve la condición esencial de existir al tiempo de la restitución.

El fideicomisario puede solicitar judicialmente se ordene al fiduciario a rendir caución (755).

Tiene, además, naturalmente, el derecho a pedir la cosa una vez cumplida la condición.

Además tiene derecho a solicitar la indemnización de perjuicios (758).

b.- Obligaciones. Básicamente reembolsar al fiduciario las expensas necesarias extraordinarias (756).

EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

-Por la restitución (733)

-Por la resolución del derecho de su autor

-Por la destrucción total de la cosa (807)

-Por renuncia del fideicomisario a su mera expectativa

-Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil

-Por confusión de las calidades de único fiduciario y único fideicomisario

EL USUFRUCTO.-

Artículos 764 y ss del Código Civil.-

Es un derecho real que confiere a su titular la facultad de gozar de una cosa normalmente específica, normalmente no fungible y en todo caso necesariamente no consumible con cargo de conservar su forma y sustancia y de restituirla a su dueño al cumplimiento de un plazo (764). Si la cosa fuera consumible (o subjetivamente genérica o fungible) estaríamos frente a un cuasiusufructo; en tal caso ya no habría un título de mera tenencia sino un título traslativo de dominio, el dueño perdería el dominio en favor del cuasiusufructuario, quedando como meramente acreedor de éste y éste adquiriría el dominio (asumiendo los riesgos pues *res perit domino*, con obligación (genérica) de restituir otro tanto del mismo género y calidad (789). El cuasiusufructo guarda varias semejanzas con el mutuo, pero hay algunas diferencias: en el mutuo siempre hay un contrato, en tanto que en el cuasiusufructo puede haber norma legal o sentencia judicial que le sirva de fuente. Además, en el mutuo no hay obligación de hacer inventario o rendir caución. Las causales de extinción también son diferentes.

Quien constituye el usufructo puede ser el mismo nudo propietario que mantiene la nuda propiedad enajenando el uso y el goce (constitución del usufructo por vía de enajenación), o el usufructuario, que retiene el uso y el goce enajenando la nuda propiedad (constitución del usufructo por vía de retención) o un tercero que da a una persona la calidad de usufructuario y a otra la calidad de nudo propietario. Si hay un sólo usufructuario se habla de usufructo simple. Si son varios, se habla de usufructo múltiple -simultáneo o sucesivo-. (769).

Características:

- Derecho real
- De goce
- Limitado
- Limitativo del dominio
- Título de mera tenencia
- Temporal
- Sobre cosa ajena
- Intransferible e intransmisible

Fuentes del usufructo.-(766)

a) Usufructo legal.- Según el art. 810 son de esta especie, son el del padre (o en su caso madre) de familia sobre los bienes del hijo no emancipado y el del marido sobre los bienes de la mujer casada en sociedad conyugal. (243 N° 1, 2 y 3; 1725 N° 2, 1740 y 1750). La ley 19.585 le denomina derecho legal de goce al del padre sobre ciertos bienes del hijo no emancipado. Se trata de usufructos intransferibles, inembargables, irrenunciables, intransables: arts 1, 951, 1464 N° 2, 2414, 2466. Se discute si acaso en estos casos hay en verdad un usufructo o más bien se trata de un derecho especial de goce. Donde no se discute es en el caso de los poseedores provisorios de los bienes del desaparecido en el caso de muerte presunta. En tal caso hay dominio bajo condición resolutoria.

b) Usufructo voluntario.- Puede constituirse por acto entre vivos o por causa de muerte; a título gratuito o a título oneroso; a título universal o a título singular. Entre vivos normalmente será a título gratuito, lo que envuelve una liberalidad, pero no una donación, salvo que exista el ánimo de transferir un usufructo previamente constituido. La gratuidad es lo normal en la constitución del usufructo pues el usufructo se extingue a la muerte del usufructuario, aunque no haya llegado el plazo (806) y eso le da un carácter aleatorio que hace impensable celebrar contratos a título oneroso en tal circunstancia. Cuando se constituye a título oneroso no es una compraventa, sin perjuicio que si se otorga un acto bilateral que tenga por objeto transferir un usufructo previamente existente, habrá compraventa. También puede constituirse el usufructo por resolución de Juez Arbitro en una partición (1337 regla 6a) o del Juez Ordinario en juicio de alimentos o de bienes familiares.

Cuando el usufructo es entre vivos es consensual, salvo que recaiga sobre bienes inmuebles, en cuyo caso el acto constitutivo debe otorgarse por escritura pública y debe además -para nacer el derecho real de usufructo- inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes (767 y Reglamento del Conservador, art. 52 N° 2). Esta es la única interpretación posible coherente con el Mensaje del Código y todo el esquema en que se basa de adquisición por TITULO-MODO DE ADQUIRIR.

Se puede también constituir un usufructo voluntario por testamento. En tal caso se adquiere por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte. La inscripción, en caso de tratarse de un inmueble, sería solamente medida de publicidad.

c) Usufructo adquirido por prescripción (767 N° 4; 2498) del mismo modo que el dominio (2512), es decir, en los mismos plazos (2508 y 2511)

d) Usufructo adquirido por sentencia judicial (art. 11 de la ley 14908 y art. 147 del CC).

El Código permite los usufructos múltiples simultáneos (772) en cuyo caso hay entre los usufructuarios derecho de acrecer (780). En cambio, están prohibidos los usufructos sucesivos o alternativos (769). El constituyente puede además designar sustitutos, pero deberán ser vulgares.

Además, el Código prohíbe constituir usufructos bajo condición o plazo que suspenda su nacimiento o ejercicio (768); en cambio sí puede establecerse un condición que extinga antes del plazo, pero en ningún caso podría sobrevivir el usufructo tras el plazo.

El usufructo tiene una duración limitada, al cabo de la cual pasa el derecho al nudo propietario y se consolida con la propiedad (765). En cualquier caso, no podrá pasar de la muerte del usufructuario; y cuando éste es corporación o fundación, no podrá pasar de 30 años (770). Si el usufructuario muere antes del plazo, se extingue el usufructo, pues éste es un derecho intransmisible (773).

DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

-Usar de la cosa

-Gozar de la cosa -apropiarse de los frutos- (781)

-Aprovecharse de las servidumbres activas (782)

-Aprovecharse de los aumentos naturales (785)

- Hacerse dueño de ciertos productos (783, 784, 789). Pero esto es modificable por voluntad de las partes (791)
- Derecho de administrar la cosa fructuaria (previa rendición de caución)
- Derecho a hipotecar el usufructo inmueble (2418)
- Derecho de arrendar y ceder el usufructo (793); pero en la cesión se cede el emolumento, no la calidad de usufructuario
- Derecho a ejercer acción reivindicatoria y, si recae sobre inmuebles, acciones posesorias

OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO:

a) Antes de entrar en el goce de la cosa fructuaria

- Hacer inventario solemne (775), salvo en los usufructos legales pues se sujetan a reglas especiales (810). Nos parece que no valdría la cláusula por la cual se eximiera al usufructuario de la obligación de hacer el inventario (775 inciso 2º a contrario sensu)
- Rendir caución, salvo los usufructuarios legales (por las razones expuestas), salvo el donante que se reserva el usufructo de la cosa donada, salvo que haya sido eximido por el constituyente o por el propietario (775) y salvo en el caso de usufructo constituido por sentencia judicial (art. 11 ley 14908).

Mientras no se rinda la caución y el inventario debiendo, tendrá la administración de la cosa el nudo propietario con cargo de dar el valor líquido de los frutos

b) Durante el goce de la cosa fructuaria

- Respetar los arriendos de la cosa contratados con anterioridad (792); norma que por ser especial prevalece sobre el art. 1962 del Código Civil. Luego, el usufructuario que recibió a título oneroso está obligado a respetar el arriendo aunque no haya constado por escritura pública. Y, en compensación, tiene derecho a renta o pensión desde que comienza el usufructo (792 inciso 2º)
- Recibir la cosa en el estado en que se encuentre con derecho a ser indemnizado por los menoscabos que desde entonces haya sufrido la cosa en manos y por culpa del propietario.
- Abstenerse de alterar la forma y sustancia (764)
- Indemnizar por los deterioros que se produzcan por haber faltado a la culpa ordinaria (responde de culpa leve) (787 y 788; 802).
- Sufragar las cargas fructuarias que son aquellas indispensables para que la cosa produzca frutos. Esto incluye las expensas ordinarias de conservación y cultivo (795), las cargas anuales o periódicas (796), los impuestos fiscales o municipales que graven la cosa (796 inciso 2º); y los intereses legales de los dineros invertidos por el propietario en obras o refacciones mayores, que son las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria (798) (797). Representa la compensación a los frutos que obtiene el usufructuario como efecto de dichas obras. El usufructuario debe también contribuir a las deudas hereditarias y testamentarias (1368).

c) Una vez extinguido el usufructo, el usufructuario debe restituir la cosa (764 y 787) en especie o, tratándose de una cosa genérica, en género

equivalente (789). Finalmente, cabe tener presente que el usufructuario tiene derecho legal de retención para asegurar el pago de las prestaciones que se le adeuden (800).

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL NUDO PROPIETARIO

A.- Derechos

- Derecho a enajenar la nuda propiedad en sentido amplio, incluyendo hipotecarla (2416) y transferirla y transmitirla (773) si bien con la carga del usufructo constituido en ella, aunque no se exprese (779)
- Derecho a los frutos pendientes al momento de la restitución (781)
- Derecho a indemnizaciones (787, 788, 802)
- Derecho a cobrar intereses legales de los dineros invertidos en obras mayores necesarias (797)
- Derecho a el tesoro encontrado en el terreno fructuario (786)
- Derecho a pedir la terminación del usufructo (809)
- Derecho a proteger su nuda propiedad mediante la acción reivindicatoria y, si recae sobre inmuebles, las acciones posesorias
- Derecho a exigir la restitución mediante una acción personal emanada del acto constitutivo.

B.- Obligaciones.

Hacer las expensas extraordinarias mayores (798), si bien el usufructuario debe pagar el interés legal de los dineros (797).

EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO.-

- a) Por la llegada del día o el evento de la condición prefijados para su terminación (805)
- b) Por la muerte del usufructuario (806), salvo que fueren varios y no se hubiere prohibido el derecho de acrecer
- c) Por la resolución del derecho del constituyente (806)
- d) Por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad (806). Ej: 793 inciso final
- e) Por renuncia del usufructuario (806), y si es sobre inmueble, inscrita (art. 52 N° 3 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces)
- f) Por prescripción (806)
- g) Por destrucción completa de la cosa fructuaria (807)
- h) Por sentencia judicial (809)

EL DERECHO DE USO.-

Está definido en el art. 811 junto al derecho de habitación. En el fondo es una especie de usufructo en que el goce de los frutos se encuentra limitado a un determinado porcentaje o cuota. Al igual que en el usufructo, en el uso hay dos derechos coexistentes: el del usuario y el del nudo propietario. Tan similares son que el legislador aplica al uso las normas del usufructo (812). Sin embargo, desde ya cabe hacer una salvedad: no hay "usos legales". La limitación en el goce es muy importante precisarla. Se limita a lo que diga el título y, en silencio de éste, a las necesidades personales del usuario o habitador y de su familia (814 y 815), entendiéndose ésta en su sentido específico que la ley da para esta materia en el art. 815. Entre las

necesidades personales, pues, no deben entenderse las de la industria o trabajo del usuario o habitador.

Las obligaciones del usuario en general son las mismas que las del usufructuario, pero:

- a) El usuario no está obligado a rendir caución;
- b) Inventario, sólo debe hacerlo si recae sobre cosas que deba restituir en especie; el habitador, en cambio, siempre debe hacer inventario (813);
- c) Al igual que el usufructuario, el usuario (o habitador) debe gozar de la cosa como un buen padre de familia, pero a diferencia del usufructuario, sólo debe concurrir al pago de las cargas fructuarias a prorrata del beneficio que reporte (818);
- d) El derecho de uso y de habitación son esencialmente personalísimos; intransferibles (aunque cabe negociar los frutos, que le pertenecen en dominio) (819);
- e) A diferencia del usufructo, el uso y la habitación son derechos inembargables (2466).

El derecho de habitación en el fondo es el mismo derecho de uso, pero relativo a una casa y a la utilidad de morar en ella (811); y se le aplican las mismas reglas que al uso, aunque el habitador, como se ha dicho, siempre debe hacer inventario.

LAS SERVIDUMBRES.-

El objeto de esta institución es suplir los defectos de algunos predios y en otros casos regular en general relaciones de vecindad. El Código habla de servidumbre predial o simplemente servidumbre y la define como un gravamen impuesto sobre un predio en beneficio de otro predio de distinto dueño (820). El predio que sufre el gravamen se llama sirviente y el que reporta la utilidad se llama dominante. En el primer caso la servidumbre se llama pasiva y en el segundo caso pasiva. (821).

Toda servidumbre supone dos predios de distintos dueños, en que exista una posibilidad de comunicación de utilidades -no necesariamente vecindad ni menos contigüidad- de uno al otro. Sobre cosa propia no existe servidumbre.

Características:

Es un derecho real

Es un derecho real inmueble

Es un derecho accesorio (825)

Es un derecho de duración indefinida

Clasificaciones.-

a) Servidumbres activas y pasivas

b) Servidumbres positivas y negativas; las primeras imponen una obligación de dejar hacer algo y las segundas la obligación de abstenerse de hacer algo que sin la servidumbre le sería lícito hacer (823)

c) Servidumbres aparentes o inaparentes (824); esta clasificación se refiere, naturalmente, no al derecho mismo sino al estado material del predio

respectivo, pero es una clasificación muy elástica: hay servidumbres más o menos aparentes.

d) Servidumbres continuas y discontinuas. Las primeras son las que se ejercen o pueden ejercerse continuamente sin necesidad de un hecho actual del hombre. Las segundas son las que requieren para su ejercicio de un hecho actual del hombre (822)

Las dos últimas clasificaciones pueden combinarse para dar origen a cuatro clases de servidumbres.

e) En cuanto a su origen, las servidumbres se clasifican en naturales (que emanan de la natural situación de los lugares, como las de aguas lluvias (833), las legales (impuestas por la ley) y las voluntarias (las que las partes acuerdan) (831).

Servidumbres legales.-

Pueden ser de interés público o de interés privado. De esta última clase son las que reglamenta el Código Civil. Son:

a) Demarcación.- Se refiere al conjunto de operaciones cuyo objeto es fijar la línea de separación de dos predios colindantes de distintos dueños y señalarla por medio de signos materiales (842). Hay una acción real para solicitar la demarcación; pero la demarcación se hace a expensas comunes. En verdad no se trata propiamente hablando de una servidumbre: no hay predio dominante y predio sirviente.

b) Cerramiento. Se refiere a la facultad de cerrar o cercar el predio y exigir que contribuyan a ello los dueños de los predios colindantes. Por la razón ya apuntada anteriormente no es servidumbre sino un derecho derivado de las relaciones de vecindad (844).

c) Medianería.- Es una servidumbre legal en cuya virtud los dueños de los predios vecinos que tienen paredes, fosos o cercas divisorias comunes están sujetos a las obligaciones legales (851). Estimamos que no es una servidumbre sino una regulación legal de las relaciones de vecindad (ver arts 855 y siguientes),

d) Tránsito.- Es el derecho que confiere la ley al dueño de un inmueble que se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, para exigir paso por éstos, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio del predio y previa indemnización (847). Es una verdadera servidumbre, pues hay predio sirviente y predio dominante. La indemnización se regula por acuerdo o por peritos (848). Es una servidumbre discontinua, aparente o inaparente según los casos y positiva. Es, además, esencialmente transitoria (849).

e) Acueducto.- Consiste en que puedan conducirse aguas por otro predio a expensas del interesado (864); es una servidumbre continua, positiva, aparente o inaparente. Es necesario que haya necesidad en relación al uso de las aguas, que exista derecho a disponer de las aguas y una indemnización.

f) Luz y Vista. Son servidumbres negativas (imponen la obligación de no hacer). Se refieren a no hacer construcciones que den vista o que impidan la llegada de luz (877 y 878).

Servidumbres Voluntarias.-

Son aquellas que dos partes acuerdan en ejercicio de la libertad contractual. No tienen más límites que el orden público y la ley (880)

Extinción de las servidumbres

885. Confusión, renuncia, resolución del derecho del constituyente, evento de una condición resolutoria o de un plazo extintivo,...

LA COPROPIEDAD.-

En un sentido amplio, hay comunidad cuando un mismo derecho pertenece a dos o más sujetos conjuntamente.

La verdadera comunidad -es la única que se considera cuando se habla de ella- es la proindiviso; la prodiviso es sólo un haz de propiedades concurrentes en un mismo objeto, cuyas partes, constitutivas cada una de un derecho perteneciente exclusivamente a un titular distinto, están unidas o coligadas.

En doctrina se distingue entre comunidad pro-indiviso y comunidad prodiviso. En el primer caso el derecho de cada comunero se extiende a todas y cada una de las partes de la cosa común. En el segundo, el derecho de cada titular recaería sobre una parte específica determinada de la cosa.

La comunidad o indivisión es la titularidad de los derechos de una misma naturaleza jurídica (en realidad unificados por un solo derecho). Varias personas sobre una misma cosa y sobre cada una de sus partes.

Dentro de la noción genérica se distingue la específica de condominio o copropiedad, que significa el derecho de propiedad que sobre la totalidad de una misma cosa y sobre cada una de sus partes tienen dos o más personas conjuntamente. El derecho de cada copropietario no recae en cambio nunca sobre partes materialmente individualizadas de la cosa común.

Para la doctrina romana no es más que una forma de propiedad. Para la doctrina francesa, es un derecho esencialmente distinto pues confiere facultades específicas como son el derecho de pedir la partición, o el derecho a oponerse a los actos de enajenación que deseen hacer los otros copropietarios.

Doctrinariamente se distinguen dos clases de copropiedad. En la concepción germánica, no hay ninguna división -ni siquiera ideal o abstracto- del derecho en cuotas. Cada uno es dueño, en común, del todo. Es decir, hay sólo un derecho de uso y goce parcial sobre la totalidad, pero no existe un derecho a pedir la partición. En la concepción romanista, cada copropietario es dueño exclusivo de su cuota, por lo que puede enajenarla, y ser embargada. Es la concepción de nuestro Código Civil.

El Código Civil chileno se refiere a la indivisión en varias normas, como los arts. 662, 663, 718, 772, 846, 851, 892, 1812 y 2417. También en los arts. 2304 a 2313 y las normas acerca de la partición 1317 a 1353 aplicables a toda comunidad y no sólo a la hereditaria.

La causa de la indivisión puede ser un hecho, un contrato o algún texto legal.

En cuanto al objeto la indivisión puede ser a título universal o singular (1317).

La indivisión a título universal se caracteriza porque el derecho cuotativo no puede ser clasificado en mueble o inmueble. La indivisión a título singular será mueble o inmueble según la naturaleza de la cosa (art. 580).-

En cuanto a la duración, las indivisiones pueden ser perpetuas o temporales. La duración de las primeras puede ser determinada o indeterminadas. Las indivisiones perpetuas son forzadas y legales.

Derechos de los copropietarios

Distinción. En cuanto a los derechos de los copropietarios, se distingue entre los actos jurídicos que pueden realizarse respecto de la cuota parte y los actos materiales de uso o goce que pueden realizarse sobre la cosa común..-

a.- Sobre su cuota: cada copropietario es dueño individual y exclusivo, pudiendo por tanto disponer libremente de ella. (1812 y 1320). Pero la suerte de los actos celebrados respecto de esa cuota dependerá de la partición: si la cosa indivisa se adjudica al comunero que hizo la enajenación, el tercero adquirente verá consolidado su derecho; si en cambio no se le adjudica, sino otra cosa distinta, ese derecho caducará. Ambas cosas operan con efecto retroactivo.-

b.- Sobre la cosa común, cada comunero puede usar de ella personalmente con tal que la emplee según su destino ordinario y sin perjuicio del justo uso de los demás comuneros. (2305 en relación con el 2081).

Administración de la cosa común.

En cuanto a la administración de la cosa común, hay que distinguir si existe o no administrador que gestione los intereses comunes.-

a.- Si no hay administrador. Todos los comuneros tienen iguales derechos para administrar y por tanto los actos administrativos deben hacerse por unanimidad. Cada comunero tiene derecho a vetar cualquier acto que otro quiera realizar sobre la cosa común, salvo que se trate de un acto meramente conservativo. Se ha entendido que es acto conservativo aquel por el cual un comunero acciona para dejar sin efecto una inscripción de una minuta relacionada con el inmueble común (R de Dº U. de Concepción, Nº 83, p. 105).

La jurisprudencia dice que en esta situación hay un mandato legal, tácito y recíproco de administración entre los comuneros, pues lo hay entre los socios (art. 2081 inciso. 1º en relación con el 2305). Pero la doctrina sostiene, por su parte que el art. 2305 no se remite al inciso. 1º del art. 2081 sino sólo a los derechos. Por lo demás el art. 2307 sobre la comunidad que establece que a las deudas contraídas en pro de la comunidad y durante ella no es obligado sino el comunero que las contrajo, es inconciliable con el mandato legal, tácito y recíproco, pues si éste existiese, quedarían obligados todos los comuneros.-

b.- Si hay un administrador, sólo este administra. Debe ser designado por la mayoría absoluta de los comuneros, que represente a lo menos la mitad de

los derechos de la comunidad o por resolución judicial. (Art. 653 y 654 del Código de Procedimiento Civil).

Obligaciones de los comuneros.-

- a.- Contribuir a prorrata de su cuota al pago de las expensas necesarias para la conservación de la cosa (2309 y 2305 en relación al art. 2081 inciso. 3º).-
- b.- Prohibición de hacer innovaciones de los bienes comunes sin el consentimiento de los otros (art. 2305 en relación al 2081 N° 4).-
- c.- Obligación de restituir a la comunidad lo que saca de ella (2308).

Responsabilidad de los comuneros.-

- a.- Por las deudas anteriores al nacimiento de la comunidad, cada comunero responde a prorrata de su cuota. La regla del art. 2306 en relación al 1354 es de aplicación general y no se reduce únicamente al caso en que la cosa sea universal.-
- b.- Por las deudas comunes contraídas durante la comunidad y en pro de ella, es obligado el comunero que la contrajo (le afecta desde la perspectiva de la obligación a la deuda) con acción de reembolso contra los demás comuneros (desde el punto de vista de la contribución a la deuda es deuda de todos los comuneros a prorrata de sus cuotas)(2307 inciso. 1º).-
- c.- Si la deuda fue contraída colectivamente por todos los comuneros, sin expresión de cuota ni pacto de solidaridad, son todos ellos **obligados** por partes iguales (2307 inciso 1º); pero **contribuyen** según sus respectivas cuotas, lo que significa que aquel que pagó más de lo que correspondía conforme a su cuota, tiene acción de reembolso, en tanto que el que pagó menos, debe pagar la diferencia a los demás comuneros .-
- d.- Respecto de las deudas personales de cada comunero, sólo éste es responsable.-
- e.- En cuanto a los daños provocados en la cosa común, los comuneros responden de culpa leve (2308).-
- f.- En las prestaciones a que son obligados entre sí los comuneros, la cuota del insolvente grava la de los demás (2311 y 1347).

Extinción de la comunidad. (2312).

- 1.- Por la reunión de las cuotas en manos de un comunero o de un tercero.
- 2.- Por la destrucción de la cosa común.
- 3.- Por la división del haber común.- La división del haber común se hace por la partición, que la corte Suprema ha definido como el conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión, mediante la liquidación y distribución entre copartícipes del caudal poseído proindiviso, en partes o lotes que guarden proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos.

La partición de la comunidad hereditaria puede hacerla el mismo causante en el testamento o por actos entre vivos; o los asignatarios de común acuerdo, habiendo incluso incapaces si se reúnen las exigencias del art. 1325 o por un partidor. Las demás comunidades como es lógico, sólo pueden dividirse por partición.

El partidor es un arbitro de derecho. Puede ser mixto pero si hay incapaces, sólo por motivos de manifiesta conveniencia para ser arbitrador, es necesario que todos los comuneros sean absolutamente capaces.

La partición se ejerce mediante la acción de partición que es irrenunciable e imprescriptible y el derecho de ejercerla es absoluto.

La partición incluye en la adjudicación, que es el acto por el cual se entrega a cada comunero uno o más bienes determinados en pago de sus derechos cuotativos. Esta adjudicación produce efecto retroactivo en virtud del cual se entiende que cada comunero siempre, incluso mientras duró la indivisión que se reputa no haber existido jamás, fue dueño absoluto de la cosa que se le adjudica. (1344, 718 y 2417). La adjudicación es declarativa de dominio. Es decir no implica de ningún modo transferencia de dominio. 1344, aplicable a toda comunidad por los arts. 1776, 2125 y 2313.

La propiedad de los edificios por pisos o departamentos, en Chile está regulada por la ley 6.071 refundida en el capítulo V del decreto N° 880 del MOP que fija el texto de la ley general de construcciones y urbanización. Distingue entre los bienes exclusivos y los bienes comunes, que son de indivisión forzada (art. 45, 46, y 60 de la ley). Además hay una obligación cuotativa a contribuir a los gastos comunes (48 de la ley).

La ley da normas sobre traspasos e hipotecas de los departamentos (52, 53, 62 y 64 de la ley) y exigencias para inscribir en el Conservador de Bienes Raíces (54). Además de las reclamaciones y sanciones (51) y administración del edificio (55).-

MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

1.- Teoría que exige un título y un modo para la adquisición de dominio y los demás derechos reales. Por regla general para adquirir un derecho personal basta el solo contrato o acto constitutivo. Así, por ejemplo, perfeccionado el contrato de compraventa nace para el comprador el derecho de exigir al vendedor la tradición de la cosa. Pero tratándose de la adquisición y transmisión de los derechos reales, además del contrato o acto constitutivo, es necesario según la teoría tradicional, otro requisito, **un modo de adquirir**. Para que el comprador llegue a ser dueño de la cosa, no basta la celebración del contrato; es preciso que el vendedor realice la tradición en favor del comprador.

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

2.- Teorías que rechazan la distinción entre el título y el modo de adquirir.

a.- Una de ellas sostiene que para adquirir los derechos reales basta con el título; el modo es necesario, o al menos se considera implícito en aquel. El código Civil Francés sigue esta tendencia, y establece que la propiedad se adquiere y transfiere por el solo efecto de la convención; en otros términos, las voluntades concordantes de transferir y adquirir la propiedad son suficientes para hacer propietarios al adquirente. La tradición pierde su modo de adquirir, representa sólo la ejecución de la obligación del vendedor de poner la cosa a disposición del comprador.

El sistema francés no protege a los terceros; de ahí que sólo reciba aplicación plena en cuanto a las partes contratantes, y sufra atenuaciones respecto de terceros.

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

El acuerdo real es el acuerdo entre el enajenante y el adquirente para provocar la transmisión del derecho real. Tratándose de un acto abstracto porque en todos los casos sólo encierra la voluntad conforme de ambas partes de que se realice la transmisión, y la declaración es independiente del título, causa o contrato por virtud del cual se hace ella.

Por consiguiente, si el negocio causal del acuerdo real y abstracto es, por ejemplo, una compraventa nula, tal nulidad del título o negocio causal no afecta al acuerdo real: éste queda a firme si se perfecciona legalmente.

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

3.- Corriente que tienda a mantener la teoría del título y el modo de adquirir. En muchos países. al igual que Chile, se mantiene con gran fuerza la teoría del título y el modo de adquirir. En estos regímenes, tratándose de bienes raíces, el modo es sustituido por la inscripción o, como en el nuestro, se estima realizado por ella. Buena parte de la doctrina contemporánea estima esta como la solución más correcta.

Enumeración de los modos de adquirir

El art. 588, que no es una disposición taxativa, enumera los siguientes modos de adquirir:

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

2. La accesión, que es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de los que ella produce, o de lo que se le junta a ella (art. 643).

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

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

5. La prescripción adquisitiva, que es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales (2.492)

6. Debe agregarse en la numeración anterior la ley, que en ciertos casos sirve como modo de adquirir, así por ejemplo el usufructo legal del padre sobre los bienes del hijo.

Clasificación de los modos de adquirir.

Según el punto de vista que se tome como base, pueden ser:

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

1. Modos de adquirir originarios o derivativos

El modo de adquirir es originario cuando hace adquirir la propiedad independientemente de un derecho anterior de cualquier persona (la ocupación, la accesión y la prescripción). Si bien las cosas en este último

caso, pertenecía antiguamente a otro dueño este la perdió por prescripción adquisitiva del tercero, el prescribiente, y automáticamente cesa el dominio anterior, naciendo el nuevo sin relación al antiguo.

El modo de adquirir es derivativo, cuando hace adquirir una propiedad fundado en el precedente derecho que tenía otra persona. Ejemplo Tradición y sucesión por causa de muerte.

Tiene importancia en distinguir entre un modo de adquirir y otro porque cuando es originario, para medir el alcance del derecho que se adquiere, hay que atender al titular, y nada más. En el caso de los modos de adquirir derivativos, para ver el alcance, la fuerza, la perfección del modo, hay que atender también al derecho que tenía el otro dueño, porque nadie puede transferir o transmitir más derechos de los que tiene.

2. Modos de adquirir a título universal y a título singular.

En cuanto a la individualización de los bienes que se adquieren, los modos de adquirir pueden ser : a título universal o a título singular.

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

En otras palabras, el modo de adquirir a título universal hace adquirir a una persona todo el patrimonio de la otra o una cuota-parte de este patrimonio; el modo a título singular o particular hace adquirir determinado bien, o determinados derechos, o unos y los otros.

Respecto a esta clasificación podemos observar:

- a. Hay dos modos que siempre son a título singular como la ocupación y la accesión.
- b. Hay un modo que indistintamente puede ser a título universal o singular como lo es la sucesión por causa de muerte.
- c. Hay modos que por regla general son a título singular; la tradición y la prescripción, salvo que se trate de la cesión o prescripción de una herencia, casos que son a título universal.

3. A título gratuito y a título oneroso.

Según el sacrificio pecuniario que importen.

El modo de adquirir a título gratuito, cuando el que adquiere el dominio no hace sacrificio pecuniario alguno, como por ejemplo la ocupación.

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

4. Modos de adquirir por actos entre vivos y por actos de última voluntad.

Son modos de adquirir por causa de muerte o por acto de última voluntad los que para operar presuponen la muerte de la persona de la cual deriva el derecho; y modos de adquirir por actos entre vivos los que para operar no presuponen la muerte de persona alguna.

Mediante los modos de adquirir se pueden adquirir toda clase de derechos y no sólo el de dominio. A pesar de que el art. 588 está ubicado en el capítulo correspondiente al dominio, se debe tener en claro que los modos de adquirir también sirve para los demás derechos reales y aun derechos personales.

Hay modos de adquirir que sirven para adquirir cualquier derecho real o personal, como ser el dominio, el usufructo, la servidumbre, créditos, etc.

La tradición para que opere requiere un título.

Para adquirir el dominio cuando opera la tradición, se requiere que también haya un título traslativo de dominio. Desde este punto de vista, puede decirse que el título es la causa que habilita para adquirir el dominio, la causa remota, y en este caso se requiere un título, por las siguientes razones:

1. Porque así lo dice expresamente el art. 675, que expresa para que valga la tradición, se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.
2. Porque según el criterio de nuestro código, siguiendo al derecho romano, de los contratos sólo nacen derechos personales y jamás derechos reales, en consecuencia, para adquirir el dominio se requiere de la existencia de un modo de adquirir, que en el caso del contrato, es la tradición.

Pero se plantea entonces la duda: ¿todos los modos de adquirir necesitan de un título anterior que los preceda?. Unos creen que sí; que es eso lo que se desprende de algunos arts. (702 y sgtes.) y que en la ocupación, accesión, prescripción de modo de adquirir y el título se confunden; en tanto que en la sucesión por causa de muerte, el título sería el testamento (sucesión testada) o la ley (sucesión intestada).

Otros creen que esto es una abstracción; que el art. 675 es excepcional y debe interpretarse restrictivamente; que los arts. 702 y sgtes. se refieren a títulos de posesión y no de derechos y que en el caso de la sucesión por causa de muerte si se aceptara que el testamento o la ley son títulos se estaría frente a un derecho adquirido por varios títulos, lo que la Corte Suprema ha declarado imposible.

LA OCUPACIÓN.

Es un modo de adquirir el dominio, de las cosas que no pertenecen a nadie (res nullius o res derelictae), mediante la aprehensión material de ellas acompañada de la intención de adquirirlas (animus apprehendi); supuesto que la adquisición de estas cosas no esté prohibida por la ley chilena o el derecho internacional.

En cuanto al primer requisito, cabe precisar que se incluyen tanto las cosas que nunca han tenido dueño (animales bravíos, conchas que arroja el mar, etc) como las que han tenido dueño, pero éste las ha abandonado para que las haga suya el primer ocupante (el tesoro). No es dable concebir inmuebles sin dueño, pues a falta de otro dueño son del Estado (590). Luego, se colige que sólo puede haber ocupación de cosas muebles. Se ha

fallado que el sólo art. 590 por sí obsta a la pretensión de inscribir como título de dominio la simple declaración de un interesado que se atribuye el dominio de ciertos inmuebles. No habiéndose rendido prueba alguna, la oposición del Fisco aparece justificada con el sólo art. 590 (RDJ T. 21, Sección 1ª, p. 628). Sin embargo, a partir del DL 1939, de 1977, el Conservador está obligado, ante solicitud de primera inscripción, a pedir informe al Ministerio de Bienes Nacionales. Si dictamina que el inmueble es del Estado, el peso de la prueba recae sobre el solicitante

En cuanto al tercer requisito, hay que recordar que como debe haber aprehensión material, la cosa debe ser corporal. Por ello no cabe la ocupación de cosas incorpóreas. Además, como se requiere del ánimo de adquirir el dominio, no pueden actuar en estos casos los incapaces, que carecen de intención (salvo para ciertos actos). Por último el legislador presume en algunos casos la aprehensión material sin exigir el acto material de tomar la cosa. Por ejemplo el art. 617 inciso. 1º primera parte.

Clases de ocupación.

1.- ocupación de cosas animadas.

Aquí hay que considerar la caza y la pesca. 607. Modos mediante los cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos. El art. 608 clasifica a los animales y distingue entre estos a los bravíos. Los animales domésticos no pueden ocuparse pues están sujetos a dominio (623). Los domesticados, por ejemplo las abejas y palomas (620 y 621), pueden o no ocuparse dependiendo de cómo se conduzcan.

El cazador o pescador ocupa el animal y lo hace suyo no sólo cuando lo toma materialmente sino también en los casos del 617. Es más, el art. 618 anticipa la ocupación en compensación a los esfuerzos del que persigue a un animal.

El Código da reglas sobre las tierras sobre las cuales puede cazarse (609 y 610), dando una preferencia al dueño del suelo para ocupar a los animales bravíos que en él habitan, pero es necesario que los ocupe. No es dueño por el sólo hecho de que estén en su predio.

En cuanto a la pesca, el Código regula a quiénes pueden pescar en el mar territorial y otras materias de menor importancia jurídica. 611 y sgtes.

2.- La ocupación de cosas inanimadas.-

a.- Invención o hallazgo, que es la forma como al encontrarse una cosa inanimada *res nullius* o *res derelictae*, se adquiere la ocupación por su apoderamiento (624).-

b.- El descubrimiento de un tesoro, que puede ser una cosa *res derelictae*; pero también puede ocurrir que no haya habido abandono alguno. El tesoro es un término con definición legal (625), cada uno de sus elementos deben interpretarse restrictiva y limitadamente. En el caso del tesoro no es necesaria la aprehensión real: puede ser presunta y esta consiste en ponerlo a la vista.

Para estudiar a quien pertenece el tesoro, hay que distinguir:

- si lo ha descubierto el dueño del suelo, le pertenece en un cien por ciento; la mitad a título de descubridor y la otra mitad a título de ser dueño del suelo (626 inciso. 3º).

- Si es descubierto por un tercero en suelo ajeno, fortuitamente o como resultado de pesquisas hechas con voluntad del dueño del suelo, el tesoro se divide entre ellos por mitades (626 inciso. 1º y 2º). Pero si fue consecuencia de pesquisas hechas sin anuencia o contra la voluntad del dueño del suelo, todo el tesoro le pertenece a este último (626 inciso. 3º). Los arts. 627 y 628 complementan esta materia.-

c.- La captura bélica. Ver arts. 640 a 642.

Ocupación de especies muebles al parecer perdidas y de especies naufragadas. 629 a 634 y 635 a 639 .- Son especies respecto de las cuales no consta la intención de abandono. Por eso no son res derelictae. Si la persona del dueño aparece y manifiesta que no ha tenido intención de abandonarla, no puede ocuparse, si manifiesta su intención de haberla abandonado, hay en verdad una verdadera donación. Si no aparece nunca el dueño hechas las diligencias legales, se presume el ánimo de abandono y por ende son susceptibles de ocupación.

Esta son normas que hay que concordarlas con los arts. 44 N° 3 del DL 3063 de 1979 sobre rentas municipales, 448 y 494 del código penal, DFL N° 169 de 1960, arts. 132 y srgtes de DL 2.222, ley de navegación y otras.

LA ACCESIÓN.-

Es un modo de adquirir por el cual, el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. (643) Natural o artificialmente.-

En el primer caso estamos frente a la llamada accesión discreta o de frutos, en la que lo adquirido deriva de una cosa madre sea por nacimiento o por producción.

En el segundo caso, estamos frente a la accesión continua o accesión propiamente tal, que resulta de la unión de dos o más cosas distintas, que luego de unidas forman un todo indivisible.

Fundamentos de la accesión: El fundamento según algunos, es el hecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Para estos toda accesión sería un modo de adquirir.

Otros distinguen: en el caso de la accesión de frutos, no hay más que el ejercicio del derecho de propiedad; no hay propiamente modo de adquirir y el fundamento es una razón práctica (atribuir la cosa juntada a él dueño de lo principal evitando el condominio) y una razón jurídica (es justo atribuirla al dueño de lo principal).

Hay, por último, quienes creen que toda accesión es en el fondo ejercicio del dominio.

La accesión de frutos.

No es propiamente accesión, porque mientras el fruto no se ha separado, forma una unidad y una vez separado, no sólo no hay un aumento sino que incluso hay una disminución de la cosa principal. El art.

643 del Código Civil parece confundir fruto con producto, pero son cosas distintas. El fruto implica periodicidad y conservación de la sustancia de la cosa madre; en cambio el producto es no periódico y significa una alteración sustancial de la cosa productora. Esta distinción es importante porque generalmente sólo pueden reclamarse los frutos, y no los productos. (526 y 537).

Según el art. 643 los frutos pueden ser naturales o civiles.

Los naturales los define el art. 644 y pueden encontrarse en estado de pendientes, percibidos y consumidos. El tercero se hace dueño de los frutos desde su percepción.

Los frutos civiles son las utilidades que se obtienen de una cosa como equivalentes del uso o goce que de ellas se proporciona a un tercero merced a una determinada relación jurídica (647). Pueden estar pendientes o percibidos, como ya hemos dicho. También se habla de que los frutos civiles pueden estar devengados, lo que significa que respecto de él se ha adquirido un derecho. La regla general es que los frutos civiles se devenguen día a día.

La distinción entre frutos naturales y civiles interesa desde el punto de vista de cómo y cuándo se adquieren por terceros. Pero esta materia la veremos al estudiar el usufructo.

Normalmente los frutos de una cosa pertenecen al dueño de ella. Es lo que dispone el art. 646 aplicable a los frutos civiles por lo que prescribe el art. 648. Pero en ciertos casos pertenecen a terceros. Sea por mandato legal (usufructo legal, pertenencia de los frutos al poseedor de buena fe), sea por voluntad del dueño (usufructos voluntarios, anticresis, arrendamientos).

La **accesión continua**. Este tipo de accesión además recibe el nombre de accesión propiamente tal. Aquí hay un aumento de propiedad en razón del principio de que lo accesorio sigue la suerte de los principal. Este tipo de accesión puede ser de tres clases atendiendo al tipo de bienes involucrados:

1.- **accesiones de inmuebles con inmuebles (natural):**

a.- **Aluvión:** es el aumento que recibe la riera del mar, de un río o lago, por el lento o imperceptible retiro de las aguas (649). El retiro de las aguas no sólo debe ser lento e imperceptible sino que además debe ser completo y definitivo, pues de lo contrario el terreno es parte del lecho del mar, río o lago (650 inciso 2º).

En realidad riera y cauce no son sinónimos. Cauce o alveo es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus crecer y bajas periódicas, en cambio son rieras o márgenes las zonas laterales que lindan con el alveo o cauce (art. 30 inciso. 1º y 33 de Código de Aguas).

Como es natural y de justicia, el terreno del aluvión pertenece a los propietarios ribereños (650 inciso. 1º y 651).-

b.- **Avulsión.** Es el crecimiento de un predio por la acción brusca de una avenida u otra fuerza natural violenta que transporta una porción de tierra de un predio al de otra persona. El dueño del predio de donde la parte del suelo ha sido arrancada conserva su dominio para llevarla y sólo dentro de un plazo (652).-

c.- Mutación del alvéo o cause de un río o división de este en dos brazos que no vuelven después de juntarse. En el primer caso se aplica el art. 654; en el segundo el art. 655. En el caso en que se haya inundado una heredad, se aplica el art. 653.-

d.- formación de una nueva isla, en este caso se aplica el art. 656. Pero es necesario que se formen en ríos o lagos navegables por buques de más de 100 toneladas (597) y que esta isla sea definitiva (656 N°1).

El Código regula el caso de que la isla se forme por abrirse el río en dos brazos que después vuelven a juntarse (regla 2º) o que surja en el lecho de un río (regla 3º) o en un lago (regla 6º). La isla una vez formada, constituye una propiedad independiente (656 reglas 4 y 5).

2.- Adhesión de muebles con inmuebles. Se llama industrial porque interviene la industria humana. 668 y 669.

Tiene lugar en caso de edificación, plantación y sementeras, cuando los materiales, plantas o semillas pertenecen a una persona distinta del dueño del suelo. Se aplican las mismas reglas del art. 668 inciso. 3º.

Para que se apliquen estas reglas es necesario que no haya título contractual previo (arrendamiento, usufructo, etc.) por eso los arts. 668 y 669 exigen que no haya conocimiento por una de las partes. Si lo hay, o con mayor razón si hay conocimiento de ambas partes, hay otra situación. Si por ejemplo un arrendatario está haciendo mejoras habiendo convenido que quedarían para el arrendador, no hay adhesión sino tradición, porque ha mediado un título contractual. Para que haya adhesión, es necesario que los materiales, plantas o semillas se incorporen al suelo (668 inciso. 4º). Producirá la incorporación, por tanto se aplica la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, estimándose cualquiera sea su valor real, que el suelo es lo principal. En el derecho romano se decía superficie solo cedit. Pero naturalmente en virtud del principio del enriquecimiento sin causa, sobrevendrán una serie de indemnizaciones y compensaciones. Para estudiar estas es necesario distinguir:

a.- Se edifica, planta o siembra con materiales ajenos en suelo propio, y el dueño de los materiales no tenía conocimiento del uso que de ellos hacía el propietario del inmueble: en tal caso el dueño del suelo se hace dueño de la plantación, edificación o sementera. Pero la situación del dueño de los materiales, plantas o semillas dependerá según que el dueño del suelo haya usado los materiales, plantas o semillas con justa causa de error (de buena fe y teniendo motivos fundados para creer que eran suyos.) en cuyo caso deberá pagar al dueño de los materiales, plantas o semillas su justo precio o restituirle otro tanto de la misma naturaleza, calidad o aptitud (668 inciso 1º); o bien haya empleado los materiales, plantas o semillas sin justa causa de error (de buena fe pero con ligereza, sin motivos fundados para creer que eran suyos) en cuyo caso debe pagar el justo precio u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud mas la indemnización de perjuicios (668 inciso. 2º), o bien haya procedido de mala fe, a sabiendas que era ajena, en cuyo caso además de las prestaciones impuestas al que obro sin justa causa de error quedará sujeto a la acción penal de hurto según las circunstancias (668 inciso 2º).-

Si el dueño de los materiales, plantas o semillas tuvo conocimiento del uso que de ellos se hacía por parte del dueño del suelo, en este caso el dueño del suelo también se hace dueño de la edificación, plantación o sementera y sea cual fuere la manera que hubiere procedido, su responsabilidad será la misma, deberá pagar el justo precio de los materiales u otro tanto de la misma naturaleza, calidad o aptitud (668 inciso. 2º, parte final e inciso. 3º). Aquí hay en realidad una especie de compraventa y una forma de tradición. No es accesión.

b.- Se edifica, planta o siembra con materiales propios en suelo ajeno:

b1.- El dueño del suelo no lo supo, tiene las dos opciones alternativas a que se refiere el inciso. 1º del art. 669.

b2.- Si en cambio el dueño del suelo lo supo, no hay accesión sino compraventa seguida de tradición (669 inciso 2º) por lo que debe pagar por el edificio, plantación o sementera.-

c.- Si se edifica con materiales ajenos en suelo ajeno, habrá que aplicar el 668 para regular las relaciones del dueño de los materiales con quien los edificó y el art. 669 las relaciones entre el dueño del terreno y el que edificó; pues es obvio que entre el dueño del suelo y el dueño de los materiales no hay relaciones jurídicas de ninguna especie, ambos deben arreglar la situación con el que edificó, o plantó o sembró.

3.- Acciones de muebles con muebles. Aquí nuevamente el dueño de lo accesorio se hace dueño de lo principal. (657 a 667). Hay tres especies de este tipo de acciones.-

A.- Adunción. Art. 657. Es una especie de accesión que se verifica cuando se juntan cosas de diferentes dueños que son difícilmente separables pero conservan cada una de ellas su individualidad. El dueño de lo principal se hace dueño de lo accesorio con el gravamen de pagar al dueño de lo accesorio su valor (art. 658). Se tendrá como principal la cosa de más valor pecuniario o la que tenga un gran valor de afección (art. 659 inciso. 2º y 2º); subsidiariamente, se mirará como accesorio la que sirva de uso, ornato o complemento de la otra (art. 660) y en subsidio será principal la de mayor volumen (art. 661). Subsidiariamente habría que aplicar la equidad natural (art. 24)

B.- Especificación (art. 662 inciso. 1º). Es la creación o producción de una cosa nueva, empleando materia ajena y sin consentimiento del dueño. Se ha estimado que no es accesión pues no hay un aumento. No habiendo conocimiento del hecho por una parte ni mala fe por la otra, el dueño de la materia se hace dueño de la obra pagando la hechura, a menos que la nueva especie valga mucho más que la materia, pues en tal caso pertenecerá la nueva especie al especificante debiendo pagar al dueño de la materia su valor (art. 662 inciso 2º y 3º)

C.- Mezcla (art. 663). Es la unión de dos o más cuerpos sólidos o líquidos de distintos dueños que se confunden hasta el punto de ser distintos e irreconocibles. En principio no hay accesión sino una comunidad, salvo que la materia de uno de los dueños fuere muy superior en valor a la materia del otro, pues en tal caso el primero se hará dueño de lo resultante pagando al segundo el valor de su materia (art. 663). Finalmente cabe

tener presente que el art. 662 inciso final se pone en el evento de la concurrencia de especificación, adjunción y mezcla.

Hay cuatro reglas que conviene recordar pues son comunes a las tres especies de accesión de muebles con muebles, y que están en los arts 664 a 667.

LA TRADICIÓN.

Concepto: Es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio y por otra la capacidad e intención de adquirir el dominio.

Este modo de adquirir está definido con mucha precisión en el art. 670 de CC, dice que es aplicable no sólo al dominio sino que a todos los derechos reales, es decir, se aplicaría el dominio o derechos reales sobre cosas corporales e incorpóreas, pero entre estas últimas sólo a los derechos reales. La verdad es que también se aplica al dominio o derechos reales sobre derechos personales (699), exceptuándose de todo esto evidentemente los derechos reales personalísimos (intransferibles), como el uso o la habitación, tanto como los derechos personales personalísimos como el derecho de alimentos.

Es un modo de adquirir derivativo, generalmente a título singular (salvo en la tradición del derecho de herencia), a título gratuito u oneroso y que opera entre vivos. Jurídicamente es una convención, es decir, un acto jurídico bilateral, pero no un contrato, pues no crea obligaciones sino que las extingue. Es por esto que se identifica con el pago, que es un modo de extinguir las obligaciones y que consiste en la prestación de lo que se debe. La tradición sirve también como título posesorio.- Es decir, cuando el tradente no es el dueño de la cosa, la tradición no transfiere el dominio, pero instala al adquirente en la posesión y le posibilita llegar a adquirir el dominio por vía de la prescripción.

El concepto de tradición es distinto al de entrega.

La entrega es el traspaso material de una cosa de una o más personas a otra u otras, sin significar un cambio patrimonial desde el punto de vista de derechos reales. El arrendador se obliga a entregar al arrendatario: al hacerlo paga, pues cumple con la prestación adeudada, que en ese caso era una obligación de entregar (hacer). El comodatario o el depositario o el acreedor prendario que restituye la cosa prestada o depositada o entregada en prenda, cumplen también una obligación restitutoria que tiene la categoría de obligación de hacer.

La tradición en cambio, no es un hecho material, sino un acto jurídico bilateral, o sea una convención. Y si bien siempre la obligación de transferir implica la de entregar (art. 1548), en la práctica puede ocurrir que la entrega se haya hecho con anterioridad. Así resulta del artículo 670 que exige tanto del tradente como del adquirente la intención de transferir y adquirir respectivamente.

El art. 672 y 673 requieren que haya consentimiento del tradente y del adquirente para que la tradición sea válida. La simple entrega por tanto no constituye tradición. La entrega es un simple hecho material. Para que

constituya tradición debe ir acompañada de los requisitos que ya veremos en su oportunidad.

De lo anterior, a su vez, se deduce que la tradición hace al adquirente dueño o poseedor, en cambio, la entrega sólo instala al adquirente en la mera tenencia, si hay un título de mera tenencia como arrendamiento, comodato, depósito, o simplemente una tenencia material precaria si no hay un título anteceda (2195).

A pesar de estas diferencias substanciales el legislador suele confundir estos términos, por ejemplo en el art. 1443 o 1874. Otras veces ocupa los términos correctamente como en los arts. 2212 o 2196.

Requisitos de la tradición.

- 1.- Existencia de dos partes (tradente y adquirente)
- 2.- Consentimiento no viciado de las partes.
- 3.- Existencia de un título traslativo de dominio.
- 4.- Entrega de la cosa.
- 5.- Capacidad de las partes.

1.- Presencia del tradente y del adquirente (tradens y accipiens). Esto, porque la tradición es una convención (671 inciso 1º). Para que la tradición produzca sus efectos naturales, esto es, transferir el respectivo derecho -no para que sea válida, como erróneamente se suele decir-, es necesario que el tradente sea dueño de la cosa que entrega o del derecho que transfiere y que tenga facultad para transferir el derecho.

La tradición hecha por quien no es dueño de la cosa o derecho, es válida, sólo que no lo transfiere. Es válida porque la ley no la declara nula ni existe en ese caso ningún vicio causante de nulidad, la que al ser una sanción debe ser interpretada restrictivamente. A contrario sensu, tan válida es, que produce importantes efectos. Como instalar en la posesión al adquirente y posibilitarle así adquirir por vía de la prescripción; o como permitir que si el tradente adquiere después el derecho que habría transferido, se produzcan los efectos de la tradición desde el momento en que esta se materializó (art. 682 y 683). Es lo mismo que ocurre con la venta de cosa ajena, que es válida pero no posibilita que una tradición posterior transfiera el derecho a menos que el vendedor lo adquiriera después o el dueño la ratifique (1815 y 1819).

El tradente debe tener además -para que la tradición produzca sus efectos naturales- facultad de disposición, lo que implica no solo capacidad de disposición, sino además, la aptitud legal para disponer por si solo del derecho (1575 inciso 2º).

El adquirente, para que la tradición produzca sus efectos normales, debe tener capacidad de adquirir. Una capacidad que según algunos es de administración (1578 Nº1), y según otros de goce, pues en la tradición el adquirente no ejerce ningún derecho, sino sólo lo adquiere. En realidad, se refiere a la capacidad de ejercicio ("capacidad negocial"), es decir, de celebrar una convención.

2.- Consentimiento no viciado del tradente y del adquirente. Si falta, la tradición es nula de nulidad relativa, pues puede subsanarse. Este consentimiento puede verificarse por medio de representantes o

mandatarios (671 inciso. 2 y final), pues hay que recordar que en derecho privado todo es permitido por medio de mandato o representación, salvo aquello que esté expresamente prohibido. Pero los representantes deben actuar dentro de los límites de su representación.

Hay un caso de representación legal muy particular en el art. 671 inciso. 3, que se refiere a las ventas forzadas a petición del acreedor en pública subasta: la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal.

¿Donde está en este caso el consentimiento del tradente? Hay que buscarlo en el derecho de prenda general que se generó para el acreedor al momento de contratar: en este momento el deudor ha garantizado todos sus bienes para responder del incumplimiento de la obligación que contrae (art. 2465 y 22 de la ley sobre efectos retroactivos de las leyes). Todo esto sólo se aplica en la medida que se trate de ventas forzadas y por ende no se aplica a ventas en pública subasta como son las referidas en el art. 394. El consentimiento en la tradición, debe versar sobre la identidad de la cosa objeto de la tradición (676), el título que le sirve de causa (677) y la persona a quién se hace la tradición. El error en el mandatario o representante legal también invalida la tradición.

Pero faltando el consentimiento de tradente o del adquirente la sanción será la nulidad absoluta, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 672 y 673 (ratificación).

3.- Existencia de un título traslativo válido (675), el título es un antecedente jurídico en virtud del cual se efectúa la tradición. El título requiere de tradición para los efectos de transferir el dominio.

Son título traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación, el aporte en propiedad a una sociedad, el mutuo, el cuasi usufructo, la tradición cuando recae sobre objeto no disputado (703), la novación, que junto con ser contrato es modo de extinguir obligaciones.

4.- La entrega de la cosa.

5.- Capacidad de las partes. La capacidad, según Alessandri, es distinta en el tradente que en el adquirente. Tratándose del tradente se requiere de la facultad para transferir, esto es plena capacidad de ejercicio y goce, es decir, para disponer de la cosa, y del adquirente la capacidad para adquirir, o sea simplemente capacidad de administración.

EFFECTOS DE LA TRADICIÓN.

1. Cuando el tradente es dueño de la cosa que entrega o del derecho que transfiere. En este caso se transfiere el derecho en las mismas condiciones en que lo tenía el adquirente.

2. Cuando el tradente no es dueño de la cosa que entrega o del derecho que transfiere, la tradición es válida. No transferirá el dominio, pero como hay un título traslativo de dominio siempre instalará al adquirente en la posesión. La posesión no es un derecho sino un hecho, por eso, no se transfiere ni se transmite. Luego, la posesión la adquirirá el adquirente, sin

relación con la situación del tradente y aunque este haya sido un mero tenedor o incluso un tenedor precario.

Si el tradente era poseedor regular, esta posesión servirá al adquirente que, si lo es también, podrá juntar a su tiempo de posesión el del tradente y llegar a adquirir rápidamente por prescripción ordinaria. Si el tradente era poseedor irregular y el adquirente regular habrá mejorado de título y el tiempo de posesión del adquirente sólo le servirá para juntarlo si decide adquirir por prescripción extraordinaria. En este caso, si el tiempo de posesión del tradente era muy breve, al adquirente le será más útil no aprovechar ese tiempo y prescribir sólo por prescripción ordinaria, que es mucho más corta. Si el tradente era mero tenedor el adquirente quedará instalado en la posesión y el tradente no le habrá servido más que para instalarlo en esa posesión. Es importante tener presente que la calidad de regular o irregular de la posesión del adquirente no dependerá de modo alguno de la situación del tradente sino de sus propias cualidades. Los requisitos de la posesión regular están especificados en la ley (702).

Puede ocurrir, en fin, que el tradente adquiriera el derecho que se supone había querido transferir con posterioridad a la tradición. En tal caso, se aplica el art. 682 inciso 2º (1819). El fundamento de este precepto es claro, pues se trata de una venta de cosa ajena, la cual es válida de acuerdo al art. 1815.

¿Cuándo puede pedirse la tradición? (681): inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo:

- a.- que haya condición suspensiva pendiente,
- b.- que haya plazo suspensivo pendiente;
- c.- que haya resolución judicial que lo impida (1578 y 1564 Nº8).

Según el art. 680 la tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o condición resolutoria, con tal que se expresa.

El caso de tradición bajo condición suspensiva, se refiere a la situación en que el contrato es bajo condición suspensiva, se halle pendiente y sin embargo se hace la tradición. En tal caso, una vez cumplida la condición, el adquirente adquiere sin necesidad de tradición desde el momento en que ésta se hizo.

En caso de tradición bajo condición resolutoria, se refiere también a una condición en el título. El art. 680 dice que afecta a la tradición si se expresa. Entonces, la condición resolutoria tácita, ¿afecta a la tradición?

Algunos creen que no, porque no se expresa como lo exige el art. 680. Si se expresara, mediante un pacto comisorio, sí.

Otros creen que siempre la condición resolutoria afecta a la tradición porque si se cumple se entiende que no hubo contrato y no puede haber tradición válida sin un título precedente.

Hay una contradicción manifiesta entre el art. 680 inciso. 2º y el 1074 y 1873.

El art. 680 inciso. 2º dice que el dominio de la cosa vendida se transfiere por la tradición, aunque no se haya pagado el precio, salvo que entre otras cosas el vendedor se lo haya reservado hasta dicho pago. Es decir, la reserva produce como efecto que si no paga el precio, y mientras esta situación se mantenga, el tradente conserva el dominio.

En cambio, el art. 1874 dice que esa reserva de no transferir el dominio, sino en virtud del pago del precio no produce el efecto de conservar el dominio mientras éste no se pague; sino que sólo generará la alternativa de acciones del artículo 1873, esto es, demandar cumplimiento del contrato (pago del precio) o declaración de su resolución. Esta demanda alternativa no es otra que la siempre existe en todo contrato bilateral cuando una parte no ha cumplido con su obligación contractual (1489). Luego, no añade nada, lo que significa que la reserva de conservar el dominio hasta el pago del precio no produce efecto alguno.

¿Qué solución es la que debe prevalecer? Debe aplicarse el art. 13 que dice que las normas especiales prevalecen en esa materia sobre las generales en caso de oposición. Concluir que debe aplicarse el art. 1874 y por ende la reserva no tendrá ningún efecto.

El art. 680 inciso 2º, por su parte, no puede aplicarse a ningún contrato que no sea el de compraventa, dados sus términos.

ESPECIES DE TRADICIÓN

Tradicón de derechos reales sobre cosas corporales muebles.

Tradicón de derechos reales sobre cosas corporales inmuebles.

Tradicón de derecho de herencia.

Tradicón de derechos personales.

1. TRADICIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE COSAS CORPORALES MUEBLES. (684 Y 685).

Párrafo II Cosas Corporales muebles.

En el inciso. 1º del art. 684, establece los requisitos especiales de ésta forma de tradición:

1. Que una de las partes signifique a la otra que le transfiere el dominio (intención de transferir).
2. Que la intención de transferir se materialice mediante la entrega de la cosa, o figurando esa entrega por alguno de los medios que señala la ley en ese artículo y en el siguiente.

Atendiendo a la naturaleza de estos medios por los cuales figura la entrega la tradición de cosa mueble se divide en **real y simbólica**.

A. **TRADICIÓN REAL:** es aquella que consiste en poner la cosa a disposición del adquirente, existe en los números 1 y 2 del art. 684:

1º Permiéndole la aprensión material de una cosa presente.

2º Mostrándosela ("longa manu").

Algunos niegan al caso del Nº 2 el carácter de tradición real, pero en cuanto consiste en poner la cosa a disposición del adquirente debe atribuírsele ese carácter.

B. **TRADICION SIMBÓLICA O FICTICIA:** es la que se hace mediante una señal o símbolo que represente a la cosa que es materia de la tradición, exteriorizando la voluntad de poseerla y dejarla bajo el poder o acción del adquirente. Tiene lugar en los casos de los numerales 3º a 5º del art. 684:

Nº 3: Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa. No es necesario que la entrega de la llave se haga en el lugar donde está la cosa, como sucedía en el Digesto.

Nº 4: Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.

Nº5 PRIMERA PARTE: por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, depositario o a cualquier otro título no y traslativo de dominio. Por ej. Le he entregado un auto a X en comodato (préstamo de uso) y luego se lo regalo, en este caso no es necesario que X entregue el auto y luego yo le haga la tradición. Es lo que en derecho romano se llamaba traditio brevi manu. Es el caso de una persona que tiene un título de mera tenencia y que pasa a ser dueña por un título traslativo, por el sólo hecho del título se entiende efectuada la tradición.

Nº5 SEGUNDA PARTE: “y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc...” Es el caso inverso al anterior y en el cual una propietario pasa a ser mero tenedor. Por ej. Yo le vendo mi auto a X, pero se ha estipulado que yo quedaré como arrendatario del auto. En este caso no es necesario que yo le haga la tradición a X y luego éste me lo entregue en mera tenencia, es lo llamado CONSTITUTUM POSESORIUM O CLÁUSULA DE CONSTITUTO. Se ha discutido si el art. 684 es taxativo o no.

Don Luis Claro Solar estima que el art. 684 no excluye otras maneras de efectuar la tradición, pues la enumeración no es taxativa; sin embargo, no se dan mayores razones.

Don Vitorio Pessio discrepa de tal opinión, los medios simbólicos de tradición constituyen una ficción que sólo puede ser creada por texto expreso, al ser la excepción a la regla general establecida en el art. 723 del CC, que exige para la posesión la aprensión material de la cosa.

En cuanto a la tradición de frutos, se regula en el art. 685, cuando con permiso del dueño de un predio se toman en él piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio, la tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos.

Aquel a quien se debieran los frutos de una sementera, viña o plantío, podrá entrar a cogerlos, fijándose el día y hora de común acuerdo con el dueño

Según esta disposición si los terceros adquieren los frutos por tradición ésta se verifica por la separación de los frutos de la cosa que los produce; así lo resolvió la Corte Suprema diciendo que era necesaria la separación material.

Don Luis Claro Solar discrepa con lo anterior. Las reglas anteriores de tradición se aplican en todo caso, sin perjuicio de que se apliquen en caso pertinente los arts. 148 y 149 del C. de Comercio.

2. TRADICIÓN DE LOS DERECHOS REALES SOBRE COSAS CORPORALES INMUEBLES:

La regla fundamental se establece en el art. 686 del CC.

En general la tradición de los derechos reales sobre inmuebles debe hacerse por medio de la inscripción del título en el CBR. Se trata del único modo de efectuar la tradición de los derechos enumerados en los arts. 686: así lo dice don Andrés Bello en el Mensaje del Código.

La tradición mediante inscripción es **siempre simbólica** y **nunca** real.

La tradición requiere como requisito indispensable el consentimiento del tradente y del adquirente. Siendo la inscripción la manera de hacer la tradición de los derechos reales sobre inmuebles, ha sido lógico que el legislador haya exigido que la inscripción sea firmada por el tradente y el adquirente que de esta manera manifiestan su consentimiento. Conforme lo establecen los arts. 78 y 83 de dicho reglamento, y los principios generales de la representación no hay inconveniente para que el tradente y el adquirente confieran poder a otra persona para efectuar la tradición.

Art. 60 del Reglamento: los interesados pueden pedir la inscripción por sí o por medio de su personero o representante legal.

También puede facultar al portador de copia autorizada de la escritura que se pretende inscribir para requerir dicha inscripción, conforme a los arts. 68 y 71 del Reglamento. Esto es un caso de otorgamiento de poder a persona indeterminada. Sólo de esta manera se puede realizar la tradición.

DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES CUYA TRADICIÓN SE EFECTÚA POR LA INSCRIPCIÓN:

1º Del derecho de dominio de todo o parte de un inmuebles determinado, art. 686.

2º De los derechos de usufructo y uso constituido sobre bienes raíces, según el art. 686. El derecho de uso y el derecho de habitación, sin embargo, no pueden transferirse (art. 811); pero su constitución requiere de inscripción (en el caso del uso sólo si es sobre inmueble) pues se constituyen y pierden igual que el usufructo (art. 812 y 767).

3º De el derecho de censo que caen sobre bienes raíces. Art. 2022.

4º El derecho de hipoteca que recae sobre inmuebles, art. 676, 686 y 2407.

5º En cuanto a los derechos reales sobre minas podemos agregar que su tradición se hace por su inscripción en el Registro del Conservador de minas.

6º La tradición de los derechos reales sobre aguas se efectuará por la inscripción del título en los Registro de Aguas del CBR conforme a los arts. 112 y sgtes. Del Código de Aguas.

No es extraño que el art. 686 excluya el derecho real de prenda en cuanto versa siempre sobre bienes muebles.

DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES CUYA TRADICIÓN NO SE EFECTÚA POR LA INSCRIPCIÓN.

El art. 686 omitió a las servidumbres y al derecho real de herencia.

1. OMISIÓN DE SERVIDUMBRES: la exclusión, según el Mensaje se debe a que no se consideró suficientemente importante. El Código ha establecido un caso excepcional para esto en el art. 698.

Existen casos excepcionales: las servidumbres de alcantarillados en predios urbanos sólo puede adquirirse por medio de escritura pública inscrita en el CBR. Respecto de la tradición en general de las servidumbres conviene precisar 2 momentos:

A. EN SU CONSTITUCIÓN: para constituir la servidumbre se requiere: **título traslativo y tradición**, que se efectúa por escritura pública; en caso que el título conste por escritura pública, la escritura requerida para la

tradición podrá ser la misma que aquella en la cual conste el título traslativo.

B. EN EL TRASPASO DE UNA SERVIDUMBRE YA CONSTITUIDA: según lo expresado por el art. 825 no pueden transferirse las servidumbres en forma independiente del predio.

De acuerdo al art. 825 no hay duda de que si se enajena y se hace la tradición del predio sirviente la servidumbre va incluida en la enajenación y subsiste; en cambio, se sostiene generalmente que si se enajena y se hace la tradición del predio dominante, no se transfiere la servidumbre activa, salvo el caso que se haga tradición especial de ellas, expresando que se comprende en la enajenación.

2. OMISIÓN DEL DERECHO REAL DE HERENCIA: la tradición del derecho real de herencia ha originado una serie de discusiones interesantes en nuestro derecho. El modo de adquirir el derecho real de herencia, por regla general será la sucesión por causa de muerte y se establecerá de acuerdo a ella y no a la tradición. Esta es sólo necesaria cuando habiendo sido deferida la herencia al heredero, éste se desprende del todo o parte de una cuota de ella en favor de un tercero.

El art. 686 no dice cómo debe hacerse la tradición de los derechos reales de herencia y frente a esta omisión existen dos teorías:

1. Don José Ramón Gutiérrez señalaba que la herencia constituye una universalidad de derecho que recae sobre todos los bienes que comprende la sucesión y aplicando el art. 580 será mueble cuando recaiga sobre cosas muebles e inmueble cuando recaiga sobre dichos bienes raíces. Si la herencia tiene un carácter mixto, la tradición se hará conforme al 686.

2. Según la doctrina sustentada por don Leopoldo Urrutia, el derecho es una universalidad jurídica distinta de cada uno de los bienes comprendidos en ella: es un continente diferente de su contenido; es un derecho universal que no puede ser considerado nunca como inmueble. Además, la inscripción es una forma excepcional de hacer la tradición, de modo que no puede aplicarse a otros casos que los expresamente señalados en el art. 686, entre los cuales no figura el derecho de herencia. Más aún, todo el mecanismo del CBR descansa sobre la base de que la inscripción se refiere a bienes determinados y la herencia recae sobre una universalidad (RDJ T. 56, Secc 1ª, p. 305, 04.07.58).

La doctrina moderna ha seguido a Leopoldo Urrutia y este es el criterio permanente que se ha seguido. En tal sentido, la cesión de derechos hereditarios no es materia de inscripción, pues no se refieren a un inmueble cierto y determinado (RDJ T. 68, Sección 1ª, p. 34). Distinto es el caso de que lo que se ceda sean cuotas determinadas (acciones y derechos) que se refieren a un inmueble cierto y determinado, pues en tal caso esa cesión debe constar por escritura pública inscrita (RDJ T. 24, Sección 1ª, p. 538 y F.del M. Nº 321, p. 505).

La tradición del derecho de herencia no se hace según esta doctrina por la inscripción en el CBR, sino por escritura pública en la que se signifique la intención del tradente de transferir y del adquirente de adquirir ese derecho (RDJ T. 33, Sección 1ª, p. 219, 03.03.36).

Así, y con el mismo criterio, se ha sostenido que vendidos unos mismos derechos hereditarios a dos personas separadamente, el hecho que uno de

los cesionarios haya inscrito la cesión no es óbice para dar preferencia al otro cesionario cuyo título no está inscrito si logró acreditar que, por haber realizado reiteradamente actos de heredero, entró en posesión de la herencia con anterioridad a la inscripción (RDJ T. 56, Sección 1ª, p. 305).

Tratándose de los legados de especie o cuerpo cierto (como son los inmuebles), el legatario adquiere el dominio por el sólo fallecimiento del causante (o por el evento de la condición suspensiva si el legado estaba sujeto a ella). Sin embargo, a fin de conservar la historia de la propiedad raíz se debe inscribir. Hay quienes sostienen (Fernando Mujica) que no sería necesario inscribir toda vez que la publicidad está asegurada con la exigencia de inscribir el testamento en el que necesariamente debe haberse establecido el legado. A nuestro juicio es necesaria una inscripción particular. Pero a nuestro juicio en forma ilegítima los conservadores y los Tribunales exigen para ello de una “escritura pública de entrega” suscrita por los herederos (RDJ T. 50, sección 2ª, p. 84)

3. TRADICIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES:

Se hace mediante la cesión de derechos o créditos. La forma de hacerlo depende de la naturaleza de dicho crédito:

1. **NOMINATIVOS:** son los extendidos a nombre exclusivo de una persona determinada. Su cesión se hace por la entrega del título. De este modo queda perfecta la cesión entre cedente y cesionario, pero para que surta efectos respecto del deudor y de terceros, es necesario que se notifique la cesión por el cesionario al deudor o que este acepte la cesión. Estos créditos son a los que se refiere el CC en los arts. 1901 al 1908. No se refiere el CC a los otros títulos de crédito (a la orden o al portador).

2. **LOS A LA ORDEN:** son los que llevan la expresión “a la orden” y su cesión se hace por endoso y este puede ser de 2 clases:

a. **En blanco:** cuando el titular coloca su firma al dorso del documento.

b. **Completo:** cuando al dorso del documento se coloca la fecha, el nombre del cesionario, se expresa que se pague a este y concluye con la firma del cedente.

3. **AL PORTADOR:** son los que no han sido extendidos a nombre de persona determinada y cuya cesión se hace por simple entrega material del título. Ej. bonos.

FINALIDADES DE LA INSCRIPCIÓN.

1. Establecer una forma única para la tradición del dominio y demás derechos reales sobre bienes raíces, salvo la servidumbre. Forma única que por ser solemne y pública permite probar fácilmente la tradición efectuada, y proporciona el dato cierto de la serie de poseedores de la propiedad. Esta es la principal finalidad de la inscripción.

2. Da la publicidad a la propiedad raíz y a sus limitaciones y gravámenes, permite conocer con precisión el verdadero estado de la fortuna territorial.

Se establece así la historia de la propiedad raíz.

Ej. Sentencia que declara adquirido por prescripción el dominio u otro derecho real sobre inmueble conforme al art. 689.

Ej. De las transmisiones hereditarias del 688.

3. Según algunos, la inscripción es requisito indispensable para la validez de ciertos actos; es una verdadera solemnidad y tendrá como sanción la nulidad absoluta cuando se le considere tal. Se citan algunos ejemplos:

Donación entre vivos de bienes raíces, conforme al art. 1400; el usufructo, uso y habitación constituidos sobre inmuebles por acto entre vivos, arts. 767 y 812; el contrato de censo, art. 2027; el fideicomiso que acepte bienes raíces, art. 735. En mi opinión en todos estos casos solamente desempeña el rol de tradición. En la donación el título es el contrato y la solemnidad la escritura pública; en el usufructo, uso o habitación, también ha de haber un título (normalmente contrato) que conste por escritura pública (el art. 767 con la expresión “no valdrá” se refiere al derecho de usufructo; no al título). En el censo y en la hipoteca, los respectivos contratos son perfectos por la escritura pública.

4. La inscripción es requisito, garantía y prueba de la **posesión del dominio y no del dominio**.

Requisito: art. 724.

Garantía: 728, 730 y 2505.

Prueba: 924.

REGISTRO DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES CHILENO.

Fue creado por el CC en el art. 695 y el reglamento comenzó a regir el 1 de enero de 1859, es decir, dos años después que el CC. Fue dictado por autorización de una ley (el Código Civil) y por ende es un decreto con fuerza de ley y tiene el mismo rango de ley y por lo tanto del Código Civil (R. T 14, Secc. 1ª, p. 340; T. 52, Secc. 2ª, p. 49). El sistema chileno es intermedio entre el sistema Francés y el Alemán, como el primero, no prueba el dominio pero como el segundo se exige la inscripción para hacer la tradición.

Los Conservadores de Bienes Raíces son ministros de fe, encargados de estos registros y además de los registros de comercios, de minas, de prendas especiales y otros. En las localidades con un solo notario, este hace la labor de CBR. En otros, la labor es servida por funcionarios diferentes. En Santiago el registro conservatorio es un sólo oficio servido por tres funcionarios:

- 1.- El Conservador del Registro de Propiedad, que lleva este registro con su respectivo repertorio y los registros de comercio, prenda industrial, prenda agraria y asociaciones de canalistas.
- 2.- El Conservador del Registro de Hipotecas y Gravámenes, que tiene a su cargo dicho registro.
- 3.- El Conservador del Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar, que lleva ese registro y el especial de prenda.

Los conservadores son nombrados por el Presidente de la República.

OBLIGACIONES DEL CONSERVADOR:

Título 1 del Reglamento y son tres:

1. Antes de desempeñar su cargo deben hacer un juramento y rendir garantía para responder de cualquier falta en el desempeño de sus funciones (art. 7º y 8º del Reglamento del CBR).
2. Tiene la obligación de efectuar las inscripciones, sin poderse negar a ello, salvo en los casos determinados que estudiaremos. Pero no pueden practicar cancelación alguna de oficio en las inscripciones vigentes (art. 92 del Reglamento) (RDJ T. 28, Secc 1ª, p. 126).

3. Están obligados a mantener los libros a disposición del público para su exámen y a expedir las copias de las inscripciones y los certificados, que, una vez autorizados por el Conservador, tienen el carácter de instrumento público, art. 1699 CC.

LIBROS DEL CONSERVADOR.

Los libros que constituyen el Registro Conservatorio de Bienes Raíces son tres (art. 31 reglamento):

- A. El de Propiedad
- B. El de Hipotecas y Gravámenes.
- C. El de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar.

Además hay dos libros auxiliares:

El Repertorio y el Índice General.

1. EL REPERTORIO es un libro en el que se anotan los títulos que se presentan, cualquiera sea su naturaleza y en el orden cronológico en que llegan. (arts. 21 y 27 del Reglamento.) Varias normas reglamentan como debe ser llevado- arts. 22,23,28,29,30 y 38. Las menciones que debe tener también se encuentran señaladas en el Reglamento en los arts. 24 a 27. Muy importante es la fecha y hora de presentación del título, pues determina la preferencia cuando se presentan títulos relativos a un mismo inmueble.

La importancia fundamental de este libro reside en que la fecha y orden de la anotación en él, determina la fecha y orden de las inscripciones en los registros del Conservador. Ahora bien, si dentro de los dos meses siguientes a la anotación esta se convierte en inscripción, la fecha de esta inscripción se retrotrae a la fecha de la anotación. Si no se procede a la inscripción dentro de los dos meses, caduca (art. 15 y 17 del Reglamento). Se ha estimado que esa caducidad no se aplica cuando lo que impedía la inscripción del título era una prohibición judicial (RDJ T. 49, Sección 2ª, p. 56). Es una doctrina sumamente discutible.

Se ha estimado que si antes que la inscripción se materialice se dicta una resolución judicial que dispone inscribir una medida precautoria, ella debe cumplirse impidiendo la inscripción pues la anotación en el Repertorio no concede al adquirente un derecho preferencial mientras no se convierta en inscripción (F.del M. N° 322, 17.09.85 y N° 392, 17.07.91). Ello, por cuanto es el alcance del art. 17 del Reglamento, que atribuye preferencia retroactiva en sus efectos a la inscripción una vez efectuada, pero no antes; y ello respecto a "...cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo", es decir, derechos cuya adquisición se origine por la inscripción (tradición), no siendo el caso de resoluciones judiciales, que deben inscribirse sólo en razón de oponibilidad a terceros.(Sentido contrario:F. del M. N° 393, 21.08.91).

Resulta también interesante una jurisprudencia que establece que "procede de modo abusivo el juez que, salvado el reparo formulado por el Conservador de Bienes Raíces a la inscripción de una prohibición judicial de celebrar actos y contratos sobre un inmueble, ordena, además de la inscripción suspendida, la cancelación de la inscripción que en el intertanto se practicó en el Registro de Propiedad por un comprador que era tercero

extraño al juicio en el cual se decretó la medida precautoria (C.S., 15.07.80; F.del M., Nº 260, p. 196)

2. LOS REGISTROS EN GENERAL:

Se llevan en papel sellado y se componen de cuadernillos de 5 pliegos, metidos uno dentro del otro.

La inscripción se hace en la parte del centro de cada carilla para dejar márgenes a los lados. En el margen de la izquierda se anota el número correspondiente a las inscripciones con relación a las efectuadas en el año y a la naturaleza del título. En el margen derecho se hacen las subinscripciones.

Los registros son anuales, pero en los conservadores de gran movimiento pueden ser incluso trimestrales o mensuales. Deben tener un certificado de apertura y otro de cierre.

Al final de los registros se adjuntan aquellos instrumentos privados que acompañan a la escritura que se inscribe.

Cada registro debe llevar un índice por orden alfabético de las inscripciones. Además, el Conservador debe llevar un Índice General que se formará con las inscripciones.

A. REGISTRO DE PROPIEDADES: es el libro en que se inscriben las traslaciones de dominio. Se inscribirán en estos registros las cancelaciones, subinscripciones y demás concernientes a las inscripciones que se hagan en él.

B. REGISTRO DE HIPOTECAS Y GRAVÁMENES: se inscribirán en él, las hipotecas, censos, los derechos de usufructo, uso y habitación, los fideicomisos, las servidumbres y otros gravámenes semejantes (32 inc. 2º).

C. REGISTRO DE INTERDICIONES Y PROHIBICIONES DE ENAJENAR: se inscribirán estas y todo impedimento o prohibición referente a un inmueble, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite cualquier modo libre de ejercicio del derecho de enajenar. (32 y 53 Nº 3)

La inscripción practicada en un registro que no corresponde es, según la jurisprudencia, nula, de nulidad absoluta (RDJ T. 14, Sección 1ª, p. 340). En realidad, pudo aplicarse analógicamente el art. 696.

La forma en que se llevan los registros parciales está reglamentada en los arts. 34 a 42 , 47 y 48 del Reglamento.

3. EL INDICE GENERAL:es un libro en el que se anotan por orden alfabético las inscripciones que se van haciendo en cada uno de los registros parciales. Sus menciones están señaladas en el art. 43, 44 y 45 del Reglamento (junto con el art. 46 en relación a los arts. 22 y 23).

El Registro del CBR es público, tanto para su consulta como porque cualquiera puede pedir copias acerca de lo que les consta y no consta en él (artículos 49, 50 y 51). Además se pueden pedir certificados de dominio vigente o no vigente y certificados de hipotecas y gravámenes, interdiciones y prohibiciones.

SUBINSCRIPCIONES Y CANCELACIONES.

1. Las modificaciones, rectificaciones de errores u omisiones que tenga que hacer el Conservador de oficio o a petición de partes de conformidad al título que inscribió, las hará mediante subinscripciones. Carecen de todo valor las intercalaciones aunque aparezcan salvadas (RDJ T. 25, Sección 2ª, p. 1). También a las escrituras de aclaración que hacen las partes conforme al art. 88 del Reglamento.

2. Cancelaciones totales o parciales, convencionales o decretadas por la Justicia, son materia de subinscripciones que se hacen mediante una anotación en el margen derecho de la inscripción a que se refiere. Las disposiciones relativas a la forma y solemnidades de las inscripciones son aplicables a las subinscripciones.

DEL MODO DE PROCEDER A LAS INSCRIPCIONES:

¿Quién puede solicitar la inscripción?. Pueden solicitarla los interesados por sí o por medio de sus representantes legales o personeros (art. 60 del Reglamento.). Cuando la inscripción la solicite el apoderado o representante legal basta que exhiba la copia auténtica del título, en virtud del cual demanda la inscripción. Pero si la inscripción se pide para transferir el dominio de un inmueble o de algún otro derecho real comprendidos en el N°1 del art. 52 será necesario que el apoderado o representante legal presente título de su mandato o representación. Normalmente el título del mandato es una cláusula genérica por la que se faculta al portador de copia autorizada de la escritura para requerir las inscripciones, anotaciones o subinscripciones pertinentes.

LUGAR DONDE DEBEN EFECTUARSE LAS INSCRIPCIONES.

Las inscripción del título de dominio y de cualquier otro de los derechos reales, mencionados en el art. 52 N° 1 y 2 se hará en el Registro conservatorio del lugar en que esté situado el inmueble y si éste por su situación pertenece a varias jurisdicciones, deberá hacerse la inscripción en la oficina de cada uno de ellos. Simple aplicación de esta regla es que:

A. Si el título es relativo a dos o más inmuebles deberá inscribirse en todos los Registros de todos los lugares a que por su situación pertenecen a los inmuebles.

B. Si por un acto de partición se adjudican a varias personas los inmuebles o parte de ellos que antes se poseían proindiviso el acto de partición en lo relativo a cada inmueble o a cada parte adjudicada se inscribirá en el lugar a que por su situación corresponda dicho inmueble o parte (687 y 54 del Reglamento).

EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL:

A. En caso que el título no se refiera a un determinado inmueble, como en el caso de una sentencia por interdicción, la inscripción se hace en el domicilio de la persona a que se refiera y además en el departamento donde tenga inmuebles (art. 56 del Reglamento).

B. En la sucesión por causa de muerte, debe obtenerse el decreto de posesión efectiva de la herencia. Este decreto se inscribirá al mismo tiempo el testamento, conforme al N° 1 del art. 688 en relación con el art. 55 del Reglamento en el Conservador del lugar donde fue otorgada la posesión efectiva.

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL TITULO.

Las inscripciones se solicitan acompañando título auténtico, es decir, copia autorizada del título o de la sentencia o resolución judicial de que se trate, con certificación al pie del respectivo escribano que acredite ser ejecutivo. Además se exhibirán los demás documentos necesarios, sean públicos o privados (inc. 2º, art. 57 del Reglamento.).

El art. 62 del Reglamento agrega: "el Conservador admitirá como auténtica toda copia autorizada con las solemnidades legales por el competente funcionario (título auténtico).

Respecto de los instrumentos otorgados en país extranjero es necesario que se legalicen o que un decreto judicial los tenga por auténticos, así resulta de los arts. 63 y 64 del Reglamento. Siempre que se transfiera un derecho que ha sido antes inscrito se mencionará la precedente inscripción en la nueva, conforme a los arts. 692 y 80 del Reglamento.

Si la inscripción se refiere a minutas o documentos que no se guardan en registro o protocolo de una oficina pública se guardarán en el archivo del Conservados bajo su custodia y responsabilidad (art. 694 CC y 85 del Reglamento.)

ACTUACIÓN DEL CONSERVADOR.

Presentado el documento que se desea inscribir el Conservador debe anotarlo en el Repertorio. El Conservador sólo puede negarse a inscribir el instrumento en su Registro por las razones expresadas en los arts. 13 y 14 del R. Expresando en el instrumento la razón de la negativa, no por eso puede dejar de anotarlo en el Repertorio.

La persona perjudicada por la negativa puede:

1. Subsanan la falta anotada.
2. Si encuentra injustificada la negativa recurre al juez de primera instancia del departamento. El Juez pide informe al Conservador y resuelve (art.18). En caso de ordenarse la inscripción por el juez subsanada la falta antes de 2 meses la fecha de la inscripción es la de la anotación del Repertorio. En las inscripciones ordenadas por el Juez el Conservador debe dejar constancia de estas circunstancias.

FORMALIDADES Y SOLEMNIDADES DE LA INSCRIPCIÓN.(art. 70 a 87 del Reglamento.)

La regla general es que deben contener todos los datos necesarios para individualizar las partes el título y el inmueble (inc. 2º del art. 690).

Los arts. 691 y 2432 del CC y 78 y 81 del Reglamento señalan los requisitos que deben contener las inscripciones.

Art. 80: debe señalarse la inscripción anterior para mantener la historia de la propiedad raíz.

Idéntico objetivo tienen los arts. 91 y 92. La omisión de alguno de esos requisitos puede subsanarse posteriormente, sea por escritura pública o simples minutas en algunos casos (art. 82).

La inscripción termina con la firma de las partes y del Conservador, pero cuando se ha conferido poder en el título al portador de copia autorizada sólo se acostumbra a expresar quién requirió la inscripción, conforme al inc.

penúltimo del art. 78 del Reglamento. Una vez hecha la inscripción el Conservador devuelve el título al requirente con anotación en él de la foja, N° y fecha de la inscripción y N° de anotación en el Repertorio.

NEGATIVA DEL CONSERVADOR DE EFECTUAR UNA INSCRIPCIÓN.

El CBR no puede negarse a anotar un título en el Repertorio, pero puede negarse a inscribir un título, deberá negarse si la inscripción es legalmente inadmisibles por ej. La copia presentada no es auténtica, la escritura pública no se efectúa en papel competente (ver art. 13 del R.). En virtud del principio de la pasividad del Conservador, no puede éste negarse a dar cumplimiento a una resolución judicial en orden a inscribir una prohibición de celebrar actos y contratos aduciendo que el inmueble no pertenece al demandado (RDJ T. 71, Sección 2ª, p. 171).

También deberá rehusar la inscripción si el dueño de un Fondo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas y después de inscrito por uno de los compradores apareciere vendido por persona que según el registro no es dueño o actual poseedor. El rechazo durará hasta que se haga constar al Conservador que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda perjudicar la anotación.

Los fundamentos de la negativa -a realizar una inscripción o a realizar una enmienda de una inscripción (F.del M N° 264, p. 360), se expresarán en el mismo título. La parte perjudicada concurrirá la juez de primera instancia del departamento, quien en vista de esta solicitud y de los motivos expuestos por el Conservador resolverá por escrito y sin más planes. Si manda el juez hacer la inscripción al Conservador hará mención en ella del decreto que la hubiere ordenado. El decreto que niega ha lugar a la inscripción es apelable -sin embargo no es susceptible de casación (RDJ T. 60 Sección 1ª, p. 307 y F. del M. N° 341, p. 94)-. Pero el que da lugar a ella no es apelable por el Conservador. Se ha fallado que el Juez ante el cual se ha reclamado de la negativa del Conservador a inscribir no puede -en vista de la oposición de un tercero- transformar el asunto en contencioso y proceder a tramitar el asunto conforme a las reglas del juicio sumario. Lo que debe hacer es instruir al oponente acerca de interponer las acciones pertinentes (RDJ T. 75, Sección 1ª, p. 459 y RDJ T. 83, Sección 2ª, p. 15).

Es muy importante además tener presente que no procede por la vía de una gestión voluntaria dejar sin efecto una inscripción ya practicada y vigente. Tal actuación sólo puede ser dejada sin efecto mediante un juicio en que las partes involucradas, previo emplazamiento, expongan lo conveniente a sus derechos (RDJ T. 69, Sección 1ª, p. 67).

PROPIEDADES NO INSCRITAS.

Respecto de ellas se distinguen los títulos anteriores a la vigencia del Reglamento y títulos posteriores.

Tratándose de los títulos anteriores a la vigencia del Reglamento, podrá efectuarse la inscripción con la sola presentación del título si la hubiere; si faltare el título se hace de acuerdo al art. 58 del Reglamento (art. 693 del CC). Una situación parecida la contempla el art. 1º de la ley 14.999 que permite a la Empresa de Ferrocarriles del Estado inscribir a su nombre inmuebles no inscritos que posea. En este caso, la publicación del extracto

de la solicitud debe indicar el precepto en que se funda la petición, a fin de evitar confusiones con el procedimiento del art. 58 del Reglamento (RDJ T. 61, Sección 1ª, p. 161).

Tratándose de títulos con fecha posterior al Registro rigen los art. 693 CC y 58 del Reglamento: publicación de avisos y fijación de cartel. Estas disposiciones se aplican a las inscripciones siguientes:

1. La transferencia por donación o contrato entre vivos de una finca que no ha sido inscrita. (No se aplica en cambio a la adjudicación de una partición ni a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva -RDJ T. 32, Sección 1ª, p. 138).

2. De la constitución o transferencia por acto entre vivos de los demás derechos reales que se refieren a inmuebles no inscritos.

Frente a una solicitud de primera inscripción, el Conservador pide informe al Minsiterio de Bienes Nacionales (DL 1939). Frente a un informe en orden a que se trata de inmueble del Fisco, cabe reclamar a la Corte de Apelaciones respectiva (RDJ T. 80, Sección 1ª, p. 72).

TÍTULOS QUE DEBEN INSCRIBIRSE. (ART. 52)

1. Art. 52 N° 1: Títulos traslativos del dominio de bienes raíces, títulos traslativos de derecho de usufructo, censo o hipoteca constituidos en inmuebles y la sentencia ejecutoriada que declara la prescripción adquisitiva de cualquiera de dichos derechos.

No se inscribe el uso y la habitación, pues siendo personalísimos no pueden transferirse (819), ni embargarse (1618 N° 9 y 2466 inc. 3). En cuanto a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de los derechos reales mencionados, ésta hace las veces de escritura pública (de título), pero en este caso la inscripción no opera como modo de adquirir (éste ya operó y fue precisamente la prescripción) sino como requisito de oponibilidad (689 y 2513). Respecto a una cesión de un crédito hipotecario, para perfeccionar la transferencia del derecho de hipoteca no se requeriría, a juicio de la jurisprudencia, inscripción ni subinscripción (RDJ T. 78, Sección 6ª, p. 11)

2. Art. 52 N° 2: La constitución de los fideicomisos que comprendan o afecten bienes raíces (733 y 735), la del usufructo, uso y habitación que hayan de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos (767 y 812), la constitución del censo vitalicio (2279) y la constitución de la hipoteca (art. 2409, 2410 y 2411).

3. Art. 52 N°3: La renuncia y por ende cancelación de la respectiva inscripción de cualquiera de los derechos mencionados precedentemente.

4. Art. 688 CC y 55 del Reglamento: Inscripciones originadas por la sucesión por causa de muerte. Mientras estas inscripciones no se hagan, los herederos no pueden disponer de los inmuebles. En el caso de la inscripción del decreto judicial que otorga la posesión efectiva, debe inscribirse aún cuando en la herencia no haya inmuebles (art. 883 CPC).

5. Ley 6977 de 1941 ordena la inscripción de la escritura pública relativa a las servidumbres de alcantarillado en predios urbanos. Esto es una excepción, pues por regla general la tradición del derecho de servidumbre se hace exclusivamente por escritura pública (698).

6. Art. 52 N° 4: Los decretos de interdicción provisoria y definitiva, el de rehabilitación del disipador y demente (455,461 y 468), el que confiera la

posesión definitiva de los bienes del desaparecido (82,91y 93) y el que concede el beneficio de separación de bienes según el art. 1385 del CC y 1378.

En el caso del decreto de interdicción, la inscripción es, según algunos, una formalidad de publicidad de noticia, cuya omisión sólo podría acarrear derecho de indemnización de perjuicios. Según otros en cambio, se trataría de una formalidad de publicidad sustancial cuya omisión acarrearía la inoponibilidad frente a terceros. Esta última tesis se apoya en el art. 8 de la Ley 4808. El art. 465 habla sólo del derecho, pero hay que entenderlo en el contexto de las normas sobre la interdicción del demente (461) entre las cuales está la exigencia de la inscripción (447).

7. Art. 53 N° 3: Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho a enajenar. Sin embargo el CPC ha ordenado que la prohibición de celebrar actos y contratos **debe** inscribirse y sin este requisito será inoponible a terceros (297 CPC) y que la misma exigencia y con la misma sanción existirá tratándose de un embargo (453 CPC). Además, para que una cosa sea considerada especie litigiosa al tenor del 1464 N°4 del CC es preciso que el Tribunal decrete una prohibición especial respecto de ella y, para ser oponible a terceros, que se inscriba en el CBR (296, inc. 2 y 297, inc.1° del CPC). En esta materia, pues, el CPC ha modificado tanto el Reglamento como el CC haciendo obligatorias estas inscripciones.

En cuanto a la prohibición convencional, esta sigue siendo facultativa.

8. Art. 52 N° 8, Ley de Quiebras N° 18.175: debe inscribirse en el Conservador del Departamento donde se hubiere declarado la quiebra y en los departamentos donde estén situados los inmuebles del fallido, la declaración de quiebra. Esto, porque conforme al art. 64, pronunciada la quiebra, el fallido pierde la administración de sus bienes (art. 64 de la Ley de Quiebras).

TÍTULOS QUE PUEDEN INSCRIBIRSE.

1. Art. 53 N° 1: Toda condición suspensiva o resolutoria del dominio de inmuebles o de otros derechos reales constituidos en ellos. Esta inscripción es con un fin de publicidad. Su omisión no afecta al derecho sujeto a condición, sino sólo a su eficacia respecto a terceros.

2. Art. 53 N° 2 : Todo gravamen impuesto sobre inmuebles que no sea de aquellos mencionados en los Nos.1 y 2 del art. 52, como las servidumbres. Excepto estas, que constituyen un gravamen real, esta norma se refiere a los gravámenes personales como la anticresis (2435) o el arrendamiento en el caso del art. 1962.

INSCRIPCIONES RELATIVAS A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.

El único objetivo y finalidad de las inscripciones en la sucesión por causa de muerte, es dar publicidad y mantener la historia de la propiedad raíz. Tales inscripciones no constituyen un acto de enajenación por lo que no les puede afectar ni impedir una medida precautoria de prohibición de enajenar (RDJ T. 37, Sección 1ª, p. 225).

El heredero se reputa haber sucedido directa e inmediatamente a la muerte del causante en el dominio de los herederos (art.688, 955, 956, 722 y 1344). Por eso, la existencia de una prohibición de celebrar actos y contratos no puede impedir practicar las inscripciones ordenadas por el art. 688 del CC. (RDJ T. 37, Secc 1ª, p. 225).

El art. 688 dispone las inscripciones que deben efectuarse en la sucesión por causa de muerte. Este art. al decir “disponer” se refiere a la facultad de enajenar.

Estas inscripciones no se hacen para que los herederos adquieran el dominio (ya lo han adquirido por sucesión por causa de muerte); sólo se exigen para que los herederos puedan disponer de los inmuebles hereditarios (RDJ T. 79, Secc 1ª, p. 108; 09-06-82).

Pero se ha fallado que si hay un sólo heredero y la herencia comprende bien raíces, no puede transferirse los derechos hereditarios sin practicar previamente estas inscripciones. (RDJ T. 46, Secc 1ª, p. 94, 11.08.43).

INSCRIPCIONES EXIGIDAS POR EL ART. 688.

Son tres y a veces cuatro:

1. Inscripción de la posesión efectiva de la herencia a favor de los herederos que debe conceder el juez del departamento donde el causante tuvo su último domicilio y que debe inscribirse en el Conservador de ese mismo departamento en el Registro de Propiedades.

Si la sucesión es testamentaria debe inscribirse el testamento conjuntamente con la posesión efectiva.

2. Conforme al N°2 del art. 688 debe realizarse lo que se llama la inscripción especial de herencia, que consiste en inscribir cada uno de los inmuebles hereditarios a nombre de todos los herederos del causante. Si el causante ha dejado cónyuge sobreviviente se inscribe a nombre de éste y de los herederos del difunto.

La inscripción debe hacerse en el departamento donde está situado cada inmueble bastando para hacerla la exhibición de copia de la inscripción de posesión efectiva, la cual debe indicar los inmuebles que comprende la sucesión de acuerdo con lo expresado en el inventario (883 CC). Hecha esta inscripción, los herederos pueden disponer de los inmuebles hereditarios de consuno. Por tal motivo por ejemplo se ha fallado que practicada esta inscripción y sin necesidad de hacer la partición tienen legitimación activa e interés para accionar de nulidad contra un título que los amenazaba (F. del M., N° 356, p. 381).

3. Una vez realizada la partición y adjudicados los diferentes inmuebles a los herederos deben inscribirse las adjudicaciones hechas a estos. Cada adjudicación se inscribe en el Conservador del departamento donde está ubicado el inmueble a que se refiere. Pero bien puede practicarse la partición y adjudicación con anterioridad a la inscripción de posesión efectiva y la especial de herencia (RDJ T. 30, Secc 1ª, p. 552. 21.08.33). Además, se ha fallado que los embargos y prohibiciones decretados respecto de un heredero no obstan a la partición de la herencia ni a inscribirla pues sólo deben entenderse afectando a los bienes adjudicados al heredero sobre el que recayó la medida precautoria (en virtud del efecto retroactivo de la partición) (RDJ T. 28, Secc 2ª, p. 1; 23.08.30).

SANCIÓN POR LA OMISIÓN HEREDITARIA DE LA INSCRIPCIÓN.

Existen tres criterios al respecto:

1. Nulidad absoluta.
2. Nulidad de la tradición, siendo válido el contrato.
3. La sanción del art. 688. Esta falta de inscripción estaría contemplada en el art. 696, donde el adquirente queda como mero tenedor.

1. Teoría de la nulidad absoluta:

La Corte Suprema, se inclinó en un comienzo por la teoría de la nulidad absoluta en tres fallos:

- A. Declaró que la norma del art. 688 prohibía a los herederos disponer de los inmuebles heredados sin antes efectuar las inscripciones señaladas y que si así no lo hicieren caían en la sanción del art. 10.
- B. Mantuvo este criterio agregando que la prohibición era absoluta y que alcanzaba tanto a las inscripciones voluntarias como las forzosas.

Este criterio fue rechazado por las siguientes razones:

1. La nulidad del art. 688 no es prohibitiva, sino imperativa.
2. La nulidad absoluta no puede ser ratificada. La omisión de las inscripciones del art. 688 pueden sanearse por la voluntad de las partes.
3. La nulidad absoluta se sana por el transcurso del tiempo; en cambio, la omisión de las inscripciones jamás puede sanearse de dicha forma.

2. Teoría de la nulidad de la tradición como sanción del art. 688:

En un cuarto fallo sobre estas materias la Corte Suprema sentó su segunda doctrina declarando que es nula la tradición que efectúen los herederos, pero el contrato de venta es perfectamente válido (RDJ T. 27, Secc 1ª, p. 78. 01.12.28). El art. 688, al hablar de disponer lo hace equivalente a enajenar.

A esta doctrina se le criticó el hecho de que no puede aplicarse esta sanción para el caso respecto del cual fue dictada (respecto del contrato de compraventa), pues el art. 1810 dice que pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida por la Ley y esto haría extensiva la sanción a la compraventa.

3. El art. 696 como sanción del art. 688:

La tercera y definitiva doctrina de la Corte Suprema considera que la sanción no es la del art. 10, pues este señala como sanción de los actos prohibidos por la Ley la nulidad absoluta, **salvo que la propia Ley indique otra sanción**, la cual en esta ocasión así lo hace. Simplemente, mientras la inscripción no se efectúa, no da ni transfiere la posesión efectiva del derecho. Pero se sana practicando la inscripción (RDJ T. 75, Secc 1ª, p. 442. 05.09.78).

DOCTRINA DE ALGUNOS PROFESORES. TEORÍA DE SOMARRIVA, STICHKIN Y MUJICA.

1º Según el art. 714 el mero tenedor es el que está reconociendo dominio ajeno. El adquirente de un inmueble hereditario en el caso del art. 688 jamás puede estar reconociendo dominio ajeno, sino por el contrario estará convencido de que adquirió el dominio entonces quedará como poseedor.

2º Argumento ad absurdum, según la doctrina de la Corte Suprema los herederos que efectuaron la transferencia del dominio continúan como dueños del inmueble.

De este modo en lugar de sancionar a los herederos se les estaría amparando un fraude.

3º A pesar de lo dicho, el fundamento legal del fallo pudiera parecer irredarguible (inatacable), pero no es así:

A. Porque el art. 688 está mal ubicado. No se refiere a la tradición, sino a la publicidad de los derechos hereditarios.

B. Porque el art. 696 se está refiriendo únicamente al art. 686 con el cual está íntimamente relacionado.

C. El art. 689 que ordena la inscripción de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva también es anterior al art. 696 y sin embargo no cae bajo su sanción.

Como conclusión de todo lo expuesto los profesores antes indicados opinan que la única solución viable sería considerar al adquirente como poseedor.

LA POSESIÓN.

CONCEPTO: Es la tenencia material de una cosa con ánimo de señor y dueño. Se puede ser poseedor y dueño o poseedor sin ser dueño. El poseedor puede tener la cosa materialmente o tenerla un mero tenedor en lugar o a nombre del poseedor.

Por otra parte, gracias a que el poseedor es presumido dueño mientras otro no justifique serlo (art. 700 inc 2º), se han acogido recursos de protección en amparo del art. 19 N° 24 de la Constitución Política sin haber exigido al recurrente acreditar el dominio, si se recurre en contra de personas que ostensiblemente no era dueños ni poseedores y que ocupaban materialmente el inmueble (C.S., 03.12.80, RDJ T. 77, sección 1ª, p. 104).

La definición legal se encuentra en el art. 700 del CC. La definición del Código recoge la teoría subjetiva (Savigny) que dice que la posesión requiere de un elemento material (la tenencia o corpus) y uno psicológico (el ánimo de señor y dueño).

A diferencia de la teoría objetiva (Ihering) que exige que sólo circunstancias objetivas. Ihering afirma que la posesión es un derecho (interés jurídicamente protegido). Savigny sostiene que es a la vez un hecho y un derecho. Nuestro Código da a entender claramente que es un HECHO, si bien protegido por el Derecho. Ahora bien, el poseedor puede tener además un derecho. El poseedor de un derecho de dominio puede además ser dueño de ese derecho.

El CORPUS no es necesariamente la tenencia material. Por eso el art. 700 dice: "...tenga la cosa por si mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él". A esto alude también el 719 inc.2, 725 y 727. Es la manifestación de un poder de dominación, la exteriorización de la titularidad - real o supuesta- de derechos.

El ANIMUS no es la convicción de que sea dueño (eso sería la buena fe posesoria), sino que el comportamiento " como si lo fuera ". Por eso el ladrón es poseedor. Pero nunca podrá adquirir por prescripción, pues es violento o clandestino, o sea, vicioso: "posesión inútil". Desde otro punto

de vista, carece de título posesorio. La falta de ANIMUS muchas veces se manifestará en la presencia de un título de mera tenencia (arrendamiento, comodato, etc.) en el que el tenedor RECONOCE el derecho ajeno (714). Pero podría haber ese título y estar caducado. Pensamos que no es óbice para comenzar una posesión material conducente a la prescripción. Nuestro Código, pues, sigue la teoría subjetiva de Savigny.

La posesión tiene una protección legal que se ha explicado por la necesidad de impedir la violencia (Savigny) y por tratarse de una presunción de propiedad (Pothier y el CC Chileno, 700 inc. 2). Con la propiedad, la posesión se asemeja en cuanto a que ambas recaen sobre cosas determinadas; ambas implican exclusividad y las ventajas que presentan son más o menos las mismas. Pero también hay diferencias. El dominio implica una relación jurídica y se adquiere por un título y un modo de adquirir, en cambio, la posesión es una relación de hecho que no exige modo de adquirir sino sólo uno o varios títulos (701). Además, mientras el dominio está protegido por una acción real (reivindicatoria) la posesión está protegida por las acciones posesorias.

La posesión tiene varias ventajas y protecciones:

1. La protección de las acciones posesorias.
2. Permite la adquisición de derechos de prescripción.
3. Permite en ciertos caso la acción publiciana, que es algo así como la reivindicatoria de los poseedores.
4. Implica una presunción de dominio.
5. El poseedor de buena fe se hace dueño de los frutos.

Como la posesión implica el ánimo de señor y dueño, sólo se pueden poseer las cosas comerciables (susceptibles de dominio o posesión privada o dominio).

El Código admite la posesión de las cosas incorporales (715). De acuerdo al Mensaje, sin embargo, sólo cabe la posesión de los derechos reales, más no los personales.

Una opinión minoritaria pero creciente descarta esta opinión sosteniendo que el 1576 supone la posesión de derechos personales. Es coherente con la Constitución Política: si cabe el dominio sobre **toda clase** de cosas incorporales, también debe caber hablar de posesión sobre toda clase de derechos.

Hay también derechos reales no susceptibles de posesión (882). Pienso que se trataría más bien de derechos no prescriptibles, pero si poseíbles.

CLASES DE POSESIÓN.

A. REGULAR E IRREGULAR.

REGULAR: es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe (aunque esta no subsista). Si el título es traslativo de dominio, es necesaria además la tradición.

IRREGULAR: es aquella a la que le faltan alguno de los requisitos anteriores (702 y 708).

La posesión regular da origen a la prescripción ordinaria y la irregular a la extraordinaria.

B. POSESIÓN ÚTIL Y POSESIÓN INÚTIL.(según que conduzca o no a la prescripción adquisitiva).

ÚTILES: son la regular y la irregular.

INÚTILES: son las viciosas, es decir, la posesión violenta y la clandestina (709).

Algunos consideran que la posesión viciosa es sólo una forma de posesión irregular. Eso se desprende del Mensaje del Código. Otros creen que la posesión viciosa forma una categoría aparte de las posesiones regular o irregular.

LA POSESIÓN REGULAR. (702)

Es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y 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 o a nombre de él.

ELEMENTOS:

1. Buena fe inicial.
2. Justo título.
3. Tradición, si el título es traslativo de dominio.

1. BUENA FE.

La noción de buena fe apunta a la idea de ausencia de engaño (perspectiva ética). Pero también significa la creencia acerca de la legitimidad de una situación jurídica(perspectiva psicológica). En este sentido la interpreta el Código en el art. 702.

En materia posesoria **es la conciencia de haberse adquirido un derecho por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio (706)**. Ahora bien, para la existencia de la posesión regular se requiere de la buena fe inicial, pero no se exige que ésta subsista. Esto viene del Derecho Romano y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Canónico (702, inc. 2).

La existencia o no de buena fe inicial es un elemento de hecho, que es soberanamente apreciado por los Tribunales escapando por ende a la revisión de la Corte Suprema conociendo como Tribunal de Casación.

En esta materia puede incurrirse en error. Si éste es de hecho, y es justificado, no hay buena fe (706, inc. 3), pero el error en materia de derecho es presunción de mala fe en esta materia (706 inc. final).

Como lo normal es la buena fe de las personas, ésta se presume (700), salvo en los casos en los que la misma Ley establece la presunción contraria (94 regla 6 y 2510 regla 3). La presunción de buena fe es en nuestro derecho un principio general, aplicable a todas las instituciones y sólo exceptuado por texto expreso como en los casos citados.

2. JUSTO TÍTULO:

Título en materia posesoria es todo hecho o acto jurídico en virtud del cual una persona adquiere la posesión de una cosa.

Justo Título es aquel no comprendido entre aquellos que no son justo título, según el art. 704 del CC.

Título justo no es el que proviene del dueño. Se desprende de los arts. 1815, 683 y 704. El título no debe ser de aquellos que la Ley califica de no justos. Además debe tener aptitud suficiente para atribuir el dominio o el derecho (no tienen esta aptitud los títulos de mera tenencia).

El Código clasifica los títulos en constitutivos o traslaticios (703), la doctrina agrega el título declarativo.

Son **constitutivos** los que sirven para constituirlo originariamente, como la ocupación y la accesión (703, inc. 2).

La ocupación y la accesión normalmente producen la adquisición del dominio y de la posesión ; pero si por falta de algún requisito no operan como operan como modos de adquirir, desempeñarán la función de títulos posesorios. La prescripción no es título posesorio, sino modo de adquirir que, al revés, supone la posesión.

Son **traslaticios** de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo (703, inc. 3).

La sucesión por causa de muerte es justo título (688, 704, 722) derivativo (no "traslaticio" pues no opera entre vivos).

Son **declarativos** de dominio los que se limitan a reconocer o declarar un derecho pre existente (703, inc. final), como la transacción en cuanto reconocen la propiedad de un derecho disputado. Si transfiere un derecho sobre un objeto no disputado, será traslaticia de dominio.

Según el art. 703, la transacción, en cuanto se limita a reconocer o declarar derechos preexistentes recayendo sobre el objeto disputado, es un título declarativo de derechos; en cambio en cuanto se obliga e virtud de ella a transferir un objeto no disputado es un título traslaticio de dominio. Esto tiene importancia en la sociedad conyugal (art. 1726). En este último caso, aunque la transacción haya sido consensual, el obligado a transferir el bien debe suscribir la respectiva escritura pública: es una obligación de hacer implícita en la de transferir: si no lo hace, se le exige mediante los arts 530, 531 y 532 del CPC y art. 1553 del CC.

El Código habla de que son títulos traslaticios las sentencias de adjudicación en juicio divisorio y los actos legales de partición. Sin embargo, de algunas normas se desprende que son en realidad títulos declarativos (718 y 1344). Según la Corte Suprema, lo que ocurre es que para los terceros que adquieren la posesión, son traslaticios. Pero no para el comunero o adjudicatario.

Justo título es todo hecho o acto jurídico que por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido es apto en abstracto para atribuir el dominio u otro derecho real.

El Código no define los títulos injustos, sino que los enumera (704). Son títulos que incluso en abstracto impiden la transferencia del derecho, pero no por carecer del derecho el otorgante, sino por vicios que miran a la regularidad del título mismo, sea aisladamente considerado, sea en relación a la persona a quien se confiere.

El título falsificado es no sólo el otorgado por persona distinta a la que se pretende sino también aquel que contiene hechos falsos (falsedad intelectual) o que ha sido adulterado (falsedad material).

El título es conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo no sólo cuando ha habido vínculo de

mandato o representación, sino que también cuando este ha existido, pero se ha extinguido antes del otorgamiento del título o existió en ese momento, pero al otorgarlo ha habido una extralimitación del mandato de representación.

El título nulo puede serlo por un vicio de nulidad absoluta o de nulidad relativa. En este último caso, como es el del ejemplo que da el Código, procede la convalidación (705). En el caso de nulidad, el tercero que no ha sido parte del contrato puede alegarla **para el solo efecto de que se califique el injusto título.**

El título meramente putativo es aquel en cuya existencia cree el que invoca, pero que en realidad no existe. El mismo art. 704, inc. 1º pone ejemplos, y en el inciso siguiente señala en qué casos estos mismos títulos putativos sirven de justo título posesorio. En este caso hay una prescripción adquisitiva especial del derecho de herencia de un tiempo inferior al normal. En efecto, lo normal es que la acción de petición de herencia prescribe en 10 años, pues ese es el plazo de prescripción adquisitiva del derecho real de herencia. Pero en esta situación especial del heredero putativo que consiguió la posesión efectiva, dicho plazo se reduce a 5 años (1264 y 1269)

Otro ejemplo de título meramente putativo es la expropiación referida a quien no era dueño y en que no se indemnizó al dueño inscrito: no surte el efecto de transferir el dominio al expropiante pero lo autoriza a adquirir por prescripción extraordinaria por título injusto (La jurisprudencia califica esta hipótesis como de título justo -RDJ T. 58, sección 1ª, p 371).

3. LA TRADICIÓN.

Es requisito de la posesión regular cuando esta procede de un título traslativo de dominio. Y es natural, pues estos títulos no permiten la adquisición del derecho real directamente como ocurre en los títulos constitutivos, que se identifican con el modo de adquirir, sino que dan origen solamente a un derecho personal a que se haga la tradición. Una vez hecha esta, hay posesión, no antes. Cuando el adquirente posee la cosa a ciencia y paciencia del tradente, se presume haberse hecho la tradición (702, inc. final). Esto, sin embargo, no se aplica a los derechos que deben transferirse por inscripción, pues esta es la única forma de realizarse la tradición de determinados derechos inmuebles. Sin embargo, no es preciso decir que la presunción de tradición no se aplica a los bienes raíces, porque en el caso de la tradición del derecho de servidumbre, es un derecho sobre inmueble y sin embargo su tradición no se hace por inscripción.

LA POSESIÓN IRREGULAR.

Como se ha dicho, es la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular (708). En relación a la posesión regular hay algunas diferencias (los plazos de prescripción son distintos 2508/2511; la posesión regular permite el ejercicio de la acción publiciana -894-) y también semejanzas (ambas permiten la prescripción adquisitiva; en ambos casos el

poseedor es reputado dueño; en ambos casos hay protección con acciones posesorias)

LAS POSESIONES VICIOSAS, son la POSESIÓN VIOLENTA (710, 711 Y 712) y la POSESIÓN CLANDESTINA (713). En ambos casos, se trata de vicios relativos (sólo puede alegarlos el que los ha sufrido) y temporales (cesa el vicio cuando cesa la situación que lo originó). Tradicionalmente se ha sostenido que ambas posesiones son inútiles para prescribir y que no están protegidas por las acciones posesorias.

Sin embargo, se señala por algunos autores que las posesiones viciosas son situaciones que puedan acompañar tanto a la posesión regular como a la irregular. Por ejemplo, un individuo que adquiere posesión regular y después incurre de mala fe al ejercerla clandestinamente. En el caso de posesión violenta, jamás será compatible con la buena fe y por ende jamás podrá ser regular. Pero el Código permite expresamente que se prescriba sin título alguna mediante prescripción extraordinaria y precisamente el poseedor violento es el que carece de título y otra cosa distinta es poseer con un título de mera tenencia. Es este último caso, pero no en el primero en el que el Código rechaza la posibilidad de prescripción extraordinaria. Por tanto, el ladrón podría prescribir extraordinariamente, pero en ningún caso el arrendatario, comodatario, depositario, etc.

MERA TENENCIA.

Es la que se ejerce sobre una cosa como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño. O dicho de otro modo, reconociendo el dominio ajeno. Sólo hay una suerte de *corpus*, pero no hay *animus* alguno (714). La mera tenencia es siempre sobre cosa corporal y puede existir en virtud de un derecho real (usufructuario, usuario, habitador, acreedor prendario) o en virtud de derechos personales (comodatario, depositario, arrendatario). En el primer caso se tiene sobre la cosa la tenencia, pero respecto del derecho real se es poseedor. En el segundo caso se tiene la cosa en virtud de un vínculo contractual; en la cosa misma no hay ningún derecho y el titular del derecho personal no lo posee. También la mera tenencia puede tener su origen sin título alguno, por ignorancia o mera tolerancia del dueño, que es lo que se denomina TENENCIA DE PRECARIO, art. 2195, inc. 2. La mera tenencia es absoluta, perpetua e inmutable.

ABSOLUTA, pues el mero tenedor lo es tanto respecto del dueño de la cosa como respecto a terceros extraños.

PERPETUA, porque la causa que le sirve de base es siempre un derecho real o personal y estos se transmiten, salvo los personalísimos. Así, si fallece un arrendatario, su mera tenencia en virtud del derecho personal surgido del arrendamiento, se transmite junto a ese derecho y el heredero seguirá siendo dueño del derecho personal y mero tenedor de la cosa arrendada. Sin embargo, si por ejemplo en la misma situación el heredero cría que causante era dueño, pasará a ser poseedor y la mera tenencia se convertirá, vía prescripción adquisitiva, en dominio. Sin embargo, no es por el simple transcurso del tiempo que esto habrá ocurrido

INMUTABLE, pues la mera tenencia por regla general no se convierte en posesión (716 y 719). Nadie puede mejorar su propio título a favor de si mismo en virtud de un mero acto personal. Se dice que una aparente excepción es la del 2510 regla 3 que permite adquisición con título de mera tenencia; excepción aparente por cuanto el mero tenedor adquiere la posesión de la cosa por prescripción extraordinaria de 10 años. Se dice que en tal caso más que prescripción adquisitiva hay una prescripción extintiva del dueño. A nuestro juicio es una verdadera excepción pues a la luz del art. 2517 no hay prescripción extintiva de un derecho real sino por la prescripción adquisitiva. También se cita como excepción el caso del art. 730, es decir, el caso en que un usurpador enajene a su propio nombre. Se concilia con los arts. 682 y 683 en virtud de los cuales el adquirente por medio de la tradición adquirirá la posesión.

LA POSESIÓN NO SE TRANSFIERE, NI SE TRANSMITE.

Aunque en el Derecho Romano se admitía en la legislación chilena la posesión es un hecho y los hechos no se traspasan. Desde luego de algunas normas se desprende que no se transmite (688,722 y 717). Pero tampoco se transfiere (683,2500 y el mismo 717 que no distinguen si se refiere a actos entre vivos o por causa de muerte). Esto es muy importante porque permite “mejorar los títulos”. Por eso, hay un error de expresión en los arts. 696 y 2500, inc. 2. Esta última norma ha sido además porque da a entender que detenta a nombre ajeno, con lo que no habría posesión, sino mera tenencia.

El art. 725 da a entender que el poseedor transfiere la mera tenencia pero aquí se ha tomado la palabra transfiera en su sentido vulgar y no jurídico de entregar.

Por otra parte, el art. 919 da a entender que la posesión del heredero es la misma que la del causante. Sin embargo, son distintas y tanto así, que el art. 717 permite agregar a la posesión propia la del antecesor, o la de una serie de antecesores. Esta agregación está sujeta a dos reglas:

1. Sólo se puede añadir a la propia posesión la del antecesor o de una serie **no interrumpida** de antecesores.

2. Si se añade a la propia posesión, la posesión del antecesor o antecesores, se añade con la misma calidad y vicios. Ej. Si soy poseedor regular y mis antecesores A y B irregulares, yo puedo agregarlas, pero seré poseedor irregular. En relación a esto hay dos cosas importantes:

A. Ejercicio de la acción posesoria que permite a un poseedor que aún no tiene un año de posesión, ejercitar acciones posesorias completando el año necesario, mediante la agregación de la posesión anterior.

B. Efectos de la prescripción, para completar el tiempo necesario para ganar el tiempo dela cosa por prescripción si el actual poseedor no ha poseído en el lapso necesario.

ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PERDIDA DE LA POSESIÓN.

A este respecto hay que distinguir entre bienes muebles e inmuebles.

BIENES MUEBLES:

ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN: se requieren dos elementos: el CORPUS y el ANIMUS.

La adquisición de los bienes muebles se hará por la aprensión material de la cosa con el ánimo de señor y dueño, por lo tanto se adquiere por ocupación, los demás modos de adquirir el dominio propiamente, no sirven para adquirir la posesión.

REPRESENTACIÓN EN LA POSESIÓN.

La posesión supone un elemento de la voluntad, esto es, la intención de hacer propia las cosa, por lo mismo cabe dentro de ellas la representación. Por ello al art. 720 dice :”la posesión puede tomarse no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario o por sus representantes legales”; también se consagra implícitamente en la definición del art. 700.

El mandatario o representante legal debe ser persona capaz de adquirir la posesión para sí mismo, inc. 2 art. 723.

CAPACIDAD PARA ADQUIRIR LA POSESIÓN DE BIENES MUEBLES: no rigen al respecto las reglas generales acerca de la capacidad. Como para adquirir la posesión bastan el corpus y el animus la Ley acepta que pueda ser adquirida por incapaces, inc. 1 art. 723.

Tratándose de incapaces, con suficiente juicio, pueden hacerlo personalmente (723, inc. 1), pero sin poder ejercer sino conforme a las reglas generales, es decir, autorizados o representados, según los casos.

El art. 721 viene a reglamentar los efectos que se producen cuando la posesión es adquirida por representación, distingue dos casos:

1. Cuando se adquiere la posesión por medio de mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado comienza en el mismo acto de toma de posesión, aún sin su conocimiento.
2. No ocurre lo mismo si la toma un agente oficioso, en tal caso no es preciso que haya ratificación, pero el momento de toma de posesión se retrotrae al momento que fue tomada.

En principio no hay posesión sin corpus y animus, pero en ciertos casos se presumen estos elementos, como en la posesión legal de la herencia, que el heredero la posee desde el momento de la muerte del causante aunque ese heredero lo ignore (722).

En resumen, la posesión puede adquirirse:

- a. Personalmente.
- b. Por mandatario.
- c. Por representante legal.
- D. Por agente oficioso.

MOMENTO EN QUE SE ADQUIERE LA POSESIÓN:

A. POSESIÓN REGULAR: cuando el poseedor mismo la adquiere , desde que concurre en él la aprensión de la cosa y la voluntad o intención de dueño, art. 723 y 726.

B. CUANDO SE ADQUIERE POR MEDIO DE REPRESENTANTE LEGAL O MANDATARIO: desde que concurren en éstos la aprensión de la cosa y el ánimo o voluntad de que sea dueño el mandante o representado, conforme al inc. 1 del art. 721.

C. CUANDO SE ADQUIERE POR MEDIO DE AGENTE OFICIOSO: es decir, si el que toma la posesión a nombre de otra persona no es su mandatario, ni representante legal, aquel en cuyo nombre se toma la

posesión no la adquiere sino en virtud de su conocimiento y aceptación, pero una vez ratificado el acto del agente oficioso se considera que el poseedor es tal desde el momento en que incurrieron en aquel la aprensión y voluntad de dueño.

D. Tratándose de la posesión regular, si como antecedente de ella se invoca un título traslativo de dominio, tal posesión regular no se adquiere sino desde el momento en que se efectúa la tradición (702).

E. POSESIÓN DEL DERECHO REAL DE HERENCIA: el art. 722 establece que el heredero la adquiere desde el momento en que la herencia le es deferida aunque el heredero lo ignore. Esto no quiere decir que no se requiera el respectivo derecho real (inc. 1 art. 1225).

Tratándose de las cosas legadas, el legatario adquiere la posesión desde que concurren la aprensión de la cosa y la voluntad de señor y dueño. Es posible que adquiera el dominio por la sola sucesión por causa de muerte, tratándose de los legados de especie o cuerpo cierto.

CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN DE COSAS MUEBLES.

El poseedor de la cosa mueble retiene la posesión mientras mantiene los dos elementos que la constituyen:

A. Mientras no manifieste voluntad contraria, según se desprende del art. 725.

B. Mientras no pierda la tenencia, en razón de haber adquirido la posesión de la cosa otra persona (726).

Nótese que lo fundamental para conservar la posesión es que se mantenga la voluntad e intención de señor y dueño, poco importa que momentáneamente se pierda la tenencia material de la cosa, siempre que la cosa se mantenga a disposición del que conserva el ánimo de señor y dueño (725 Y 727). Puede agregarse que la voluntad o intención para conservar la posesión no necesita ser manifestada a cada instante; según Poitiers el ánimo es negativo y no persistente, o sea que deba manifestarse momento a momento, es más la Ley supone mientras el poseedor no manifiesta voluntad contraria o mientras otro no adquiere la posesión (inc. 1 art. 719 e inc. 3 del mismo art.).

PERDIDA DE LA POSESIÓN DE COSAS MUEBLES.

Tiene lugar en:

1. PERDIDA DEL CORPUS Y EL ANIMUS: se pierde la posesión en virtud de un acto voluntario del poseedor, en razón de faltar sus dos elementos constitutivos, ello ocurre cuando:

A. El poseedor abandona la cosa al primer ocupante (*res derelictae*).

B. Cuando el poseedor transfiere la cosa a otro. Ej. Vende y hace la tradición de la misma.

2. PERDIDA DEL CORPUS SOLAMENTE: en éste caso sólo se pierde la posesión cuando la pérdida del corpus coloca al poseedor en imposibilidad de ejercitar actos de dueño respecto de la cosa. Ello ocurre:

A. Cuando otro se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya y adquiere la posesión (726 y 2505 N° 2).

B. Mercaderías que se arrojan al mar, conforme a las reglas del derecho marítimo (inc. final 624).

C. Especies al parecer perdidas en forma de no encontrarse bajo el poder del poseedor, conforme a los arts. 629 a 632.

D. Cuando sin pasar la posesión a otras manos se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios. Ej. Los animales bravíos que recuperan su libertad o la heredad que permanece permanentemente inundada (608 inc.2 y 619; N°1 art. 2502).

Si el poseedor no se encuentra en la imposibilidad de ejercer actos de dueño y la cosa se encuentra aún bajo su dependencia no se pierde la posesión por la sola pérdida del corpus (725 y 727).

3. ÚNICAMENTE POR PÉRDIDA DEL ÁNIMUS: siempre se pierde la posesión aunque se retenga la tenencia material, es lo que ocurre en el constituto posesorium N°5, segunda parte art. 684.

En caso de perderse el corpus el poseedor puede entablar las acciones que le correspondan para recuperar la posesión arts. 731 y 2502 N°2 inc. 2.

BIENES INMUEBLES.

ADQUISICION, CONSERVACION Y PERDIDA DE LA POSESIÓN.

Hay que distinguir entre inmuebles inscritos y no inscritos.

ADQUISICIÓN, PERDIDA Y CONSERVACIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS:

A. ADQUISICIÓN:

En general son aplicables las disposiciones para los bienes muebles, en consecuencia se adquiere la posesión con el corpus y el animus. Lo anterior resulta de la regla general del art. 726, según el cual se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya y lo mismo se consagra en materia de inmuebles en el art. 729.

No existe duda acerca de lo expuesto cuando se invoca como antecedente de la posesión un título constitutivo. Respecto de la ocupación jurídicamente una persona puede apoderarse de un inmueble no inscrito, pero no puede adquirirlo por ocupación, conforme al art. 590.

Tratándose de la accesión el que posee un inmueble no inscrito se hace poseedor del terreno que accede a él. Esta posesión seguirá la suerte de la posesión del inmueble al cual accede y no requiere de inscripción.

La controversia se ha promovido y subsiste en caso que se invoque un título traslativo de dominio como antecedente de la posesión. Ej. Compraventa, donación ,etc. Todos están de acuerdo que para adquirir la posesión regular del inmueble no inscrito es necesaria la inscripción, porque ésta es la manera de hacer la tradición, además de cumplir con las formalidades del art. 693 del CC.

Se discute en cambio, si es necesaria la inscripción para adquirir la posesión irregular de tal inmueble no inscrito. Al respecto se han creado distintas teorías:

1. Don Humberto Trucco, Luis Claro Solar y don Pedro Lira han sostenido, entre otros, que es necesaria la inscripción ya que conforme al art. 724 si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el CBR, nadie podrá adquirir la posesión de ellas sino por éste medio, en

consecuencia el art. 724 no distingue entre posesión regular e irregular. Además sostienen estos profesores que ésta es la única doctrina que puede hacer posible la aspiración del Mensaje en el sentido de hacer sinónimos los términos inscripción, posesión y dominio.

2. Don José Clemente Fabres, don Carlos Aguirre Vargas y don Leopoldo Urrutia han sostenido que tratándose de inmuebles no inscritos para adquirir la posesión irregular no es necesaria la inscripción, aunque como antecedente se invoque un título traslativo de dominio. El profesor De la Maza se adhiere a esta doctrina sosteniendo que para acreditar su veracidad basta tener presente que la posesión irregular es la que carece de uno o de todos los requisitos de la posesión regular entre los cuales se cuenta la tradición si el título es traslativo de dominio. Agrega además que lo mismo indica el buen sentido, ya que si una persona sin invocar título alguno puede adquirir la posesión de un inmueble no inscrito mediante el apoderamiento material de él con ánimo de hacerlo suyo, no se divisa como negarle tal adquisición si además del apoderamiento y del ánimo de dueño invoca además un título. Para rebatir esto se dice que el art. 724 sólo se refiere a los inmuebles no inscritos, ya que de lo contrario estaría en abierta oposición con los arts. 726 y 729. (En el mismo sentido, RDJ T. 13, Sección 1ª, p. 465 y RDJ T. 60, Sección 1ª, p. 403).

En resumen, los que opinan que hay necesidad de una inscripción alegan principalmente:

1º El art. 724 no distingue entre posesión regular e irregular.

2º El ideal expresado en el Mensaje en que posesión y dominio lleguen a ser lo mismo sólo se cumpliría con la exigencia de inscripción para adquirir la posesión irregular de un inmueble no inscrito si se acompaña un título traslativo de dominio.

3º El art. 729 habla de pérdida de la posesión y no de su adquisición.

Los que opinan lo contrario contraargumentan:

1º Que si bien el art. 724 no distingue hay que armonizarlo con el art. 729.

2º Que el art. 729 al decir que la posesión se pierde por el apoderamiento material, implícitamente dice que por el otro se adquiere.

Se suman a estos, los argumentos del profesor De la Maza.

En caso de que se invoque como antecedente de la posesión la sucesión por causa de muerte, el profesor De la Maza cree que los herederos adquieren la posesión de los inmuebles no inscritos comprendidos en la herencia mediante la sola aprehensión material con ánimo de señor y dueño. No parece posible que puedan encontrarse en peor situación que un tercero cualquiera al cual los arts. 726 y 729 le permitirían adquirir la posesión en dicha forma; cosa distinta es que para disponer de esos inmuebles necesitan practicar las inscripciones del art. 688.

Cabe agregar que de acuerdo a la jurisprudencia, la inscripción -para generar posesión- debe sustentarse en la realidad de la posesión material: si quien obtuvo la inscripción de un inmueble no inscrito no estaba en posesión material al tiempo de inscribir, la inscripción será "de papel", incapaz de generar la adquisición de la posesión (RDJ T. 46, Sección 1ª, p. 499).

B. CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS:

El poseedor sólo conserva la posesión mientras mantenga los dos elementos que la constituyan, o sea, rigen las mismas reglas respecto de la conservación de la posesión de los bienes muebles:

A. Que no se pierda la tenencia del inmueble: por haber entrado en posesión otra persona, art. 726 y 729.

Si la pierde transitoriamente por haber entregado la tenencia a otro, pero reconociendo éste el carácter de dueño del poseedor no pierde la posesión. Art. 725.

B. Que no pierda la voluntad de dueño y señor respecto del inmueble, como ocurre cuando manifiesta su intención de dejar de ser dueño, transfiriendo el inmueble a otro abandonándolo al primer ocupante.

C. PERDIDA DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS:

Se aplican las mismas reglas de la pérdida de la posesión de los bienes muebles.

1º Cuando se pierde el corpus y el ánimo, ello ocurre cuando el poseedor transfiere y entrega el inmueble a otro y cuando el poseedor abandona el cuerpo al primer ocupante.

2º Cuando se pierde el corpus, lo que ocurre cuando otro entra a ocupar el cuerpo con ánimo de señor y dueño.

3º Cuando sólo se pierde el ánimo, el poseedor enajena el inmueble, pero reservándose el uso y goce de éste, es decir, la mera tenencia, todo en el mismo título.

Pero no pierde su posesión el poseedor de un inmueble no inscrito si otro lo inscribe a su nombre sin adquirir la posesión material, ya que tratándose de inmuebles no inscritos la posesión material es determinante. En este caso, el adquirente del inscrito no ha adquirido posesión alguna (RDJ T. 14, Sección 1ª, p. 229)

INMUEBLES INSCRITOS:

A. ADQUISICIÓN:

Para establecer como se adquiere la posesión de ellos, es necesario distinguir el título o antecedente que invoca el poseedor:

1º Si se invoca el simple apoderamiento material más la intención de hacer suya la cosa no se adquiere la posesión regular e irregular, conforme al inc.

2º del art. 728 que expresa que “mientras subsista la inscripción que se apodera de la cosa a que se refiere el título no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente”. Lo mismo demuestran a contrario sensu los arts. 729 y parte final del 726.

2º Si se invoca la accesión normalmente adquirirá la posesión y el dominio sin necesidad de inscripción y aún puede adquirir solamente la posesión sin inscripción como en el caso del art. 652.

3º Si se invoca la sucesión por causa de muerte nos parece que no adquiere posesión sino mediante las inscripciones del art. 688 respecto de los inmuebles inscritos a nombre del causante. Ello porque mientras subsiste la inscripción de éste, el causante continúa como poseedor, representado por los herederos. Apoyan lo que hemos afirmado el inc. 2º del art. 728 y 696.

4º Si se invoca un título traslativo de dominio, no cabe duda que no puede adquirirse posesión regular sin inscripción, puesto que ésta es la manera de efectuar la tradición y sin tradición no se adquiere posesión regular sin necesidad de nueva inscripción.

José Clemente Fabres y Carlos Aguirre Vargas han sostenido que aún tratándose de un inmueble inscrito es posible adquirir posesión irregular sin necesidad de nueva inscripción. Se basan en el art. 708 y en el art. 2510, según el cual tratándose de la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno y si ni siquiera es título alguno con mayor razón no sería necesaria la tradición que supone la existencia de un título que inscribir. El profesor De la Maza, siguiendo a Trucco, Claro Solar, Alessandri y Lira, sostiene que la inscripción es necesaria incluso para adquirir la posesión irregular de un inmueble inscrito a nombre de otro y sostiene lo siguiente:

1º Porque el art. 724 no distingue entre posesión regular e irregular.

2º Porque subsistiendo la inscripción no cesa la posesión del poseedor a cuyo nombre está inscrito el inmueble aunque otros se apoderen materialmente de éste (728, inc. 2º).

3º Porque así resulta del art. 729 interpretado a contrario sensu.

4º Porque así resulta del art. 2505 que se aplica a ambas clases de prescripción. Ella exige, para que pueda haber prescripción contra título inscrito, una nueva inscripción lo que implica que nadie pueda adquirir posesión regular o irregular sin ésta nueva inscripción.

5º Porque así resulta del Mensaje (posesión, dominio e inscripción es una sola).

INSCRIPCIÓN ES REQUISITO DE LA POSESIÓN.

1º Tratándose de inmuebles no inscritos: no puede adquirirse posesión regular sin inscripción, siempre que se invoque un título traslativo de dominio. Se discute respecto de la posesión irregular se requiere o no de inscripción.

2º Tratándose de inmuebles inscritos: no puede adquirirse posesión regular o irregular sin nueva inscripción (724). Sin embargo, para adquirir la posesión de un inmueble inscrito no basta con la inscripción. Ella debe ser el reflejo de una posesión material. Así pues, si se inscribe un inmueble poseído materialmente desde mucho antes por otro -prescripción extraordinaria para la cual no es necesario título alguno-; ese sólo hecho no significa adquirir la posesión: sería una inscripción de papel: una pura ficción sin valor legal eficaz. (RDJ T. 67, Sección 2ª, p. 153).

Pero hay excepciones. Así por ejemplo, en la expropiación, es la ley la que juega el doble rol de título y modo de adquirir y no se necesita la inscripción / tradición. La escritura que exige el Código de Procedimiento Civil no es requisito ni formalidad del acto sino que busca evitar soluciones de continuidad en las mutaciones de la propiedad inmueble. En la actual Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones (D.L. N° 2186, de 1978), aplicable a toda expropiación por causa de utilidad pública, se dispone que el dominio y posesión legal del bien expropiado quedan radicados de pleno derecho y a título originario en el patrimonio del expropiante una vez pagado al expropiado o consignado a la orden del tribunal el total o la cuota de contado de la indemnización convenida o de la provisional si no hubiere

acuerdo (art. 20 inc 1º del DL 2186). El Conservador inscribirá el inmueble a nombre del expropiante a requerimiento de éste, con la sola presentación de copia autorizada de la escritura pública de acuerdo, y a falta de acuerdo, con la sola presentación de una copia del acuerdo expropiatorio, del Diario Oficial en que consta la notificación del mismo y de un certificado del secretario del tribunal e que conste la resolución ejecutoriada que ordenó la entrega material y cancelará de oficio las inscripciones vigentes (art. 20 y 22 del DL N° 2186).

Otro caso en que no es necesaria la inscripción lo encontramos en la recepción que el Director de Obras Municipales hace de terrenos urbanizados en un loteo: las extensiones destinadas a áreas verdes pasan a ser bienes nacionales de uso público y se extingue la posesión particular (art. 116 del DS N° 880 -D Oficial 16.05.63- en relación al DL N° 25 y el DL N° 1289). En tal caso el título y el modo de adquirir es la ley (RDJ T. 49, Sección 1ª p. 307).

B. CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS INMUEBLES INSCRITOS:

Art. 728 CC: la posesión la conserva el poseedor inscrito mientras subsista la inscripción, es decir, mientras esta no se cancele por alguno de los medios legales.

Los medios para cancelar la posesión:

A. Voluntad de las partes. Ej. Si vendedor y comprador acuerdan dejar sin efecto la compraventa del inmueble y consecuentemente la inscripción a nombre del comprador restableciendo la del vendedor.

B. Por decreto judicial. Ej. En virtud de la sentencia que acoge una demanda reivindicatoria en contra del poseedor inscrito y que ordena cancelar la inscripción de este.

C. Por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro. Este es el caso más frecuente y consiste en que el poseedor inscrito enajena el inmueble a título respectivo a su nombre.

Estas son las formas de cancelación de posesión inscrita, que se encuentran establecidas en el art. 728 CC. Una simple usurpación no genera ningún efecto frente a un dueño inscrito y el dueño puede pedir en sede criminal y por vía incidental el desalojo conforme al art. 10 del CPP (RDJ T. 69, Sección 4ª, p. 98 y RDJ T. 61, Sección 4ª, p. 49).

Según el art. 728, mientras subsista la inscripción, el que se apodera del inmueble a que se refiere el título inscrito no adquiere posesión de él ni pone fin a la posesión existente. Esto no debe ser entendido como que la inscripción simboliza a todo evento la existencia de una posesión. Puede que tras ella no haya una posesión material y en tal caso la inscripción nada significa. No todo poseedor material no inscrito se encuentra en una misma posición frente al poseedor inscrito: no es lo mismo el que adquiere posesión material con posterioridad a la inscripción que el que tenía la posesión material con anterioridad.

En términos simples, entonces, el art. 728 establece que el poseedor inscrito está amparado de perder la posesión por actos de apoderamiento material. Sin embargo, en este punto han surgido dos grandes tendencias. Una primera tendencia, ve en la inscripción un *simbolo* que compendia el

corpus y el animus conforme al art. 700; sin concebirse frente a ella posesión material alguna que -con o sin inscripción- pueda oponerse a la posesión inscrita anterior. Una segunda tendencia ve en la inscripción sólo una *garantía* en cuanto es el medio adquisitivo de la posesión y solemnidad de un hecho real (posesión material); pero que sin corpus ni animus es un papel que nada solemniza ni asegura.

Compartimos esta segunda tendencia. La inscripción a nuestro juicio es garantía frente a los actos de apoderamiento físico. Pero cuando la inscripción no coincide con la situación real posesoria, existiendo una posesión material unida a título inscrito en otro titular; o si dicha posesión material es anterior en el tiempo a la inscripción; o si la inscripción simplemente no corresponde a la realidad o es nula, surge la *necesidad* de calificar jurídicamente su valor atributivo de posesión. Es la tendencia actual de la jurisprudencia (RDJ T. 78, Sección 2ª, p. 136, -C de Concepción 31.08.81- y Sección 1ª, p. 5 -C.S. 12.01.81-; RDJ T. 82, Sección 2ª, p. 67 -C. de Pedro Aguirre Cerda, 10.06.85).

C. CANCELACIÓN DE LA POSESIÓN DE INMUEBLES INSCRITOS:

La inscripción se cancela por una nueva inscripción. ¿Es necesario que el título en que se base la inscripción sea un título justo?

Ej. si yo me hago pasar por mandatario sin serlo del poseedor inscrito y obrando a su nombre transfiero el inmueble ¿la inscripción en este caso basta para cancelar la inscripción anterior?

Siguiendo a Alejandro Lira y a A.Alessandri la mayoría se inclina por la afirmativa en relación a los siguientes argumentos:

1º Tanto los títulos justos como los injustos autorizan para poseer. Lo que sucede es que en virtud de los primeros se adquiere la posesión regular y de los segundos la posesión irregular.

2º El art. 728 no distingue si la nueva inscripción se hace en virtud de un título justo o injusto.

3º El art. 2505 autoriza para prescribir contra títulos inscritos y tampoco distingue entre los títulos injustos o justos.

4º La inscripción es requisito y garantía de la posesión de los inmuebles inscritos, pero no garantiza ni el dominio ni que la posesión de su titular sea regular.

PERDIDA DE LA POSESIÓN DE INMUEBLES INSCRITOS:

Sólo se pierde la posesión inscrita con la cancelación conforme al art. 728, Inc. 1º. La forma más frecuente es la de una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro. En tal caso la cancelación se produce en virtud de la nueva inscripción sin que sea necesario para ello la cancelación (nota de referencia), que es una obligación administrativa del Conservador pero su omisión no hace ineficaz la cancelación de la inscripción. (RDJ T. 84, sección 5ª, p. 308 y T. 21, sección 1ª, p. 351).

Pero en cambio si la cancelación nace de voluntad de las partes (resciliación) o de decreto judicial, la inscripción sólo se cancela en virtud de la subinscripción (RDJ T. 39, sección 2ª, p. 65).

Si vendido un inmueble y seguido juicio por el vendedor contra el comprador se transige el juicio volviendo la propiedad a dominio del vendedor, hay un nuevo título -título traslativo de dominio-, por lo que debe practicarse una nueva inscripción, sin que baste subinscribir (RDJ T 13,

Sección 1ª p. 471). Distinto es el caso de una resciliación, caso en el cual basta con la cancelación para que el título resciliado cobre vigencia.

Es además importante destacar que la nulidad de un título significa la nulidad de la inscripción, pero esta última debe ser declarada. Y declarada la nulidad de una inscripción no alcanza esa declaración a las inscripciones subsecuentes si no ha habido juicio respecto a ellas (RDJ T. 29, Secc 1ª p. 273 y Revista de Univ. de Concepción N° 43/44, p. 115).

Cuando se deja sin efecto una inscripción por decreto judicial, este último debe ser efecto de una sentencia definitiva en juicio seguido contra legítimo contradictor no siendo suficiente una gestión no contenciosa (F. Del M. N° 162, p. 72)

SIMPLE APODERAMIENTO MATERIAL:

No hace perder la posesión al titular de la inscripción que poseía el inmueble, se ha sostenido sin embargo que tal apoderamiento constituiría un caso de interrupción natural de la posesión, conforme al N°1 DEL ART. 2 por haberse hecho imposible para el poseedor inscrito el ejercicio de actos posesorios.

Ello implicaría que a lo menos momentáneamente cesaría la posesión del poseedor inscrito y simultáneamente adquiriría la posesión irregular el que se apoderó materialmente del inmueble, ya que tratándose de la posesión irregular no es necesario título ninguno.

La mayoría de nuestros autores no acepta la doctrina anterior en atención a las siguientes razones:

1º El art. 2502 N°1 supone que no ha entrado a poseer la cosa otra persona, puesto que comienza diciendo que existe interrupción natural cuando sin haber pasado la posesión a otras manos se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, en consecuencia no incluye el caso del simple apoderamiento material.

2º Porque el inc. 2º del art. 728 es terminante en ordenar que el simple apoderamiento material del inmueble inscrito no hace perder la posesión que tiene el titular de la inscripción.

3º Porque lo mismo se desprende del art. 729 a contrario sensu.

4º El art.2505 es terminante en el sentido de que no puede adquirir por prescripción contra título inscrito, salvo que se obtenga una nueva inscripción.

Por consiguiente el simple apoderamiento material de un inmueble inscrito aunque se realice con la intención de hacerse dueño no hace perder su posesión al titular de la inscripción.

USURPADOR QUE ENAJENA A SU NOMBRE.

Art. 730, inc.1º:” Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro la usurpa dándose por dueño de ella no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra...”. Esto reafirma el carácter indeleble de la mera tenencia.

El inc. 1º agrega “... a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la posesión anterior”, viene a confirmar la norma acerca de que la tradición hecha a quien no es dueño es válida (682 y 683).

En este caso el adquirente puede adquirir incluso la posesión regular, porque su posesión comienza en él y de reunir además, todos los requisitos necesarios.

Faltando cualquiera de los requisitos pasará a ser poseedor irregular. La regla anterior sólo se aplica respecto de los bienes muebles e inmuebles no inscritos; respecto de los bienes inmuebles inscritos se rigen por el inc. 2º. Ahora bien, el usurpador que enajena a su propio nombre el inmueble no inscrito debe haber tenido la posesión material pues si no la ha tenido, y aunque el adquirente inscriba, no confiere posesión al adquirente ni pone fin a la verdadera posesión anterior (RDJ T. 56, Sección 1ª, p. 75 y RDJ T. 46, Sección 1ª, p. 499).

De acuerdo a la doctrina que ve en la inscripción sólo un “símbolo” de la realidad posesoria, el art. 730 inc 2º del Código queda reducido en su aplicación a los siguientes casos: a) Cuando el título del adquirente fuese injusto por suplantación del poseedor inscrito; cuando el poseedor inscrito ratifica la enajenación del usurpador y

COMPETENTE INSCRIPCIÓN.

Se sostuvo en un comienzo que inscripción competente es la que realmente emana del título de la inscripción anterior, fundándose en el inc.1º del art. 728, que establece las tres formas de cancelar una inscripción vigente.

La Corte Suprema por medio de algunos fallos se pronunció a favor.

Posteriormente los profesores A.Alessandri y Alejandro Lira sostuvieron que competente inscripción es la que tiene cualquier vínculo con la inscripción anterior. Podría ser tal entonces, la efectuada en virtud de un título injusto, pero que se haga pasar por un justo título.

Don Luis Claro Solar y principalmente Enrique Dávila y Oscar Rossel han sostenido que competente inscripción es la practicada conforme a las disposiciones del Reglamento del Conservador, aunque carezca de todo vínculo legítimo o ilegítimo con la inscripción anterior. El principal argumento de la teoría que sostiene don Arturo Alessandri es que si la nueva inscripción anterior es imposible mantener la historia de la propiedad raíz. Además el art. 692 del CC y el art. 80 del R. del CBR exigen que en la nueva inscripción se haga referencia a la anterior.

El principal argumento de la doctrina de Dávila consiste en que el inc. 2º del art. 730 es una excepción al inc. 1º del art. 728, excepción que vendría a quedar sin efecto si se exige el vínculo entre ambas inscripciones.(Las 2 últimas son las que se han aplicado últimamente).

Jurisprudencia: “La competente inscripción a que alude el inc 2º del art. 730 es la que se practica con los requisitos exigidos por el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces. Una inscripción practicada por avisos y cartel (art. 693 y 696) es válida si bien no transfiere el dominio (RDJ T. 67, Secc 1ª, p. 271). Para otros, es nula por infringirse los arts 690, 692, 693 y 728 en relación con los arts 57 y 58 del Reglamento (RDJ T. 44, Sección 1ª, p. 261).

INSCRIPCIÓN ES GARANTÍA DE LA POSESIÓN.

De acuerdo a los arts. 728, 730 y 2505 la posesión inscrita se conserva mientras subsista la inscripción, o sea, mientras no sea reemplazada por una nueva inscripción competente.

INSCRIPCIÓN DE PAPEL: es aquella que no corresponde ni ha correspondido nunca a una inscripción posesoria. En nuestra legislación es evidente que no se exige para que exista posesión del titular de la inscripción que ésta sea siempre acompañada de la tenencia material del inmueble, puede darse el caso que alguien se apodere materialmente de un inmueble cuyo título está inscrito circunstancia que no hace perder la posesión al titular de la inscripción, conforme al art. 728, inc.2º.

Es evidente también que una simple inscripción cuyo titular no ha tenido nunca la tenencia material del inmueble no corresponde a una realidad posesoria que carece de todo valor.

CASOS DE INSCRIPCIÓN DE PAPEL.

1º Cuando se trata de un inmueble no inscrito cuya posesión tiene determinada persona y un tercero obtiene inscripción a su nombre.

La Corte Suprema ha declarado en éste caso que la inscripción no tiene valor alguna, ya que no existiría una posesión material ni ánimo de tenerla, conforme a los arts. 726 y 729(no corresponde a una realidad posesoria).

2º Cuando se trata de un inmueble inscrito se acepta que la posesión del titular de la inscripción no se pierde por el hecho de que un tercero inscriba el inmueble a su nombre, para ello es necesario conforme al inc.2º del art. 730 que previamente se usurpe el inmueble, es decir, que se apodere de él y que a su propio nombre lo enajene a un tercero, solamente en este caso el tercero adquirirá la posesión por la competente inscripción.

La posesión del titular de una inscripción no se pierde, sino en virtud de las cancelaciones indicadas en el inc.1º del art. 728 e inc. 2º art. 730.

3º No es inscripción de papel la nueva inscripción correspondiente a una actividad posesoria que tiene menos de un año, pero puede ser objetada como si lo fuera, conforme a los arts. 924 y 925 del CC.

PRUEBA DE LA POSESIÓN.

No existe ningún problema tratándose de los bienes muebles e inmuebles no inscritos, porque la posesión constituye un hecho y por lo mismo puede ser probada por cualquier medio de prueba que establece la Ley.

No constituye problema la prueba del corpus y respecto del ánimos habrá que probar la realización de actos respecto de la cosa que permitan inducir la intención o ánimo de señor o dueño por parte de quién lo realiza (art. 925).

La Ley establece una serie de presunciones respecto de la posesión:

1º Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que ésta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega, conforme al inc. 1º del art. 719, la parte contraria deberá demostrar que la posesión se transformó en mera tenencia o que el poseedor se transformó en mandatario suyo para poseer conforme al art. 720.

2º Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas, al mandatario o representante

legal le corresponderá probar que la posesión a nombre ajeno se transformó en posesión a nombre propio, inc.2º art. 719.

3º Si alguien prueba haber poseído anteriormente y posee actualmente se presume la posesión en el tiempo intermedio, inc. 3º art. 719 concordado con el art. 731.

LA PRESCRIPCIÓN. Art. 2492.

Es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales, conforme al inc.1º del art. 2492.

El código define conjuntamente la prescripción adquisitiva o *usucapion* y extintiva o *deliberatoria*.

La base de la prescripción adquisitiva es la posesión no interrumpida de la cosa durante cierto tiempo.

La base de la prescripción extintiva es la inacción del acreedor durante cierto tiempo.

En derecho, como ya vimos, existen dos clases de prescripción, la adquisitiva y la extintiva que nuestro Código define conjuntamente en el artículo ya estudiado.

Los comentaristas han discutido bastante acerca de la conveniencia de un tratamiento conjunto o separado de ambas; los elementos comunes de lapso de tiempo e inactividad del titular del derecho, así como algunas reglas comunes, por una parte, y las distintas funciones de cada una, por otra, intervienen en la discusión; se ha aconsejado, por ejemplo que la adquisitiva se reglamente entre los modos de adquirir el dominio y la extintiva entre los modos de extinguir las obligaciones, doctrina que seguiremos en este curso.

En cuanto a la ubicación del tema al final del Código, los autores nacionales tienen dada como explicación el modelo francés y el carácter consolidador de derechos que exhibe la prescripción como para concluir la obra codificadora.

FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN.

Se ha señalado que la prescripción en el fondo es una institución inmoral, por cuanto tiende al desconocimiento de los derechos del propietario o del acreedor; no obstante ha sido indispensable establecerla como medio de consolidar ciertas *situaciones de hecho* mantenidas durante largos años.

En el fondo la prescripción es una forma de dar estabilidad a los derechos y de sancionar al acreedor negligente que no ejercita sus derechos; se ha señalado además que es una institución que hace posible el progreso.

REGLAS GENERALES A TODA PRESCRIPCIÓN:

1º NECESIDAD DE ALEGARLA: se encuentra establecido en el art. 2493.

La prescripción puede alegarse como acción en un juicio ordinario, o bien como excepción conforme a las reglas del art. 310 del CPC.

El juez no puede decretarla de oficio, porque la prescripción es una facultad de la persona de ejercerla o no ejercerla.

¿Es necesaria una declaración judicial, o bien la prescripción opera de oficio?. Evidentemente que desde el momento que la Ley dice que hay que alegarla es necesaria una sentencia judicial, pero sólo viene a constatar los requisitos de la prescripción, pero ella ya ha producido efectos.

Por excepción hay casos que el juez puede declararla de oficio, estos son:

A. En materia de prescripción adquisitiva sólo existe el caso contemplado por la Ley salitrera de 1907, según interpretación de la Corte Suprema.

B. En materia de prescripción extintiva existen dos casos:

- La prescripción del carácter ejecutivo de un título conforme al art. 442 CPC.

- La prescripción de la acción penal y de la pena.

Se ha discutido, sin embargo el carácter de prescripción o caducidad, en especial en el primer caso.

2º QUE NO HAYA SIDO RENUNCIADA: art. 2494. Puede la prescripción ser renunciada expresa o tácitamente, pero sólo después de cumplida.

La renuncia será expresa cuando se hace en términos claros o explícitos, por ej. Diciéndolo así en el escrito presentado al Juzgado.

Será tácita cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o acreedor, inc.2º art. 2494.

RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN POR EL REPRESENTANTE.

¿Puede el representante legal renunciar a la prescripción adquisitiva o extintiva que ha corrido en favor del representado?. Según el profesor Somarriva se debe distinguir entre bienes muebles o inmuebles, respecto de los cuales el representante no podrá renunciar a la prescripción sino con autorización judicial porque sólo puede renunciar a la prescripción el que tiene la voluntad de enajenar, pero los muebles podrá enajenarlos libremente, ya que esa es la regla general.

El art. 2495 dice que no puede renunciar a la prescripción sino el que puede enajenar.

3º PERSONAS QUE PUEDEN PRESCRIBIR Y CONTRA LAS CUALES SE PUEDE PRESCRIBIR: ART. 2497 CC.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.

DEFINICIÓN: De acuerdo al art. 2492 la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir las cosas ajenas por haberse poseído las cosas durante un cierto lapso y concurriendo los demás requisitos legales.

CARACTERÍSTICAS DE LA PRESCRIPCIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR.

1º MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO. La prescripción sirve para adquirir el dominio y los demás derechos reales que recaen sobre ella, a excepción de las servidumbres discontinuas de toda especie y las continuas inaparentes. En consecuencia, no sirve para adquirir los derechos

personales. Es originario, entre vivos, gratuito y generalmente a título singular.

2º DE LAS COSAS AJENAS. Esta es la diferencia fundamental con la ocupación, el fundamento de ambas instituciones es la posesión, pero la ocupación recae sobre cosas que no pertenecen nadie; en cambio, la prescripción recae sobre cosas ajenas.

3º POR HABERSE POSEÍDO LAS COSAS. Fundamento es la posesión. Si la posesión es regular tiene lugar la prescripción ordinaria y si es irregular tiene lugar la prescripción extraordinaria.

4º DURANTE CIERTO LAPSO DE TIEMPO. El tiempo varía, depende de la clase de prescripción, si es ordinaria o extraordinaria o según la naturaleza de las cosas que se puedan adquirir por prescripción.

5º CONCURRENCIA DE LOS DEMÁS REQUISITOS LEGALES. La prescripción necesita ser ininterrumpida, no haberse suspendido, además de los requisitos legales de que sea alegada y que no haya sido renunciada.

REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN.

1º Que la cosa sea susceptible de adquirirse por prescripción.

2º Que la cosa haya sido poseída.

3º Que la posesión sea ininterrumpida.

4º Que la posesión haya sido continuada es decir, que haya durado el tiempo señalado por la Ley.

1º QUE LA COSA SEA SUSCEPTIBLE DE ADQUIRIRSE POR PRESCRIPCIÓN. Se trata más bien de un supuesto para que la prescripción opere. A este respecto debe observarse que el antecedente básico lo impone la posesión:

Si la cosa no es susceptible de posesión, no podrá adquirirse por prescripción. Luego la regla general es que todas las cosas que puedan poseerse, pueden ser adquiridas por prescripción. La duda surge si se pretende tener esta como regla absoluta; ¿es concebible la posesión, con la imposibilidad de ganar por prescripción?. Pareciera que sí, en casos de una disposición particular que sólo impida precisamente la prescripción (permanecerán en ese caso otras ventajas de la posesión; el caso pudiera ser el de las servidumbres discontinuas y las continuas inaparentes, art. 917 CC).

PRESCRIPCIÓN ENTRE COMUNEROS: tanto en la doctrina universal como entre nosotros, es antigua la discusión de si es posible o no la prescripción entre comuneros; queda dicho que nuestros textos no solucionan el problema expresamente.

Para mayor claridad conviene aislar la situación del que adquiere la cosa común de manos de un comunero, que la vende dándose por dueño exclusivo; el adquirente (comprador) no adquiere más derechos que los que tenía su causante, por lo que se hace dueño sólo de la cuota de éste, pasando a ser comunero con los demás, pero la venta de cosa ajena es válida y él ignorando la existencia de la comunidad, posee toda la cosa exclusivamente; parece no haber inconveniente en ello y puede llegar a

adquirir el dominio exclusivo por prescripción, incluso ordinaria. La doctrina generalmente lo acepta.

El problema es más agudo tratándose de comuneros que lo son inicialmente.

Se ha negado la prescripción entre comuneros, fundándose en la imprescriptibilidad de la acción de partición (art. 1317); en la falta de exclusividad de la posesión ya que cada uno posee toda la cosa; en antecedentes históricos, ya que Bello en algunos proyectos permitía expresamente la posibilidad, que en definitiva no quedó, etc. Y en contrario se ha sostenido que es posible, ya que el art. 1317 permite pedir la partición, siempre que exista comunidad, lo que no impediría esta solución; sobre todo porque no hay porqué rechazar el evento de que un comunero cambiando las circunstancias y con un cambio de actitud empiece a poseer exclusivamente (regla 3ª, art. 2510); esto mismo mueve a proteger al comunero que efectivamente labora por largo tiempo la cosa común mientras los otros se han desentendido de ella.

La jurisprudencia nacional se ha inclinado ostensiblemente por negar lugar a la prescripción entre comuneros y de aceptarse, generalmente se requerirá de prescripción extraordinaria.

2º QUE LA COSA HAYA SIDO POSEÍDA.

Rigen al respecto las reglas relativas a la posesión y que se vieron en su oportunidad. El código señala además ciertas reglas posesorias al tratar de la prescripción, que también fueron vistas. Sólo resta mencionar la que señala respecto de los llamados *actos de mera facultad y de mera tolerancia*. Art.2499.

Puede resultar dudosa en ciertos casos la calificación de un acto como de mera facultad o tolerancia, en lugar de acto posesorio propiamente; es cuestión de hecho que habrá de analizarse en el contexto de la situación práctica, considerando la conducta del dueño y de su contrincante, la magnitud objetiva de tales actos, su frecuencia, exclusividad, publicidad, etc.

3ºQUE LA POSESIÓN SEA ININTERRUMPIDA.

Interrupción de la prescripción: es la pérdida del tiempo corrido para ganar por prescripción, en virtud de un acto al que la Ley le atribuye ese mérito, acaecido antes de que el lapso para prescribir se cumpla.

El Código distingue la interrupción natural y la civil art. 2502 y siguientes.

A. INTERRUPCIÓN NATURAL: (2502); es de esta clase si el hecho interruptivo, por su naturaleza material, impide seguir poseyendo; están señaladas las situaciones y sus efectos.

LA PRIMERA: "Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido inundada".

Debe relacionarse con lo prescrito en la accesión (653);se ha discutido el problema de si tiene aplicación tratándose de los inmuebles inscritos; una vez más aquí la solución la decide la posición que se adopte respecto del valor de la inscripción como símbolo de posesión.

LA SEGUNDA: "Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona". Debe relacionarse la regla con la recuperación de la posesión (art. 731 y título de las acciones posesorias); y, desde luego, para resolver si en un caso determinado se está ante esta situación de interrupción, tratándose de inmuebles el tema se relaciona con las controversias sobre adquisición y pérdida de la posesión y los preceptos pertinentes.

Inscrito el título de dominio por un demandante, desde esa fecha se interrumpió la posesión meramente natural de demandado, por haber entrado en ella otra persona, con los derechos que atribuyen los arts 686, 724 y 728 del CC siempre y cuando la inscripción practicada por el demandante significó pérdida de posesión material para el poseedor no inscrito (RDJ T. 22, Sección 1ª, p. 978 y RDJ T. 58 Sección 1ª, p. 371). Es decir, el Tribunal debe hacer un exámen calificadorio de ambas posesiones.

B. INTERRUPCIÓN CIVIL: (art. 2503); la define como todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor. Esto significa la cesación de la pasividad del sujeto en contra de quien se prescribe.

Precisando sus características, los tribunales han puntualizado que se trata del ejercicio de una acción, de un juicio y no produce el efecto de interrumpir, una pura gestión no contenciosa o extrajudicial. Ningún efecto produce una demanda intentada después que el plazo de prescripción ya se ha cumplido. Interrumpe la prescripción la demanda intentada ante tribunal incompetente. La idea más persistente en estas decisiones parece ser la de que se ha de atender a la intención de la persona contra la que se prescribe, manifestada con evidencia, de protestare contra del prescribiente para el mantenimiento de su derecho.

EFECTOS: según ha quedado dicho en el concepto, por la interrupción se pierde todo el tiempo que se llevaba poseyendo, con la notable excepción del art. 2502, N°1 (ART. 2502); se recuerda una vez más que en el caso del art. 2502 N°2, puede tener aplicación el art. 731.

Respecto de la interrupción civil debe tenerse presente que en ciertos casos, aún cuando se actuó judicialmente, no queda interrumpida la prescripción (art. 2503); no debe olvidarse tampoco la especial regla del art. 2504.

En cuanto al campo de aplicación de la interrupción, no hay duda que tiene vigencia no sólo para la prescripción ordinaria, sino también extraordinaria (la ubicación de estas reglas, antes de la distinción entre ambas, enunciada en el art. 2506, y la misma regla del art. 2510 llevan a esa conclusión; no hay razón, por lo demás para restringirla a la prescripción ordinaria).

Por último, luego de examinar las reglas citadas, puede apreciarse que más propiamente que interrupción de la prescripción, lo que queda interrumpida por el acto respectivo, es la posesión.

4º QUE LA POSESIÓN HAYA SIDO CONTINUADA.

Para llegar a ganar por prescripción debe poseerse durante un determinado lapso, el cual debe ser continuado, es decir, sin que opere ninguna causal de interrupción, que depende de la naturaleza de la cosa y de la clase de

prescripción de que se trate; pronto se indicará ese tiempo; debe tenerse presente también aquí lo dicho con relación a la agregación de posesiones; así mismo las normas sobre cómputo de plazos (art. 48 y siguientes).

Con base en las características de la posesión, se distingue entre **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA**. Con posesión regular se llega al dominio por la prescripción ordinaria, que impone al prescribiente un plazo de posesión inferior al necesario para prescribir si se tiene posesión irregular (art. 2506).

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA:

Exige posesión regular, durante dos años para los muebles y cinco años para los bienes raíces (art. 2508 y 2509).

SUSPENSIÓN: es la detención del curso de la prescripción. En beneficio de ciertas personas, la Ley dispone que, dadas algunas circunstancias, no corre la prescripción, pero de modo que cesando la causa, continúa corriendo, sin perderse el tiempo corrido antes del apareamiento de esa circunstancia, si se había iniciado alguno. La especial preocupación de la Ley por esas personas implica que no lo es suficiente la posible diligencia de los representantes legales, que podrían actuar en contra del prescribiente.

Sin definir la suspensión, el Código señala las personas a cuyo favor opera y los efectos que produce (art.2509).

CARACTERÍSTICAS:

1.-La suspensión se aplica sólo a la prescripción ordinaria (arts.2509 y 2511)

2.-En cuanto a los menores, nada importa que estén emancipados.

3.-Respecto a los dementes y sordomudos, no se exige declaración de interdicción.

4.-Luego de indicar que se suspende a favor de ciertas personas, menciona a la herencia yacente (arts. 1240 y sgtes.), con lo que se ha pretendido sostener que la herencia yacente sería persona jurídica; no hay base suficiente para ello.

LA SUSPENSIÓN ENTRE CÓNYUGES. ART. 2509, INC. FINAL.

El mantenimiento de la armonía en el matrimonio, el carácter de administrador que generalmente tiene el marido respecto de su mujer, el "título" de "mera tenencia" que significa para el marido el "usufructo legal" que tiene sobre los bienes de la mujer (art. 1725 N° 2), el evitar que se celebren donaciones irrevocables encubiertas entre los cónyuges, y, en general para velar por el adecuado funcionamiento de la sociedad conyugal, han llevado a impedir el establecimiento de la prescripción entre los cónyuges.

Polémica clásica ha llegado a ser entre nosotros la de si esta suspensión tiene lugar sólo en la prescripción ordinaria o también en la extraordinaria.

Se ha sostenido lo primero porque:

- a) El precepto está ubicado al tratar el código la prescripción ordinaria;
- b) El art. 2511 está insistiendo que la prescripción extraordinaria no se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2509, y se

entiende no sólo las “enumeradas” (con números) sino todas las “mencionadas” allí;

c) La suspensión es un beneficio excepcional cuyos textos obligan a una interpretación restrictiva;y

d) En fin, cuando se dispone que la prescripción se suspende “siempre” entre cónyuges, no se refiere la ley a que ello ocurre en la ordinaria y la extraordinaria, sino -regulando la ordinaria- se suspende entre cónyuges sin importar el régimen de bienes en que vivan, tema al que se estaba recién refiriendo en el inciso anterior.

En sentido contrario se sostiene que las razones para dicha suspensión se presentan en ambas situaciones -prescripción ordinaria y extraordinaria- ; cuando el art. 2509 concluye que se suspende “siempre” entre cónyuges, se entiende la expresión precisamente referida a que se suspende sea ordinaria o extraordinaria la prescripción: y cuando el art. 2511, regulando la prescripción extraordinaria dispone que esta prescripción no se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2509, se entiende la expresión “enumeradas” literalmente, comprensiva sólo de las mencionadas en los números 1º y 2º. Fuera de estas argumentaciones de texto y más bien literales, permanece como muy fuerte la razón de fondo de la suspensión, por las características de la institución del matrimonio, que valen para toda clase de prescripción.

Por su carácter excepcional, el precepto que indica las personas a cuyo favor se suspende la prescripción es taxativo.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA.

Basta para ella la posesión irregular, y se exige posesión por 10 años (arts.2510 y 2511) corre contra toda persona y no se suspende (art.2511, recordándose la duda acerca de la suspensión entre cónyuges). Dado que se refiere a la posesión irregular, tiene aplicación respecto de los inmuebles no inscritos (RDJ T. 30, Sección 1ª, p. 206)

Como en esta materia se ha sostenido que aunque basta la posesión irregular, la posesión debe ser útil, es decir, no viciosa, debe tenerse presente además la doctrina sobre utilidad de las posesiones viciosas. También debe recordarse que, como se ha dicho, posesión irregular es aquella que falta uno o más de los requisitos de la regular, pero dicha regla no puede extremarse, pues en ciertos casos, faltando algún requisito, menos que posesión irregular, puede ocurrir que simplemente no haya posesión.

Por último está presente aquí la mencionada regla del art. 2510 N°3, referida también en otra ocasión; la doctrina y los textos (art. 716) establecen que la mera tenencia es inmutable, 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 tal, pues aquí se exige, para que llegue a estimarse poseedor, que concurren otras circunstancias además del puro lapso. Pero desde otro punto de vista, también resulta que, al menos en cierta medida, esta misma regla viene a debilitar el rigor del principio de que el mero tenedor no podría nunca transformarse en poseedor (art.730,inc.1º, primer parte).

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE OTROS DERECHOS REALES.

Para otros derechos reales, que también es posible ganar por prescripción (art. 2498, inc.2º), como los de hipoteca, usufructo, se siguen las reglas del dominio, con algunas excepciones (2512), esto es, el derecho de herencia y de censo se adquieren por la prescripción extraordinaria de 10 años y el derecho de servidumbres adquiere según el art. 882 (prescripción de 5 años). Tratándose del derecho real de herencia, debe tenerse en cuenta que también puede ganarse por prescripción de 5 años.

LA SENTENCIA.

Se atribuye a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva, la calidad de requisito de eficacia, sobre todo por lo dispuesto en el art. 2513; en contrario, se ha sostenido que basta con que se cumplan las exigencias para que la prescripción produzca sus efectos, y así, si después de ello se celebran actos de dueño, serían ellos eficaces; pero puede replicarse que esa validez y eficacia la tendrán siempre que al objetarse, un fallo que al operar retroactivamente justifica esa validez y la eficacia de aquellos actos, y si es adverso, quedarán sin efecto.

La sentencia, como se ha dicho en otra ocasión, debe inscribirse (arts. 689 y 2513 CC y 52 Nº1 del Reglamento); como el modo es la prescripción, la inscripción no es tradición, sólo se establece para mantener la historia del inmueble y como medida de publicidad.

EFFECTO DE LA PRESCRIPCIÓN.

Esto es, la adquisición del dominio o del derecho real que se trate.

Una vez cumplido los requisitos del adquirente nacen derechos a él para ejercer acciones y excepciones dependiendo lo que planten los tratadistas.

Vía de acción: demanda o reconvencción.

Vía de excepción: art.310 CPC, excepciones mixtas o anómalas, esto es, antes de situación para oír sentencia en primera instancia o de la vista de la causa.

EFFECTO RETROACTIVO DE LA PRESCRIPCIÓN.

Si bien es necesario alegar la prescripción, la sentencia no produce la prescripción ni es requisito de ella, sólo es un medio necesario para invocar los efectos de este, por ello hemos señalado que la prescripción es una sentencia declarativa, está reconociendo los derechos. Como consecuencia de esto se discute acerca de la época a que se retrotraen los efectos de la prescripción. Al respecto existen dos teorías:

1º Fecha en que se comenzó a poseer.

2º Fecha en que se cumplieron todos los requisitos de la prescripción.

Esta discusión tiene importancia en dos puntos de vista:

1.- En cuanto a la restitución de los frutos, debido a que el poseedor triunfante no estaría obligado a restituir los frutos percibidos mientras era poseedor, pero no habría cumplido todos los requisitos de la prescripción; en cambio, al aceptarse la segunda doctrina debería restituir.

2.-En cuanto a los gravámenes constituidos por el poseedor que aún no cumplía con los requisitos de la prescripción; de aceptarla primera teoría, no caducan esos gravámenes; de aceptar la segunda doctrina, caduca.

A nuestro juicio, dentro del Código no está resuelta claramente la cuestión, pero del N°1 del art. 1736, parecería que produce efectos desde la fecha en que se comenzó a poseer.

PRESCRIPCIÓN CONTRA TÍTULO INSCRITO.

La prescripción es garantía de la prescripción. Consecuencia del art. 728 concordado con el art. 2505, de éste art. deducen dos principios:

1º No cabe prescripción de un inmueble inscrito mediante menos apoderamientos materiales, es necesario un nuevo título inscrito.

2º La prescripción comienza a correr desde la inscripción del nuevo título, sólo de la fecha de inscripción hay posesión.

Estos principios han dado origen a controversias:

-Según el art. 2505 la prescripción sólo tiene lugar contra título inscrito a virtud de otro título ¿es necesario que el 2º título emane del 1º? Hay que remitirse a las teorías señaladas anteriormente.

La inscripción es necesaria que vaya acompañada de la tenencia, si no se produce la inscripción de papel.

-Si el art. 2505 se aplica sólo a la prescripción ordinaria o a ambas. Don Ruperto Bahamondes y otros autores acompañados también de algunas sentencias, han sostenido que sólo se aplica a la prescripción ordinaria por:

1.-Para la prescripción extraordinaria basta la posesión irregular y como esta es a la que falta alguno o todos los requisitos de la posesión regular, puede haber perfectamente posesión irregular sin tradición, entonces no será necesaria la inscripción en caso de la prescripción extraordinaria.

2.-Art. 2510. La prescripción extraordinaria no requiere título alguno y si no se requiere título menos puede requerir inscripción.

La mayoría de los autores piensa que se aplica la prescripción respecto de la prescripción extraordinaria y ordinaria (Claro Solar y Alessandri entre otros), dando las siguientes razones:

1º El art. 2505 no distingue, por lo tanto si la Ley no lo hace, no corresponde hacerlo a los intérpretes.

2º La ubicación del art. 2505 está antes del 2506 que clasifica la prescripción en ordinaria y extraordinaria.

3º Esta teoría está más acorde con la doctrina de la posesión inscrita no cesa nunca, sino en virtud de una nueva inscripción, por consiguiente nadie puede adquirir posesión de un inmueble inscrito sin una nueva inscripción. Esta teoría es la que ha obtenido mayor aplicación en la jurisprudencia.

Respecto de las servidumbres no se aplica la teoría de la posesión inscrita, ya que la tradición de las servidumbres se hace mediante escritura pública.

Las servidumbres pueden estar inscritas, pero en este caso no prueba ni señala que la persona que aparece inscrita sea el poseedor de él.

PRESCRIPCIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR LA POSESIÓN DE BIENES INMUEBLES NO INSCRITOS. Esto no ocurre NUNCA.

Según algunos profesores si se invoca un título constitutivo de dominio como la prescripción no se requiere de inscripción, sólo en este caso.

LAS ACCIONES.

DEFINICIÓN: es el recurso o reclamación hecha a la autoridad judicial pidiéndole que haga reconocer un derecho que se pretende poseer o lo ampare en su ejercicio.

En esencia la acción constituye un derecho de petición garantizado por la Constitución.

De los derechos reales y personales nacen las acciones respectivas.

Estas acciones podrán ser muebles o inmuebles, según el art. 580 del CC.

Siempre que haya un derecho real, habrá una acción que lo proteja, lo mismo con los derechos personales.

En nuestro Código hay ciertas acciones que se otorgan para recuperar la posesión de bienes raíces. La posesión es un hecho y es curioso que una acción proteja un hecho, estas son las llamadas acciones posesorias.

Existe una acción que por esencia está determinada a proteger los derechos reales, es la llamada acción reivindicatoria.

ACCIÓN REIVINDICATORIA. ART. 889 CC.

DEFINICIÓN: el código la define de la siguiente forma “ *la reivindicación o acción de dominio* es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea obligado a restituírsela”.

Como se puede apreciar la definición sólo contempla el derecho real de dominio, pero ello no quiere decir que no puedan reivindicarse los otros derechos reales porque como ya sabemos sobre las cosas incorporales existe también una especie de dominio, conforme al art. 583.

Por regla general pueden reivindicarse todos los derechos reales, que también establece el art. 891. La petición de herencia está comprendida en el art. 1264, pero es una acción especial.

REQUISITOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

1º Que se trate de una cosa singular.

2º Que ejercite la acción el dueño de la cosa que se intenta reivindicar.

3º Que el dueño de la cosa no esté en posesión de ella.

1.- QUE SE TRATE DE UNA COSA SINGULAR, esto es cuerpo cierto individualmente determinado. En este sentido el derecho real de herencia no puede ser reivindicado, si no tiene la acción especial de herencia (art. 1264, en relación con el art. 891, Inc. 2º).

DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y LA ACCIÓN ESPECIAL DE HERENCIA.

1º La acción reivindicatoria se refiere a cosas singulares; la acción de petición de herencia se refiere a una universalidad jurídica.

2º En la acción reivindicatoria es necesaria la calidad de dueño; en la acción de petición de herencia, la calidad de heredero.

3º La acción de petición de herencia se ejerce contra el poseedor de una universalidad jurídica a título de heredero y no contra el poseedor de los bienes comprendidos en la herencia.

2.- QUE EJERCITE LA ACCIÓN EL DUEÑO, es decir, el titular del dominio sobre la cosa singular de que se trata. Art. 899. Si en el juicio no se prueba el dominio del demandante la acción debe ser rechazada, es por ello que al comprador que no se le ha efectuado la tradición de la cosa comprada, no puede intentar la acción reivindicatoria.

En cambio, en un bien raíz una vez inscrito el título, podría demandarse la reivindicación, aún cuando no se haya hecho la entrega material.

3.- QUE EL DUEÑO DE LA COSA NO ESTE EN POSESIÓN DE ELLA, puesto que esta acción se entabla en contra del poseedor. El art. 889 que dice que la reivindicación es la acción del dueño no poseedor contra el poseedor no dueño. En consecuencia, el dueño de un inmueble inscrito del cual otro se apodera materialmente no puede entablar la acción reivindicatoria, puesto que no ha perdido su posesión (art. 724, 729, etc.), en este caso lo que debiera hacer es entablar una acción posesoria.

Hay que distinguir la acción reivindicatoria de las acciones que persiguen la restitución de una cosa en virtud de un derecho personal y de las acciones posesorias.

Las acciones que tienen por objeto la restitución de una cosa de manos del que contrajo la obligación de entregarla, son DERECHOS PERSONALES, porque emanan de derechos personales. Ej. el arrendador que exige la entrega al arrendatario o la restitución que pide el arrendatario.

Respecto de las acciones posesorias en relación con la acción reivindicatoria, la posesión se persigue como consecuencia del dominio, por lo que hay que probarlo.

En las acciones posesorias se persigue proteger la posesión por sí misma y sólo habrá que probar la posesión. El objeto preciso de la acción reivindicatoria es obtener la restitución de la cosa, cualquiera que sea la persona que la tiene, es una acción real.

No obstante el carácter real de la acción reivindicatoria puede dar lugar a prestaciones de carácter personal a favor del reivindicador o del poseedor vencido conforme a la regla de prestaciones mutuas.

COSAS QUE PUEDEN REIVINDICARSE.

Cosas corporales, incorporales y cuota proindivisa d una cosa singular.

1º COSAS CORPORALES: pueden reivindicarse los bienes raíces y muebles, incluso pueden reivindicarse cosas fungibles, mientras puedan distinguirse.

Es por ello que la Corte Suprema ha fallado que pueden reivindicarse los títulos al portador siempre que se justifique la identidad de ellos.

2º COSAS INCORPORALES: se clasifican en derechos reales y personales. Respecto de los derechos personales nada dice el Código, pero se hace muy difícil concebir una acción reivindicatoria referente a ellos, sin perjuicio de que pueda reivindicarse el documento en el cual consta el crédito.

SINGULARIDAD: las cosas corporales, incorporales, muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles pueden reivindicarse únicamente si son cosas

singulares, también se considera que son tales las universalidades de hecho, como una biblioteca o un rebaño.

3º CUOTA DETERMINADA PROINDIVISO DE UNA COSA SINGULAR, art. 892. Para que proceda esta acción es necesario:

1. La existencia de una cosa singular indivisa.
2. Que se trate de reivindicar una cuota determinada sobre esta cosa singular.

Todos están de acuerdo en que puede reivindicarse una cuota proindiviso de una cosa cuando ésta constituye el único bien de la comunidad, o sea, cuando la comunidad es de objeto simple; pero, mucho se ha discutido acerca de si es posible reivindicar una cuota proindiviso de una cosa singular cuando ella forma parte de una comunidad universal.

Para algunos, entre ellos, don Victorio del Piano, el precepto aludido sólo se refiere a la comunidad sobre una especie que recae sobre una cosa singular y al caso que existiendo una comunidad universal pasa a radicarse en una comunidad singular. Esta opinión se funda en que en la comunidad universal la cuota de cada indivisario no se traspasa a los bienes que forman la universalidad, ello sólo se va a producir una vez efectuada la partición, atribuirle derechos a un comunero en un bien determinado es anticiparse a la partición, además la acción reivindicatoria corresponde al dueño y como tratándose de la comunidad universal no puede decirse que cada comunero sea dueño de una cuota de cada uno de los bienes no cabría aplicar el 892. Según otros, entre ellos, don Luis Claro Solar el 892 es amplio y permite reivindicar la cuota de un bien determinado, sea que éste forme parte de una comunidad singular o universal.

ARGUMENTOS A FAVOR DE ESTA TEORÍA:

A.- La letra de la Ley, argumentándose que lo que el legislador quiso decir que lo único no reivindicable es la cuota de una universalidad.

B.- El profesor Somarriva agrega, que la otra doctrina deja en la indefensión al indiviso que no ha enajenado por cuanto su única solución sería provocar la partición respecto del bien que fue enajenado.

Nuestros Tribunales se han pronunciado en su jurisprudencia a favor de la última teoría.

EXCEPCIONES RESPECTO DE LAS CUALES NO PROCEDE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

1º Inc. 2º y 3º art. 890, que dice “exceptuándose las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda o almacén u otro establecimiento industrial en que vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla”.

En el fondo no se impide que se pueda reivindicar una cosa de tienda, almacén, etc., lo que pasa es que se autoriza al que compró no restituir mientras no se le pague, inc. 3º art. 890, es un premio a la buena fe del poseedor.

2º El art. 2303 que dice el que pagó lo que no debía no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe a título oneroso, pero tendrá

derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo se la restituya si la especie es reivindicable y existe en su poder.

En este art. se utiliza el vocablo "lucrativo" como sinónimo de gratuito.

Existe una necesidad de proteger al adquirente de buena fe, pero sólo se protege al adquirente a título oneroso.

3º Cuando se resuelve el contrato por cumplimiento de la condición resolutoria; en este caso no hay acción reivindicatoria contra el tercero de buena fe.

4º Cuando una asignación por causa de muerte quede sin efecto por indignidad del asignatario; no hay acción contra terceros de buena fe.

5º El derecho real de herencia no puede reivindicarse, el CC. concede la acción de petición de herencia; sin embargo, el heredero puede intentar la acción reivindicatoria para reclamar cosas singulares que están dentro de la universalidad, conforme al art. 1268.

CONTRA QUIEN SE PUEDE REIVINDICAR

Desde luego, la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor (art. 895); si se ignora quién es el actual poseedor pero se sabe quién es el mero tenedor, en tal caso el mero tenedor puede ser citado como medida prejudicial a la presencia judicial a fin de que declare el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene (art. 896).

En segundo lugar, la acción reivindicatoria se dirige en contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella siempre que por haberla enajenado se haya hecho difícil o imposible su persecución. Y si la enajenó a sabiendas de ser ajena la cosa, para la indemnización de perjuicios. En tales casos, el reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. (art. 898).

Contra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suyas ha dejado de poseer, la acción de dominio se dirige como si actualmente poseyese. Lo mismo se aplica al poseedor de buena fe que durante el juicio se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa. (Art. 900).

La acción reivindicatoria se dirige, por último, contra el mero tenedor que ha dejado de serlo y que retiene indebidamente la cosa (art. 915).

MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL JUICIO REIVINDICATORIO.

A) Si se trata de cosas muebles, se puede pedir el secuestro de la cosa

B) Si se trata de inmuebles, se puede solicitar prohibición de celebrar actos y contratos o el nombramiento de un interventor, pero en caso alguno puede el demandado ser privado de la posesión como medida precautoria (art. 902).

PRESTACIONES MUTUAS EN EL JUICIO REIVINDICATORIO.-

Si se acoge la acción reivindicatoria, se producen ciertas obligaciones restitutorias reglamentadas en los artículos 904 y siguientes. Estas normas tienen aplicación general, para obligaciones restitutorias, en tanto no las modifiquen otras reglas especiales. Así por ejemplo, si se trata de obligación restitutoria, a consecuencia de una resolución, se aplican los artículos 1486 y siguientes y si se trata de una acción reivindicatoria ejercida contra terceros a consecuencia de una resolución, se aplican los artículos 1490 y 1491.

I.- Obligaciones del poseedor vencido a favor del reivindicador.

1.- Obligación de restituir la cosa reivindicada.- En el plazo que el juez señalare. En cuanto a los honorarios y gastos al secuestre, los soporta el actor, pero en poseedor vencido de mala fe también debe reembolsarlos (art. 904). El Código establece qué comprende la restitución de un inmueble (art. 905).

2.- Obligación de reembolsar los frutos. Los frutos percibidos estando de buena fe no se deben reembolsar; los percibidos de mala fe en cambio sí se deben reembolsar. Y no sólo los percibidos sino también los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder; y considerándose como no existentes los que se hubieren deteriorado en su poder. Si no existen los frutos se deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción, debiendo considerarse como no existentes los que se hubieren deteriorado en poder del poseedor. (Art. 907). En todo caso, lo que se restituye en definitiva es el valor líquido de los frutos, esto es, descontados los gastos necesarios para producirlos, pues la obligación de restituir frutos se compensa parcialmente con la obligación de abonar los gastos necesarios para haberlos producido (art. 907 inc final).

3.-Obligación de indemnizar por deterioros (art. 906). El poseedor de mala fe es responsable de todos los deterioros imputables, aunque no hubiere reportado provecho de ellos. En cambio el poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de los deterioros sino en cuanto de hubiere aprovechado de ellos, es decir, en cuanto no ordenarle responder por ellos implicaría legitimar un enriquecimiento sin causa. Es la misma solución que el legislador aplica en otros casos similares (art. 1267).

4.-Obligación de reembolsar las expensas y mejoras. Para este efecto hay que formular ciertas distinciones:

a)Expensas Necesarias

a i) Que dejan un resultado material permanente: Se abonan en cuanto hubieren sido realmente necesarias y reducidas

ACCIONES POSESORIAS.

El fundamento de la protección posesoria constituye una de las discusiones básicas sobre esta materia en la doctrina. Entre las razones que justifican la protección se señalan generalmente la conservación de la paz y las apariencias de propiedad que revisten.

La regulación jurídica en esta materia está dada en los títulos XIII y XIV del Libro II (arts. 916 a 950) y en su aspecto procesal en los artículos 549 y siguientes del CPC.

DEFINICIÓN: Conforme al art. 916 “**las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos**”.

De esta definición se desprende que en nuestro derecho hay dos clases de acciones posesorias:

1º las que tiene por objeto recuperar la posesión, y

2º las que tienen por objeto conservar la posesión.

Además el CC establece otras que no son propiamente acciones como la querrela o interdicto de restablecimiento y los interdictos especiales.

CARACTERÍSTICAS.

1º Son acciones inmuebles, art. 916 y 580.

2º Son acciones reales. Esta es una materia discutida como consecuencia de la calificación de la posesión como un hecho o como derecho. Si se piensa que la posesión es in hecho no puede tener la calificación ni de real ni de personal. Generalmente se les califica de acciones reales por tratarse de acciones que se ejercen contra cualquier persona que turbe o arrebate la posesión sin que importe la existencia de un vínculo preestablecido con ella (927).

3º En el ámbito procesal se destaca la circunstancia que su ejercicio generalmente deja a salvo el derecho a discutir posteriormente el dominio entre las mismas partes (563 y 576 CPC).

En el caso de la querrela de restablecimiento quedan a salvo incluso las acciones posesorias comunes (928 CC y 564 CPC).

REQUISITOS PARA SU EJERCICIO.

1º SER POSEEDOR. Esto deriva de la naturaleza y fines de estas acciones. La protección alcanza a la posesión regular e irregular, pero sin embargo debe reunir las condiciones del art. 918:

A. Tiene que ser tranquila.

B. No interrumpida.

C. Superior a un año a lo menos, contado en la forma que indica el art. 920. Al exigirse posesión tranquila se niega protección a la posesión violenta, pero no se hace referencia a que deba ser pública, pero la jurisprudencia lo ha impuesto. Se ha dictaminado también que la disposición del art. 918 no se aplica a las acciones posesorias especiales.

El lapso de un año pretende proteger y garantizar la estabilidad posesoria.

En el caso de las acciones posesorias en la coposesión si dos o más personas poseen en común pueden entablarla en contra de un tercero. El problema se presenta si sólo uno o alguno podría entablar la acción para proteger la cosa coposeída. Se ha resuelto en la jurisprudencia y doctrina que esto es posible.

El problema de que un comunero entabla acción en contra de otro es bastante discutido. La discordia de fondo consiste en determinar si un comunero puede en definitiva convertirse en poseedor absoluto. Si se admitiera la posibilidad se llegaría a aceptar la prescripción entre comuneros y la interposición de acciones posesorias. La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por negar estos derechos.

El art. 919 establece un precepto especial para los herederos del poseedor, estableciendo que tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese.

2º OBJETO SUSCEPTIBLE DE ACCIÓN POSESORIA: son los bienes raíces y los derechos reales constituidos en ellos (916). Se justifica la exclusión de los muebles aludiendo a la facilidad de la prueba del dominio respecto a ellos, pero no es una materia totalmente aceptada.

Respecto a los inmuebles, comprende los por naturaleza, adherencia, sin lugar a dudas, siendo ampliado a la jurisprudencia también a los inmuebles por destinación.

La protección se establece también para los derechos reales constituidos en inmuebles (916), en lo que debe tenerse en cuanto la regla del art. 922 y la exclusión de las servidumbres continuas inaparentes y las discontinuas (882 y 917).

Se ha dicho recién que no corresponde acción posesoria a las cosas que no pueden ganarse por prescripción (917), pero sin embargo el hecho de que un precepto impida ganar por prescripción un objeto no impide automáticamente que no pueda poseerse. Por lo tanto, puede poseerse un objeto, pero por texto expreso no puede ganarse por prescripción y por esto último carece de protección posesoria.

En lo referente a los bienes nacionales de uso público que no pueden ganarse por prescripción tampoco pueden poseerse de lo que se concluye que no procede acción posesoria. Existen en contrario posiciones referentes a que si un particular adquiere un derecho de uso y goce sobre ellos de parte de la autoridad, puede proteger esa autoridad con la correspondiente acción posesoria.

La doctrina estima que al no tener el derecho real de herencia el carácter de inmueble no procede a su respecto las acciones posesorias; esto no impide que se pueda entablar por el heredero en contra de un tercero que efectúa atentados en contra de un inmueble determinado de la herencia y que estaba poseyendo como heredero.

3º DEBE INTERPONERSE EN TIEMPO OPORTUNO: tras exigirse un año de posesión para tener acción posesoria, se concede el mismo plazo para ejercitarla. Así, en el caso de privación de la posesión, el primer poseedor tiene un año para interponer acción y el nuevo no tiene protección porque no ha cumplido por su parte ese plazo; al cumplirse el año, pierde la protección el primitivo poseedor y la adquiere el nuevo.

El plazo se cuenta en la forma prescrita en el art. 920; por ser plazo especial de prescripción extintiva, no se suspende (2524). En caso de actos de turbación reiterados, si cada uno configura una molestia de naturaleza distinta, el plazo se contará individualmente para cada caso. Si se trata de actos reiterados de una misma turbación, se ha discutido si se ha de contar desde el último o desde el primero de tales actos.

En su aspecto procesal, estos juicios, “querellas” o “interdictos” posesorios, tienen señalada una tramitación rápida, a fin de no frustrar su objetivo.

A este respecto, merece a lo menos una mención el conflicto acerca de si en nuestro derecho se contempla o no la “acción ordinaria de posesión”, consagrada en la antigua legislación española, por la cual se discutiría el “derecho a la posesión”, en un juicio de tales conocimientos; tal acción, de admitirse, sería útil sobre todo, para quien ha visto prescrita la acción posesoria correspondiente. La doctrina y la jurisprudencia en general, parecen no reconocerla.

PRUEBA.

Para entablar una acción posesoria fundamentalmente se debe probar la posesión. Se prescinde del dominio (art. 923). El art. 924 alude a la posesión de los derechos inscritos y el art. 925 a la prueba de la posesión del *suelo*.

Según parte de la doctrina, el art. 924 se aplica a la prueba de la posesión de todos los derechos reales inmuebles excepto el dominio y el art. 925 para la prueba de la posesión de un derecho de dominio inmueble.

Otros estiman que el art. 924 se debe usar para probar la posesión de los inmuebles y derechos reales inmuebles *inscritos* y el art. 925 para la posesión del dominio o demás derechos reales inmuebles no inscritos.

Finalmente, una tercera postura estima que el art. 924 apunta a la posesión de derechos reales inmuebles; el art. 925 a la posesión de inmuebles no inscritos y ambas normas en conjunto hay que aplicar si se desea probar la posesión de los inmuebles inscritos.

La Querrela de Amparo.-

Tiende a conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales inmuebles (art. 916 y art. 549 del CPC); procede cuando se ha turbado o tratado de turbar la posesión (art. 551 N° 2 del CPC). El actor demandará que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, se le indemnice del daño que ha sufrido y se le de seguridad contra el que fundadamente teme (art. 921). La acción se dirige en contra del que turba o trata de turbar la posesión.

Se aplica esta acción cuando un tercero efectúa actos materiales de turbación en la posesión de inmuebles no inscritos. También si sin despojar materialmente de la posesión no inscrita, un tercero pretende inscribir a su nombre; o realiza la inscripción. También si tratándose de un inmueble inscrito, un tercero pretende inscribir a su nombre o bien despoja materialmente de la posesión material. Se ha fallado en sentidos diversos acerca de si un comunero podría ejercer acción de amparo cuando otro comunero pretende inscribir a nombre exclusivo el inmueble común (RDJ T. 27, Sección 1ª, p. 596 y R. de Dº U de Concepción N° 85, p. 463. Recurso de Protección 17.03.81, RDJ T. 78, Sección 5ª, p. 31). En caso que un comunero utilice en su beneficio los bienes comunes excediéndose en su utilización, procedería la acción de amparo. En estos casos suelen interponerse recursos de protección (RDJ T. 79, Sección 5ª, p. 139).

La Querrela de Restitución.

Busca recuperar la posesión de inmuebles o de derechos reales inmuebles de los que se ha sido injustamente despojado (art. 916 y 926; y del CPC, art. 549). Acciona el que injustamente ha sido privado de la posesión para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios (art. 926) y se dirige contra todo aquel cuya posesión se derive de la del usurpador, por cualquier título (art. 927); y habiendo varios, son solidariamente responsables.

Procede cuando se ha despojado injustamente de la posesión material de un inmueble no inscrito

La Querrela de Restablecimiento.

Es una acción por la cual el despojado violentamente de la posesión o mera tenencia de un inmueble persigue se le restituya en esa posesión o mera

tenencia en que se encontraba antes el despojo violento (art. 928; y del CPC, arts 549 N° 3).

En realidad no es propiamente una acción posesoria sino una acción de paz social, destinada a evitar la autotutela. Debe interponerse dentro de 6 meses desde la fecha del despojo. No procedería demandar la indemnización de perjuicios, pero sí podría asegurarse en esta sede la indemnización que se demandará en juicio ordinario (art. 928 inc final).

La querrela de restablecimiento ha perdido vigencia ante el recurso de protección acogido contra quien clandestinamente ocupa materialmente un inmueble aun cuando quien lo hace sea dueño y el despojado era un precarista (RDJ T. 84, Sección 5ª, p. 244) o altera de hecho los deslindes de un predio o ante la amenaza de imponer un trazado de líneas de alta tensión en cierto lugar no afecto a esta servidumbre (RDJ T. 81 sección 5ª, p. 199).