

LA PROPIEDAD¹

Por su naturaleza y trascendencia, cabe precisar que no existe unanimidad acerca de las concepciones fundamentales de la propiedad. Su concepto y especialmente las facultades que confiere, o desde otro punto de vista, las limitaciones que debe soportar el propietario, así como la clase de bienes susceptibles de propiedad privada, son motivo de interminables controversias. El planteamiento jurídico se relaciona aquí, más que en otras materias, con las concepciones filosóficas, económicas, sociológicas y políticas.

Como **concepto general**, entendemos la propiedad como el derecho que confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa. En principio, lo faculta para apropiarse, en forma exclusiva, de todas las utilidades que un bien es capaz de proporcionar. En cambio, los demás derechos reales otorgan poderes limitados sobre la cosa, sólo autorizan aprovechamientos parciales.

- Dominio y propiedad.

En el campo jurídico, la palabra **propiedad** es usada por algunos como sinónimo de **dominio**. La doctrina moderna se pronuncia en este sentido, que acoge nuestro Código Civil al señalar en el artículo 582 que el dominio se llama también propiedad.

Otros atribuyen a estas palabras distintos significados. Ciertos autores aplican la expresión **dominio** sólo al derecho real que recae sobre cosas materiales, y el término **propiedad** -que consideran más genérico-, lo emplean respecto de todo género de derechos susceptible de apreciación pecuniaria. Así, se podría hablar de propiedad de un crédito o de una herencia, reservando la expresión dominio a las cosas muebles e inmuebles corporales.

A juicio de otros, entre propiedad y dominio no hay diferencia de extensión o contenido, sino simplemente de puntos de vista. Así, Ruggiero dice que la palabra **dominio** tiene un sentido predominantemente **subjetivo**, pues implica la potestad o poder que corresponde al titular sobre la cosa, mientras que el vocablo **propiedad** tiene un sentido predominantemente **objetivo**, ya que acentúa el hecho de la pertenencia de una cosa a una persona.

- Definiciones.

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

El primero, está constituido por las definiciones **analíticas**. Estas pretenden explicar el concepto desde un punto de vista puramente **cuantitativo**, como suma de facultades o atribuciones del dueño de la cosa sobre que recae el derecho de propiedad. La definición se centra en la enumeración de las facultades que confiere el dominio al propietario, sobre el objeto de su derecho. Entre otras críticas que se formulan a las definiciones analíticas, está el que no señalan el carácter exclusivo del derecho de propiedad.

¹ Fecha de última modificación: 21 de marzo de 2015.

Nuestro CC. define el dominio en su art. 582, y sigue el modelo analítico. Dispone el precepto: “*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. / La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.*”

La definición legal nos sugiere desde ya ciertas observaciones:

1º Asimila la noción de propiedad al dominio.

2º Se concibe el dominio, en principio, como un derecho real sobre cosa corporal (lo que no significa que no exista el dominio sobre cosas incorpóreas, pues el art. 583 agrega que “*Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.*” La Constitución Política de 1980 es aún más clara, al establecer su artículo 19 N° 24, dentro de las garantías constitucionales, la protección al derecho de propiedad **en sus diversas especies** sobre toda clase de bienes **corporales o incorpóreas**. Se asienta así el principio de que el dominio no sólo puede recaer sobre una cosa corporal, sino también sobre un derecho, sea éste real o personal; podemos afirmar entonces que puede haber derechos -de dominio-, sobre otros derechos – reales o personales). En el acápite siguiente, ahondaremos acerca de los principios consagrados en la Constitución, acerca de la propiedad.

3º El art. menciona dos de las tres facultades inherentes al dominio: gozar y disponer. En cuanto al uso, se ha estimado que se encuentra subsumido, para los efectos de esta definición, en la expresión “*goce*”.

4º Los límites del dominio se encuentran en la ley y en el derecho ajeno.

5º La propiedad puede desmembrarse en sus facultades, y cuando el propietario está desprovisto del goce de la cosa, su derecho se denomina “*nuda propiedad*”.

Volveremos sobre estos tópicos.

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

- Principios acerca de la propiedad, consagrados en la Constitución Política de la República.

En el capítulo III, denominado “*De los derechos y deberes constitucionales*”, la Constitución Política de la República consagra los principios fundamentales acerca del derecho de propiedad. Específicamente, en el artículo 19 números 23 y 24, que se refieren,

respectivamente, al derecho “*a la propiedad*” y de la protección de ésta, una vez adquirida por su titular. Podemos sintetizar estas normas en los siguientes términos:

1. La Constitución consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así (es decir, las cosas intransferibles). Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.
2. La Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

Al aludir la Constitución a “*las diversas especies*” de propiedad, se pretende abarcar tanto aquella que se reglamenta en el Código Civil, como las normadas en leyes especiales, como por ejemplo la propiedad indígena. Hemos aclarado con antelación, que hay dominio tanto sobre cosas corporales, como también sobre derechos.

3. Sólo la ley puede establecer los modos de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella.

4. Sólo la ley puede establecer las **limitaciones** y **obligaciones** que deriven de la **función social de la propiedad**. Esta función social comprende cuanto exijan:

- * los intereses generales de la nación;
- * la seguridad nacional;
- * la utilidad pública;
- * la salubridad pública; y
- * la conservación del patrimonio ambiental.

5. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino:

- * en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación;²
- * que dicha expropiación tenga por causa la utilidad pública o el interés nacional;
- * que dicha causa haya sido calificada por el legislador.

El expropiado, en todo caso, podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, reclamación que se hará ante los tribunales ordinarios de justicia.

En cuanto a la indemnización a pagar al afectado por la expropiación, las reglas son las siguientes:

- * el expropiado tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado (la Constitución, por ende, excluye en esta materia la indemnización por daño moral, lo que constituye una excepción al principio de la reparación integral del daño causado);
- * la indemnización se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales;
- * a falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado;
- * el Fisco no puede proceder a la toma de posesión material del bien expropiado, mientras no se realice previo pago del total de la indemnización, la que a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley;
- * en caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

² Aunque la Constitución no lo indica, evidentemente existe otro medio por el cual una persona puede ser despojada de su dominio en contra de su voluntad: en virtud de una sentencia judicial.

Cabe señalar que el Decreto Ley N° 2.186, publicado en el Diario Oficial de fecha 9 de junio de 1978, aprobó la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones.

- Características.

Según la doctrina clásica o tradicional, el dominio presenta las siguientes características: es un derecho real; es un derecho absoluto; es un derecho exclusivo; y es un derecho perpetuo.-

A) Derecho real: es el derecho real por excelencia (arts. 577 y 582 del CC). Por ello, está amparado por una acción real, la reivindicatoria (art. 889 del CC).

B) Derecho absoluto: el carácter absoluto del derecho de propiedad tiene dos alcances:

* En primer lugar, significa que el dueño puede ejercitar sobre la cosa **todas** las facultades posibles;

* En segundo lugar, que tiene un poder soberano para usar, gozar y disponer de ella **a su arbitrio**, sin que nadie pueda impedirlo.

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

Por la noción de arbitrariedad que incluye, se ha calificado a la definición del art. 582 del CC. de “*clásica*”, queriendo con ello estimársele absoluta, en el sentido de estar desprovista de **contenido social**. Con todo, se observa que el complemento de la definición “*no siendo contra ley o contra derecho ajeno*”, permite suavizar o impedir el arbitrio.

En síntesis, si bien nuestro CC. reconoce el carácter absoluto del dominio, el poder soberano del propietario, ello debe entenderse dentro de los límites naturales del dominio: la ley y el derecho ajeno.

La jurisprudencia y por cierto el legislador, han quedado ampliamente facultados para conducir la institución mediante estas limitaciones, que posibilitan elaboraciones para que cumpla adecuadamente su función social.

Algunos autores sustituyen el carácter absoluto del dominio por la característica de “**generalidad**”, en cuanto el propietario logra obtener toda la utilidad o provecho que la cosa puede proporcionar, sin necesidad de texto o autorización especial, salvo las limitaciones derivadas de otros derechos reales sobre la misma cosa.

Se señala igualmente que es un derecho “**independiente**”, en cuanto no presupone la existencia de otro derecho real.

En tal sentido, se compara el dominio con otros derechos reales que carecen de la generalidad del dominio, otorgando al titular sólo algunas facultades especiales, como el uso y goce, las que además son dependientes, pues presuponen la existencia de un dominio radicado en otra persona. Son derechos sobre cosa ajena (*ius in re aliena*).

C) 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 cualquiera otra persona. En otras palabras, el derecho de dominio se atribuye a un titular en forma privativa, de manera que no puede haber dos o más propietarios sobre una misma cosa *con poderes absolutos*. En otras palabras, esta característica impide que sobre una misma cosa existan dos derechos independientes al mismo tiempo.³

Las operaciones de demarcación y cerramiento son manifestaciones de la exclusividad del dominio (arts. 842 a 846; 876 y 878; 942 del CC).

La exclusividad del dominio no obsta a que puedan existir sobre la cosa otros derechos reales junto al primero, sin que este, por tal circunstancia, se desnaturalice. En este caso, sólo ocurre que los otros derechos reales limitan la libertad de acción del propietario.

Acerca de la exclusividad del dominio, la doctrina se ha planteado si el **condominio** se opone a esta característica. No hay tal oposición. Para algunos, cuando una cosa pertenece en común a dos o más personas, ya no se trataría rigurosamente de un caso de dominio, sino de condominio o copropiedad, figura jurídica distinta al dominio. Para otros, el dominio y la copropiedad son el mismo derecho, que pertenece en el primer caso a una sola persona y en el segundo caso a varias; para los que sustentan esta tesis, la copropiedad también es compatible con la exclusividad, porque este carácter de la propiedad sólo implica que no puede haber sobre una cosa, al mismo tiempo, dos derechos de propiedad independientes; en la copropiedad no los hay, pues cada uno de los comuneros tiene una parte del derecho y no el total.

En virtud de esta característica, el dueño está dotado de la llamada *“facultad de excluir”*, por la cual puede impedir a los demás el uso y goce de la cosa de que es propietario. La doctrina sin embargo, ha elaborado algunas excepciones a esta facultad:

* El derecho de uso inocuo: es el que se tiene en una cosa propiedad de otro, para obtener un provecho, sin causar al dueño perjuicio alguno o causándolo en medida insignificante (El CC. Suizo lo establece expresamente). Un ejemplo en nuestra legislación, sería la servidumbre de tránsito.

* El derecho de acceso forzoso: es el que se le reconoce al dueño o administrador de una cosa, para entrar transitoriamente a una propiedad ajena, a ejecutar algún acto relativo a la utilización de aquél objeto. Por ejemplo, para recoger frutos caídos en el predio vecino, para reparar un muro, etc. Los arts. 620 (relativo a las *“abejas fugitivas”* y el derecho del dueño de la colmena para recuperarlas) y 943 (los frutos que dan las ramas que sobrepasan el deslinde con el predio contiguo pertenecen al dueño del árbol) responden a esta excepción.

* El principio del mal menor: se estima que cualquier persona, ante un peligro inminente, puede aprovecharse de una cosa ajena para salvar otra cosa o un bien jurídico de mayor valor que el daño que pueda causar. Nuestro Código Civil, sin embargo, rechaza este principio en el comodato, pues el artículo 2178, advierte que el comodatario responderá aún del caso fortuito, *“Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya.”*

Estos casos se vinculan a la noción de *“función social”* del dominio y contribuyen a definir la verdadera dimensión del derecho de propiedad.

³ Barcia Lehmann, Rodrigo, *“Lecciones de Derecho Civil Chileno. Los Bienes”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV; año 2008, p. 30.

D) Derecho perpetuo: el dominio es perpetuo, en cuanto no está sujeto a limitación de tiempo y puede durar tanto como la cosa; en si mismo no lleva una razón de caducidad y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. Por tanto, el propietario no pierde su derecho por no usar la cosa de que es dueño ni tampoco porque un tercero, sin la voluntad del dueño o contra ella, ejerza actos de dominio. El propietario sólo pierde su derecho si deja poseer la cosa por el tercero durante el tiempo requerido por la ley para que éste adquiriera el dominio de ella por prescripción (art. 2517 del CC).

En la doctrina, se dice que el carácter perpetuo no es obstáculo a que se pueda hacer depender la extinción del dominio de ciertas causas establecidas y previstas en el momento mismo de su adquisición. En este sentido, se afirma que el derecho de propiedad es potencial o normalmente perpetuo, pero no irrevocable. En otras palabras, el derecho de propiedad sería generalmente perpetuo, pero tal característica sería de la naturaleza y no de la esencia del derecho, pues nada obsta a que surja un derecho de propiedad temporal. Tal sería el caso de la propiedad fiduciaria, o sea, la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. Algunos autores denominan propiedades imperfectas a las temporales.

Adicionalmente, también puede ocurrir que se pierda el dominio, contra la voluntad del dueño, por causas legales, tales como la nulidad o la resolución.

- Evolución histórica del derecho de propiedad.

El enfoque histórico que haremos, se centrará primordialmente en la propiedad raíz, atendida su preeminencia económica a lo largo de la Historia, sin perjuicio que el valor de los bienes muebles se ha incrementado en grado importante a partir de la Revolución Industrial.

A) Pueblos primitivos.

Entre los historiadores, antropólogos y sociólogos no hay unanimidad acerca de la forma de propiedad que predominó entre las culturas más primitivas. Para algunos, sería la propiedad colectiva o comunitaria, ya sea en la modalidad familiar o suprafamiliar (clan, horda o tribu). Pero también se afirma que la propiedad individual habría precedido a la comunitaria en muchos pueblos, surgiendo la última como reacción ante el individualismo. Probablemente el pluralismo en los tipos de propiedad ha sido una constante en la Historia, alternándose las formas individuales o comunitarias, pero sin excluirse totalmente unas a otras.

B) Roma.

Se discute entre los historiadores del Derecho, si en la antigua Roma se conoció la propiedad individual. Se afirma que el patrimonio mueble, la casa y el huerto eran de propiedad privada del padre de familia, pero que la tierra era propiedad colectiva de la gens. La existencia de tal régimen de propiedad puede demostrarse en el derecho griego y germánico con mayor certeza histórica que tratándose del derecho romano. Pero a partir de la Ley de las Doce Tablas (449 A.C.) la propiedad se muestra individualizada por completo. Con la expansión del Imperio, la institución pasa por dos fases comunes a las

demás instituciones jurídicas: la del derecho de la ciudad (*ius civile*) y la del derecho universal (*ius gentium*). En la primera de ellas, la propiedad era una institución del Derecho Civil y se denominaba propiedad o dominio quirritario. Sólo los ciudadanos romanos podían ser sus titulares. La propiedad quirritaria a su vez sólo podía recaer sobre cosas romanas (“*fundos itálicos*”, en relación a los inmuebles, en contraposición a los “*fundos provinciales*”); de igual forma, el dominio quirritario no podía ser transmitido o adquirido sino por un modo romano. En el ámbito del derecho quirritario, la transferencia del dominio se hacía por medio de la *mancipatio*, que era título traslativo y tradición a la vez, lo que implicaba que no podía celebrar *mancipatio* quien no era dueño de la cosa.

Será al amparo del *ius gentium*, que aparecerá, junto al derecho formal de propiedad, una propiedad de hecho, tutelada por el pretor (propiedad bonitaria o vulgar). En el ámbito de esta propiedad, el pretor crea el contrato de compraventa, en el cual no se exigía que el vendedor fuere dueño de la cosa vendida. El vendedor no transfería el dominio, sino que se limitaba a transferir la “*vaccua possessio*” o pacífica posesión, mediante la “*traditio*”. De tal forma, mientras que en el derecho quirritario la compraventa de cosa ajena no era válida, sí lo era en el derecho bonitario.

La dualidad de estatutos jurídicos persistió en Roma hasta los tiempos de Justiniano, en que se volvió a la unidad.

Estos dos estatutos jurídicos proyectan sin embargo sus efectos hasta nuestros días, como queda de manifiesto en la distinta concepción que tienen de la compraventa los códigos civiles francés y chileno. El CC. francés sigue el derecho quirritario y por ello el dominio se origina para el comprador con el sólo mérito del contrato. Por el contrario, nuestro CC. sigue en esta materia el derecho bonitario, de manera que del contrato de compraventa no surge directamente el dominio, sino sólo derechos personales y obligaciones correlativas, siendo necesaria la tradición posterior. Consecuencia de lo anterior es también que en el CC. francés la venta de cosa ajena es inadmisibles, mientras que para el CC. chileno es perfectamente válida, admitiéndose expresamente (art. 1815 del CC). Aún más, como veremos en el ámbito de la posesión, el contrato de compraventa por el cual se vende una cosa ajena es justo título y habilita para iniciar la posesión regular y adquirir el dominio por prescripción ordinaria (siempre que no se pruebe la mala fe del comprador al momento de comprar).

Otro aspecto que difiere en el Código Civil francés y en el nuestro, y que es una consecuencia del disímil tratamiento dado a la venta de cosa ajena en uno y otro, es el relativo a los riesgos por la pérdida o deterioro de la especie o cuerpo cierto que se debe (artículos 1550 y 1820).

C) Edad Media.

A la caída del Imperio Romano de Occidente, la simplificación lograda en la época de Justiniano se pierde y en su reemplazo surge un sistema aún más complejo que aquél que había precedido a Justiniano, asentado en el feudalismo y que se mantuvo prácticamente hasta fines del siglo XVIII. A partir de arrendamientos perpetuos y numerosos otros contratos, se fueron configurando una especie de “*concesiones*”, como el “*feudo*” y el “*censo*”, en cuya virtud se fue descomponiendo el dominio entre el titular de la cosa y el “concesionario” de la misma. El “*señor*” era el titular del dominio, mientras que el “*vasallo*” o “*tenanciero*” era quien realmente detentaba u ocupaba la tierra, pero sin tener la propiedad. Con el tiempo, por la extensión del derecho de disfrute del vasallo y por la

perpetuidad de su situación de vinculación a la tierra, se le fue considerando también como una especie de propietario. El señor tenía entonces el “*dominio discreto*” y el vasallo “*el dominio útil*”; quedó así estructurado un sistema con dos propietarios sobre una misma cosa, sin que hubiere división entre ellos, pero concebidos como derechos de propiedad de distinta naturaleza. Esta descomposición se llegó a ampliar, produciéndose una escala jerarquizada de titulares. Al final del medioevo, se acentúa el derecho del vasallo, el dominio útil, de modo que se llega a tener a éste como el propietario, tan sólo con una carga o servidumbre en favor del primitivo señor, carga respecto de la cual van apareciendo intentos por extinguirla. Se concluye con una especie de expropiación al antiguo señor, desplazándose imperceptiblemente la propiedad al tenanciero.

D) La “Edad Moderna”.

Se enfrentaron dos difíciles problemas heredados del medioevo: uno de carácter político, consistente en separar la soberanía de la propiedad; y otro de carácter social, encaminado a terminar con la división de la propiedad en múltiples titulares y a conseguir su definitiva unificación.

Para lograr lo primero, se configura la noción de Estado, en torno al monarca, debilitándose el poder de la nobleza. Para obtener lo segundo, se reconoce paulatinamente que el titular del dominio útil era el verdadero dueño de la finca. Así, al estallar la Revolución Francesa, ya era propietario el poseedor material, si bien su propiedad estaba gravada con cargas perpetuas. La revolución abolió sin embargo los últimos vestigios de la propiedad feudal, al declarar suprimidas, con o sin indemnización, la gran mayoría de aquellas cargas.

E) Epoca actual.

Desde fines del siglo 18, la propiedad se simplifica nuevamente en su estructura, concibiéndosela en términos muy individuales y reconociéndose al titular amplias facultades. Las características más relevantes de nuestra época se pueden resumir de la siguiente manera:

1° La propiedad mobiliaria, antes menospreciada, suele hoy superar en importancia a la inmobiliaria a causa de los progresos de la industria. Con todo, en los últimos años la propiedad raíz ha cobrado un extraordinario valor en los centros comerciales mundiales (por ejemplo, Tokio, Nueva York, etc.)

2° Junto a la propiedad individual, se han desarrollado, con variada suerte, varias formas de propiedad colectiva, como la familiar y la social, comprendiéndose en esta la estatal, la que sin embargo se ha ido restringiendo o reconvirtiéndose en privada acorde a las tendencias ideológicas predominantes, sin perjuicio de reservarse el Estado el dominio de ciertas industrias o servicios estratégicos. En este punto, un tema ampliamente debatido durante el siglo 20 ha sido el del campo de aplicación de la propiedad privada. Es inconcebible cualquier extremo al respecto: su completa exclusión (pensemos en los objetos de uso personal) o su extensión a todos los bienes (pensemos en los bienes nacionales de uso público). Así, partiendo del supuesto de que siempre habrán de existir bienes de propiedad privada y bienes de propiedad colectiva (formalmente pertenecientes al Estado, como representante de la comunidad), la decisión se reduce a establecer el límite entre ambas. Qué bienes permanecerán en poder de la comunidad y cuales quedarán entregados al

dominio de los particulares. La decisión ciertamente es dinámica y depende de las posiciones filosófico-políticas del momento. Entre estas posiciones, han aparecido también vías terceristas, como son las que postulan la propiedad corporativa, cooperativa o comunitaria, las que proponen que ciertos bienes no sean de propiedad colectiva ni privada, sino de grupos sociales intermedios.

En nuestra época se ha planteado también la llamada “*función social*” de la propiedad, desarrollada por León Duguit. Este, niega la existencia de los derechos subjetivos. Consecuentemente, sostiene que la propiedad no es un derecho, sino una función social. A su juicio, el propietario, es decir el detentador de una riqueza, tiene por tal hecho una función social que cumplir; y en la medida en que cumpla esta misión, sus actos de propietario son protegidos. Si no la cumple o la cumple mal -por ejemplo, si no cultiva su tierra o deja que su casa caiga por efecto de la ruina-, la intervención de las autoridades es legítima para constreñirlo a cumplir sus funciones sociales de propietario, que consisten en asegurar el empleo de las riquezas que detenta conforme a su destinación.

El contenido de la propiedad-función se resume en dos proposiciones:

1º El propietario tiene el deber y, por lo tanto, la facultad de emplear los bienes que detenta en la satisfacción de necesidades individuales y, particularmente, de las suyas.

2º El propietario tiene el deber y, por lo tanto, la facultad de emplear sus bienes en la satisfacción de las necesidades comunes.

Si bien la doctrina de Duguit demuestra la insuficiencia de la teoría individualista tradicional, se critica su conclusión básica, en cuanto sostiene que la propiedad es una mera función social. Se dice por sus críticos que la propiedad **no es** una función social, pero **tiene** una función social, **junto** a un fin de utilidad individual para el propietario cuyo derecho subjetivo es reconocido.

Recientemente, la doctrina ha planteado algunos principios orientadores en relación a la propiedad:

1º Uno de justicia: creados los bienes para servir al hombre, a todos los hombres, ellos también deben realizar aquél valor. Y esta realización se desenvuelve en dos facetas: equidad en el reparto, de modo que todos tengan acceso a ellos, el menos en lo más indispensable para una aceptable calidad de vida, y equidad en su aprovechamiento, de modo que, perteneciendo las cosas a dueños privados, éstos deben explotarlas, obtener de ellas beneficio, no simplemente detentarlas por ostentación de poder, y esa explotación, aprovechando inicialmente al propietario, reporte también beneficios a la comunidad (función social).

2º uno conservacionista: esta noción se ha impuesto últimamente con gran persistencia, ante los problemas ambientales, y en ciertas ocasiones entra en conflicto con el progreso material.

Este conservacionismo se refiere principalmente a dos ámbitos: el de la naturaleza (artículos 19 N° 8 y 24 inciso 2º de la C.P. de la R.) y el del patrimonio cultural (por ejemplo, Ley N° 17.288 sobre monumentos nacionales).

Estos dos principios, que la doctrina reciente señala que deberían estar siempre presentes en la elaboración, interpretación y aplicación de los textos legales, influyen tanto en la decisión sobre la titularidad, en el sentido de preservar un objeto en poder del Estado o entregarlo al dominio de los particulares, como en la regulación específica de la propiedad privada, mediante la introducción de “*limitaciones*” a la misma. Estas limitaciones, que atenúan el carácter absoluto del dominio, están diseminadas por todo el CC. y en numerosas leyes especiales. Hay ocasiones en que las limitaciones son tantas o tan

intensas, que llegan a paralizar la actividad del propietario, al punto que para él sería preferible que le expropiaran, para obtener la justa indemnización. Se habla en este caso de “*limitación extrema*”. En realidad, en tal evento bien podría concluirse que hay una verdadera expropiación no declarada formalmente, de modo que a los tribunales quedaría la alternativa de declarar: o que cierto texto legal excesivamente limitativo es inaplicable por inconstitucional por ser violatorio del derecho de propiedad, o que rigiendo, ha producido la expropiación del objeto, por lo que debe pagarse la justa indemnización. Un ejemplo de esta situación, parece proporcionarlo la legislación que establece limitaciones en predios en los cuales hay especies forestales en extinción.

- Formas de propiedad.

La concepción tradicional del dominio no sólo se ha caracterizado por imponer escasas limitaciones a la propiedad, sino también por ostentar una regulación uniforme, con normas aplicables a la generalidad de los bienes, cualquiera sea su naturaleza. En este sentido, podemos afirmar que los artículos 582 y siguientes del Código Civil, configuran un **estatuto común** de la propiedad. Pero progresivamente han ido apareciendo en la legislación normas modificatorias de las reglas comunes, destinadas a una determinada categoría de bienes. En un comienzo, estas normas diferenciadas eran escasas y no alcanzaban a constituir un estatuto relativamente completo. La propiedad continuaba siendo una sola, con algunas reglas especiales, por ejemplo, cuando el objeto del dominio era un predio rústico, un yacimiento minero, el producto del talento, etc. Pero con el tiempo, fueron aumentando tales disposiciones especiales, hasta llegar a constituir verdaderos **estatutos particulares**, reguladores de todos los aspectos fundamentales de la materia, rigiendo las normas comunes sólo de manera supletoria. La doctrina empezó entonces a hacer referencia a nuevas “*formas de propiedad*”, configurándose así la propiedad urbana, agraria, minera, intelectual, industrial, indígena, austral, etc.

- Facultades inherentes al dominio.

El contenido de todo derecho subjetivo está formado por sus facultades. Estas son las posibilidades o poderes que, al ejercitarse, permiten el aprovechamiento económico del derecho. No constituyen en sí mismas derechos subjetivos, sino poderes secundarios de actuación que dependen del derecho o poder principal. La doctrina moderna estima ilimitados, y por ende no susceptibles de enumeración, los poderes o facultades que el derecho de propiedad otorga al titular. Por otra parte, se agrega que el dominio no es una suma de facultades (como postulan las definiciones analíticas) sino que un derecho unitario y abstracto, siempre igual en sí mismo y distinto de sus facultades (como postulan las definiciones sintéticas).

La doctrina clásica, en cambio, señala uno a uno dichos poderes. Desde el Derecho Romano, se indican tres facultades al dominio: la de uso (*usus*); la de goce o disfrute (*fructus*); y la de consumo o disposición (*abusus*).

Las facultades del dominio pueden clasificarse en materiales y jurídicas. Son materiales las que se realizan mediante actos materiales que permiten el aprovechamiento del objeto del derecho (uso, goce y consumo físico de la cosa); son facultades jurídicas las que se realizan mediante actos jurídicos. Entre estos se encuentran los actos de disposición, que requieren precisamente de la facultad de disposición.

a) Facultades materiales.

a.1) Facultad de uso.

a.1.1) Concepto.

El *Ius Utendi* significa que el propietario puede utilizar o servirse de la cosa. La facultad de uso se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que implique su destrucción inmediata. Si se llega hasta la apropiación de los productos, el uso se transforma en goce; y si la primera utilización de la cosa envuelve su destrucción, el uso se confunde con el consumo.

a.1.2) Cuándo tiene importancia la facultad de uso.

El ir más allá de las limitaciones propias de la facultad de uso, carece de importancia para el propietario, pues también tiene las facultades de goce y consumo. El problema cobra importancia respecto de los titulares de otros derechos, distintos al dominio. Así, el usuario, es decir el titular del derecho real de uso, sólo tendrá esta facultad, sin participación alguna en los frutos de la cosa; excepcionalmente, podrá apropiarse de ellos, pero restringiendo su goce a una parte limitada de los mismos (art. 819, 3º). Tratándose del usufructuario, aunque tiene el uso y el goce carece de la facultad de consumo, pues está obligado a conservar la forma y sustancia de la cosa dada en usufructo (art. 764), salvo en la figura especial del cuasiusufructo.

a.1.3) Amplitud y restricciones a la facultad de uso.

Puesto que las atribuciones del propietario son de gran magnitud, en principio puede usar la cosa de la que es dueño con cualquier fin, incluso aunque sea contrario al destino natural de la cosa (el dueño de una vivienda o casa-habitación, podría por ejemplo destinarla a oficinas o bodegas). Las facultades del propietario sólo están limitadas por la ley y el derecho ajeno. No sucede lo mismo con los titulares de otros derechos: el habitador no puede servirse de la casa para tiendas y almacenes (art. 816, 2º); el arrendatario, a falta de pacto expreso, sólo puede servirse de la cosa arrendada en armonía con su destino natural o que deba presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país (art. 1938, 1º).

a.1.4) El uso y su relación con la facultad de goce.

En la práctica, es inusual que la facultad de uso se manifieste aisladamente. Suele ir acompañada con la facultad de goce, con la cual se refunde. Por eso, en la definición del dominio en nuestro CC. (art. 582) al igual que en su modelo francés, no se menciona separadamente esta facultad, lo que ha llevado a la doctrina a entender que el legislador la incluye en la facultad de goce. En otros preceptos el uso también está comprendido dentro de la facultad de goce: arts. 764 (definición de usufructo); 1915 (definición de arrendamiento); y 811 (definición del derecho real de uso). Pero lo anterior no significa que tal supuesto sea un hecho necesario, que siempre ocurra. El CC. se refiere especialmente a esta facultad en diversas disposiciones, como por ejemplo: arts. 575, 1916, 1946, 2174, 2220. En otros artículos, se refiere separadamente a las facultades de usar y gozar, como por ejemplo en los arts. 592, 595, 598 y 602.

Por lo demás, ciertos derechos recaen en cosas no fructíferas, es decir que carecen de la aptitud para producir frutos naturales, limitándose al mero uso: por ejemplo, el derecho a usar una biblioteca ajena; con mayor razón el usuario está desprovisto del goce en el ejemplo citado, si tenemos presente que su derecho es personalísimo, y por tanto no

puede arrendar los libros cuyo uso se le ha permitido, para obtener una renta (o sea, frutos civiles): art. 819.

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

a.2) Facultad de goce.

a.2.1) Concepto.

Llamada también Ius Fruendi, es la que habilita para apropiarse los frutos y los productos que da la cosa.

a.2.2) Fundamentos de la adquisición de los frutos.

Precisamente en virtud de la facultad de goce el dueño de la cosa pasa a serlo de los productos y frutos de ella. Nuestro CC. sin embargo, como el CC. francés, justifica la adquisición de los frutos y productos por el modo de adquirir llamado *accesión* (art. 643), concepción “*inútil y falsa*”, como dice la doctrina. La verdadera *accesión* es justamente lo contrario de la *producción*. En efecto, mientras en virtud de la primera o *accesión* continua una cosa pierde su existencia propia identificándose con otra, por la segunda, llamada *accesión discreta*, una cosa nueva adquiere existencia destacándose de aquella de que formaba parte. En realidad, la *accesión discreta*, la que tiene lugar por *producción*, no es sino el ejercicio de la facultad de goce o disfrute.

a.2.3) Frutos y productos.

Cabe precisar que no obstante aludir inicialmente el art. 643 sólo a los productos y luego hacer sinónimos a los productos y los frutos, la doctrina y la jurisprudencia diferencian unos de otros. Algunos destacan que los frutos son los que la cosa da periódicamente, ayudada o no de la industria humana y sin detrimento de la cosa fructuaria; el producto carece de periodicidad y disminuye o menoscaba la cosa. Para otros, los productos constituyen el género y los frutos son una especie de productos: art. 537. La distinción no es ociosa, pues **el usufructuario**, por regla general, sólo tiene derecho a los frutos que produzca la cosa, más no a los productos. Excepcionalmente, el usufructuario tiene derecho a los productos, en los siguientes casos:

- artículo 783 (puede derribar árboles, pero reponiéndolos);
- artículo 784 (minerales y piedras de una cantera); y
- artículo 788 (animales que integran rebaños o ganados, pero reponiéndolos).

El **usufructuario**, es decir el titular del derecho real de uso, por su parte, sólo tendrá derecho a gozar “*de una parte limitada*” de los frutos y productos de una cosa, lo que debemos entender como aquellos indispensables para “*sus necesidades personales*”.

a.2.4) Fuente del derecho a los frutos, cuando corresponde a un tercero distinto del dueño.

El derecho de un tercero a los frutos puede emanar de la ley (usufructos legales o derecho legal de goce), de un contrato, de un testamento o de una sentencia. Nos remitimos a lo expresado en el estudio del usufructo.

a.3) Facultad de abuso o disposición material.

El Ius Abutendi es el que habilita para destruir materialmente la cosa, transformarla o degradarla. La facultad de disposición material representa la facultad característica del dominio. Los demás derechos reales, si bien autorizan a sus titulares para usar y gozar de

una cosa ajena de una manera más o menos completa, jamás dan poder para destruirla o transformarla; siempre implican la obligación de conservar su forma y sustancia.

La facultad de abuso o disposición material tiene limitaciones sin embargo, sea para proteger el interés del mismo propietario (por ejemplo, privando al pródigo de la administración de sus bienes), sea para cautelar el derecho de los terceros o de la sociedad en general (por ejemplo, la legislación protectora de las obras de arte y de los monumentos históricos, que sin extraer del patrimonio de un particular estos bienes, impone la obligación de mantenerlos en determinadas condiciones; o tratándose de la legislación relativa a la protección medioambiental).

Como complemento y garantía de las facultades materiales, la ley establece ciertas normas destinadas a impedir que se perturbe al dueño en el ejercicio de sus facultades, especialmente en lo que respecta a los inmuebles: arts. 842 y 844, por ejemplo, en lo relativo a las acciones de demarcación y cerramiento.

b) Facultades jurídicas: facultad de disposición jurídica.

En **un sentido restringido**, es el poder del sujeto para desprenderse del derecho que tiene sobre la cosa, sea o no en favor de otra persona, y sea por un acto entre vivos o por un acto por causa de muerte. Son formas de disposición la renuncia, el abandono y la enajenación.

La enajenación podemos visualizarla en un sentido amplio o en un sentido estricto.

En **un sentido amplio**, la enajenación es todo acto de disposición entre vivos, por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona, o constituye sobre su derecho un nuevo derecho real en favor de un tercero, nuevo derecho que viene a limitar o gravar el derecho del propietario.

En **un sentido estricto**, y más propio, la enajenación es el acto por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona. En otras palabras, es el acto que hace salir de un patrimonio un derecho para que pase a formar parte del patrimonio de otra persona.

En la acepción amplia, se enajena tanto cuando se transfiere el dominio como cuando se constituye una hipoteca, prenda o servidumbre; en el sentido estricto, sólo se enajena cuando se transfiere el derecho, debiendo hablarse en los demás casos sólo de una limitación o gravamen al dominio.

En algunos artículos del CC., la expresión enajenación se usa por el legislador en un sentido amplio: por ejemplo, en los arts. 1464, 2387 y 2414. La prenda y la hipoteca se consideran como una forma de enajenación.

En otras disposiciones del Código, la palabra enajenación está usada en un sentido restringido: por ejemplo, en los arts. 393, 1135, 1490, 1754; en estos casos, el legislador no comprende los gravámenes dentro de la enajenación.

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

c) Excepciones a la facultad de disposición.

Esta facultad es un atributo de la personalidad, pero puede estar suspendida por efecto de la ley o de la voluntad del hombre. En el primer caso, por ejemplo, el art. 1464 número 3; el caso de los bienes nacionales de uso público, salvo desafectación; o la

prohibición legal de enajenar inmuebles adquiridos con subsidio del Serviu, durante cinco años. En el segundo caso, por ejemplo, cuando el constituyente de la propiedad fiduciaria prohíbe la enajenación de ella por acto entre vivos (art. 751), al igual que el donante de la cosa, en una donación entre vivos (art. 1432 número 1) o el nudo propietario tratándose del usufructo (art. 793, 3º). Pero estas excepciones son de alcance limitado y confirman la regla general de la libre disposición de los bienes.

d) Facultad y capacidad de disposición.

No debemos confundir ambas facultades. La **capacidad de disposición** es la aptitud general del sujeto para disponer libremente de sus derechos. Se asimila, en cierta manera, a la capacidad de ejercicio. La **facultad de disposición**, en cambio, es el poder específico para disponer de un derecho determinado. La ley es más estricta tratándose de la facultad de disposición. El art. 670, al definir la tradición, distingue claramente entre la facultad de disposición (exigida al tradente) y la capacidad de disposición (exigida al adquirente). Igual acontece en los arts. 672; 706, 2º; 1575, inciso 2º; 2387, etc.

La facultad de disposición requiere de varios supuestos o requisitos:

1º La capacidad de disposición.

Por tanto, no hay facultad de disposición, por lo general, cuando no tenemos capacidad de disposición, con dos salvedades:

- en el caso de los menores adultos, cuando se trate de los bienes muebles de su peculio profesional o industrial, pues podrá disponer de ellos (el artículo 251, dispone que se mirará como mayor de edad para la administración y goce de estos bienes);
- incluso, excepcionalmente, aún teniendo tal capacidad de disposición, puede carecerse de la facultad de disposición a favor de cualquiera (por ejemplo, si hay un embargo sobre la cosa) o a favor de ciertas personas (como acontece, por ejemplo, en los arts. 1795 a 1797, que prohíben la compraventa entre las personas que indican).

2º La “*titularidad*” del derecho de que se trata o la calidad de representante del titular, o la autorización de éste o de la ley.

No hay por ende facultad de disposición respecto de los bienes ajenos, porque no somos titulares de ellos o representantes del titular.

Este requisito tiene una entidad subjetiva, pues se refiere a la persona que pretende disponer de una cosa.

3º La aptitud del derecho para ser objeto de la disposición.

En consecuencia, no podrá disponerse, por ejemplo, de los derechos personalísimos.

Este requisito tiene una entidad objetiva, pues se refiere a la cosa de la que queremos disponer.

4º La ausencia de un agente legítimo y extraño que impida el acto de disposición.

No será posible la disposición, cuando se ha decretado un embargo sobre la cosa, por ejemplo (a menos que se cumpla con lo exigido en el art. 1464 número 3).

Cabe señalar que la facultad de disposición no es una característica privativa del dominio; por regla general, es común a todos los derechos reales, salvo ciertas excepciones (como el de uso y habitación, art. 819) y se extiende incluso a los derechos personales, desde el momento en que el acreedor puede ceder su crédito (art. 1901).

e) Irrenunciabilidad de la facultad de disposición: casos en que la ley prohíbe restringir la facultad de disposición.

El principio de la libertad de disposición forma parte de un principio más amplio y de orden público, el de la libertad de comercio, y constituye la regla general en nuestro Derecho.

Por ello, la ley advierte, en algunos casos, que no podrá restringirse la facultad de disposición, y si ello ocurre, la cláusula en cuestión será ineficaz:

- Así, está prohibida la constitución de dos o más fideicomisos o usufructos sucesivos (arts. 745 y 769), precisamente porque entraban la libre circulación de la riqueza, de manera que si, por ejemplo, se constituye un fideicomiso y se prohíbe al fideicomisario disponer de sus bienes, a pesar de haberse cumplido la condición que se le impuso para adquirirlos, dicha prohibición será ineficaz;
- se tiene por no escrita la cláusula de no enajenar la cosa legada, siempre que la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero (art. 1126);
- el pacto de no enajenar la cosa arrendada sólo tiene el alcance de facultar al arrendatario para permanecer en el arriendo hasta su terminación natural (art. 1964);
- no vale en la constitución del censo el pacto de no enajenar la finca acensuada (art. 2031);
- no obstante cualquier estipulación en contrario, el dueño de los bienes gravados con hipoteca puede siempre enajenarlos o hipotecarlos (art. 2415). Todas estas normas, prueban que la facultad de disposición está protegida por la ley.

f) Casos en los cuales la ley autoriza establecer una prohibición de enajenar.

En algunos casos, el legislador otorga eficacia a las cláusulas que contienen prohibiciones de enajenar:

- art. 751, 2º, en el fideicomiso, el constituyente puede prohibir la enajenación de la propiedad fiduciaria;
- art. 793, 3º, el constituyente de un usufructo puede prohibir al usufructuario ceder su usufructo;
- art. 1432 número 1, en la escritura pública de donación, el donante puede prohibir la enajenación de la cosa donada.

Estas excepciones son de alcance limitado sin embargo, pues no autorizan una prohibición absoluta y perpetua de enajenar.

g) Prohibiciones de enajenar establecidas por estipulación de las partes.

Cuando, como en el caso de la propiedad fiduciaria, la ley reconoce la facultad de prohibir la enajenación de una cosa, es evidente la plena validez de la prohibición impuesta por el autor o las partes de un acto o contrato. El problema surge en los casos en que no hay autorización expresa del legislador. ¿Pueden en tales casos el autor o las partes imponer la prohibición de enajenar? ¿Son válidas tales estipulaciones limitativas de la facultad de disposición? Entran en conflicto aquí dos principios: por un lado, el de la libertad de comercio y libre circulación de la riqueza; por otro lado, la autonomía de la voluntad y dentro de ella la libertad contractual, que permite pactar cualquier convenio. En la doctrina, hay posiciones contrapuestas.

g.1) Doctrina en favor de la validez de la cláusula: invoca las siguientes razones:

1° Si en derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe, siempre se podrá establecer con eficacia una cláusula de no enajenar, a menos que una disposición expresa lo prohíba en determinado caso, y tal disposición, con carácter general, no existe respecto de las cláusulas contractuales.

2° El hecho de que el legislador prohíba en casos determinados la cláusula de no enajenar (arts. 1964, 2031, 2415), demuestra que la regla general es la libertad para establecerla.

3° El dueño puede desprenderse de todas las facultades del dominio, como ocurre cuando lo transfiere; por tanto, conforme al aforismo “*quien puede lo más, puede lo menos*”, con mayor razón puede renunciar al ejercicio de una sola facultad, la de disponer; y

4° Por último, se sostiene que la legislación chilena reconoce implícitamente la validez de las cláusulas convencionales de no enajenar: en efecto, el DFL llamado “*Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*”, establece que pueden inscribirse las prohibiciones convencionales de no enajenar: art. 53 número 3 del Reglamento.

En cuanto a la sanción por la inobservancia de la cláusula, también hay discrepancias. A juicio de algunos, la cláusula equivale al embargo ordenado por el juez y en consecuencia, el acto en que se enajena la cosa contrariando la prohibición convencional, sería nulo por objeto ilícito, conforme al número 3 del art. 1464. En opinión de otros, no se puede hablar de nulidad, porque esta sanción la establece la ley por la infracción a sus preceptos, y no por la infracción de las estipulaciones de las partes. Por ello, sostienen que la cláusula de no enajenar constituye una obligación de no hacer y su incumplimiento acarrea la ejecución forzada del contrato (si se puede deshacer lo hecho) o la resolución del contrato en que se encuentra incorporada la cláusula (cuando no se pueda deshacer lo hecho), e igualmente, en ambos casos, la indemnización de perjuicios (artículo 1555 del Código Civil).

g.2) Doctrina que niega valor a la cláusula: argumentos:

1° El Mensaje y diversas disposiciones del CC., consagran la libre circulación de los bienes como una regla de orden público que no puede ser alterada por la sola voluntad de los particulares. Únicamente el legislador puede establecer las excepciones que no comprometen seriamente esa regla; en consecuencia, cuando las partes acuerdan una cláusula de no enajenar que no está expresamente autorizada por la ley, la cláusula no produce ningún efecto: es nula y se mira como no escrita.

2° Si libremente se pudieran pactar las cláusulas de no enajenar, el legislador no habría tenido para qué autorizarlas en determinados casos.

3° Tales cláusulas se oponen a diversas normas del CC., sobre todo a los arts. 582 y 1810. El primero señala que se puede disponer arbitrariamente de la cosa de que se es dueño; el segundo establece que pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no está prohibida por la ley (*a contrario sensu*, si la enajenación estuviere prohibida sólo por las partes, sí podrían venderse). Ante este razonamiento, podría argumentarse que el contrato es una ley para las partes (artículo 1545 del Código Civil), y por ende, si se pactó la prohibición, ella también tendría por fuente una ley, de manera que no habría infracción al artículo 1810. Sin embargo, se podría contra-argumentar afirmando que el contrato será una ley sólo en la medida en que estuviere “*legalmente celebrado*” (artículo 1545), y que no lo estaría aquél en que se incorpora una cláusula que impida disponer al propietario, pues se coartaría una facultad de orden público y por ende no renunciabile.

4º El art. 53 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces se limita a permitir una inscripción, sin señalarle efecto alguno. Y en todo caso, se trata de una disposición reglamentaria, que no puede prevalecer ante normas legales y el espíritu de las mismas, manifestado en su historia fidedigna (los partidarios de la primera doctrina refutan este argumento, señalando que el mencionado Reglamento fue dictado en virtud del art. 695 y que por ende, tendría carácter de DFL).

La doctrina que niega valor a la cláusula, concluye que esta adolece de nulidad absoluta por recaer sobre un objeto ilícito, cual es impedir la libre circulación de los bienes.

g.3) Doctrina ecléctica, que reconoce valor a las cláusulas de no enajenar “*relativas*”.

Siguiendo la jurisprudencia francesa, algunos autores aceptan las cláusulas de no enajenar relativas, es decir, aquellas que no imponen una prohibición perpetua o de largo tiempo y que se justifican por un interés legítimo. Así, por ejemplo, cuando se dona a un pródigo un inmueble con la prohibición de enajenar o se lega una cosa declarándose que el legatario no podrá enajenarla a fin de asegurar el servicio de una renta vitalicia en favor de una tercera persona. La prohibición relativa de enajenar no estaría entonces en pugna con el principio de la libre circulación de los bienes. Se agrega también un argumento de texto: el art. 1126. Interpretando la disposición *a contrario sensu*, se deduce que si se lega una cosa, prohibiéndose su enajenación, y ésta comprometiére derechos de terceros, la cláusula sería eficaz ante la ley. Y este principio, concluyen los partidarios de la cláusula relativa, no debe circunscribirse a los legados, porque el art. 1126 recogería una concepción jurídica general contenida en la legislación.

La jurisprudencia, en algunos casos, ha aceptado la validez de la estipulación, por tiempo determinado y prudente y con justificado motivo; en otras ocasiones, la ha rechazado, de manera que no existe unanimidad en las sentencias.

En cuanto a la sanción en caso de infringir la cláusula “*relativa*”, sería la indemnización de perjuicios a que resulta obligado quien enajena la cosa, si no puede deshacerse lo hecho; se produce el efecto de una obligación de no hacer (art. 1555), porque tal sería el carácter de la cláusula de no enajenar. Y si se trata de un contrato bilateral, se aplica el art. 1489: se resuelve el contrato que contiene la cláusula, por incumplimiento de la misma, con indemnización de perjuicios. Atendiendo a esto último, se dice que la cláusula implica una verdadera condición resolutoria, que opera cuando el obligado a no enajenar, enajena. Entonces, respecto del tercero adquirente, le alcanzarán o no los efectos de la resolución, de conformidad a lo previsto en los arts. 1490 y 1491. Será determinante en tal caso, si el tercero estaba de buena o mala fe.

- Contenido pasivo del derecho de propiedad.

a) Las obligaciones reales.

Las obligaciones reales, también llamadas “*propter rem*”, son aquellas que incumben al propietario o al poseedor de una cosa por el solo hecho de serlo. Presentan dos particularidades fundamentales:

1º) El deudor se determina atendiendo a la persona que es propietario o poseedor de la cosa; el deudor es tal por ser dueño o poseedor de la cosa. De ahí el nombre de obligaciones *propter rem*, o sea, en razón o por causa de la cosa.

2º) La obligación se traspa al sucesor particular en forma automática: cambia el titular de la posesión o del dominio, y cambia también, al mismo tiempo, el sujeto pasivo de la obligación, sin que sea necesaria ninguna estipulación especial de transferencia o declaración del causahabiente de hacerse cargo de la obligación.

Esta obligación sigue a la cosa y grava a los adquirentes sucesivos, desvinculando por lo general al enajenante. Por ello, la obligación real es una especie de obligación “*ambulatoria*”.

Ejemplos de obligaciones “*propter rem*”:

- art. 614, obligación que tienen los dueños de las tierras contiguas a la playa a favor de los pescadores, en una franja de ocho metros;
- art. 858, obligación de contribuir, a prorrata de sus derechos, en las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento;
- art. 859, acerca de los árboles medianeros;
- art. 942, en relación a la acción posesoria especial, que puede interponerse si un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno o penetra en él con sus raíces;
- art. 1962, obligación de respetar el contrato de arrendamiento.

b) Las cargas reales.

Integran también el contenido pasivo del derecho de propiedad las cargas reales. Son aquellos gravámenes que con carácter periódico o intermitente, **pero en todo caso reiterado**, nacen **de la ley o de un contrato** y que pesan sobre el que es dueño o poseedor de una cosa, precisamente por tal razón, y pueden consistir en entregar cualquier cosa (productos de un predio, dinero), o en realizar prestaciones de naturaleza personal. Ejemplos:

- contribuciones o impuesto territorial sobre bienes raíces;
- derechos de aseo o de pavimentación;
- el censo o canon que debe pagar el censuario (art. 2032);
- la obligación de pagar los gastos comunes que tiene el dueño de un departamento, etc.

Se debate en la doctrina las diferencias entre las obligaciones reales y las cargas reales, al punto de que muchos son partidarios de refundirlas en una sola figura, la de la obligación real. Sin embargo, podríamos destacar dos diferencias: 1. Las obligaciones reales sólo tienen por fuente la ley, mientras que las cargas reales pueden tener por fuente la ley o el contrato; y 2. Las cargas reales tienen un carácter reiterado, mientras que las obligaciones reales no, podrían presentarse por una sola vez.

c) Responsabilidad por la propiedad.

Aparte de las obligaciones reales, la ley impone una responsabilidad específica al propietario de una cosa, en cuatro casos:

1. Responsabilidad del dueño de un animal: arts. 2326 y 2327.

2. Responsabilidad del dueño de un edificio ruinoso: arts. 2323, 1º y 934 (si la víctima es un vecino, la responsabilidad sólo procederá si el daño se produce después de notificada la querrela de obra ruinoso. Si el daño causado proviene de un vicio de construcción, la responsabilidad recae sobre el empresario o arquitecto que se encargó de ella (art. 2324 en relación a la regla 3ª del art. 2003).

3. Responsabilidad de quienes habitan en la parte superior de un edificio, desde la que cae o es arrojada una cosa: artículo 2328.

4. Responsabilidad del dueño de un vehículo motorizado: Ley número 18.290.

Se trata de casos de responsabilidad extracontractual, específicamente de presunciones de culpabilidad por el hecho de las cosas.

- Objeto del dominio.

Pueden ser objeto de propiedad las cosas apropiables e individualmente determinadas. De acuerdo con la tradición romana, es necesario que se trate de cosas corporales; de conformidad a la tendencia contemporánea, también las cosas inmateriales y los derechos, pueden ser objeto de propiedad, porque sin perjuicio de ciertas modalidades que imprime la incorporealidad, siempre concurren los atributos esenciales que caracterizan el dominio. Nuestro CC. sigue este último punto de vista. Al definir el derecho de dominio en el art. 582, dice que recae en una cosa corporal, pero inmediatamente agrega que sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad (art. 583). Y después de consagrar la propiedad sobre los derechos, alude a la propiedad de los llamados bienes inmateriales, como “*las producciones del talento o del ingenio*” (art. 584). Y para no dejar dudas de que las cosas incorporeales pueden ser objeto de dominio, concede la acción reivindicatoria para los otros derechos reales con excepción del derecho de herencia, que tiene la acción de petición de herencia (arts. 891 y 1268, 1269, 704 y 2512, respectivamente). Finalmente, declara el CC. que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (art. 892) y la cuota de una cosa incorporal.

- Diversas clases de propiedad.

a) Según su extensión o integridad de facultades, la propiedad puede ser plena o nuda. Plena es aquella que autoriza al propietario para ejercer todas o la plenitud de las facultades que contiene: uso, goce y disposición. Nuda propiedad, es la que no permite al dueño ejercer las facultades de uso y goce, en razón de que sobre ella pesa el derecho real de usufructo (art. 582, 2º). Al dueño, le resta sólo la facultad de disposición, jurídica y material.

b) Según su duración, se distingue entre propiedad absoluta, que no está sometida a duración o término, y propiedad fiduciaria, que está sometida al evento de traspasarse a otro si se cumple una condición (arts. 733 y 739).

c) Según el número de sus titulares o sujetos activos: propiedad individual, plural (condominio o copropiedad) o colectiva, si el propietario es una persona, varias personas (asumiendo a veces una forma “*asociativa*”, cuando se forma una persona jurídica, como en el caso de las cooperativas) o el Estado.

d) Según el punto de vista de la naturaleza del objeto sobre el que recae: propiedad civil, intelectual, industrial, minera, indígena, copropiedad inmobiliaria, etc.

LA COPROPIEDAD

1. Generalidades.

En un sentido amplio, hay copropiedad o comunidad cuando un mismo derecho pertenece a dos o más sujetos conjuntamente. En la verdadera comunidad, *communione pro indiviso*, el derecho de cada comunero se extiende a toda y cada una de las partes de la cosa común.

Suele hablarse también de una comunidad pro diviso, en la que el derecho de cada titular recae sobre una parte físicamente determinada de la cosa única, parte que correspondería exclusivamente al respectivo titular. Así, por ejemplo, en un edificio de departamentos, el terreno y demás “*bienes comunes*” como escaleras, ascensores, pasillos, etc., son objeto de una comunidad indivisa entre los diversos propietarios de los departamentos (o “*unidades*”, según los denomina la Ley número 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria); pero cada una de estos, pertenece exclusivamente a su titular; sobre las unidades existe entonces una comunidad pro diviso. Otro ejemplo de comunidad prodiviso es el de los bloques de construcción destinados a estacionamientos de vehículos, en los cuales existe una comunidad pro indiviso sobre el edificio y sus bienes comunes, pero una comunidad pro diviso sobre cada box o estacionamiento.

En realidad, la verdadera comunidad es la pro indiviso. La comunidad pro diviso es sólo un conjunto 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 la doctrina y en las legislaciones, existe una notable anarquía acerca del significado de las palabras indivisión, comunidad, condominio y copropiedad. Para algunos, todas ellas son sinónimos. A juicio de otros, la copropiedad o condominio es una comunidad que tiene por objeto cosas singulares, y la indivisión, elementos activos de una universalidad de derecho, como la herencia. Para la doctrina nacional dominante, indivisión y comunidad son conceptos sinónimos y de alcance genérico, y copropiedad o condominio, conceptos sinónimos entre sí y de alcance específico. Siguiendo este punto de vista, podría decirse que hay comunidad o indivisión cuando varias personas tienen sobre la totalidad de una misma cosa y sobre cada una de sus partes derechos de idéntica naturaleza jurídica o un solo derecho, que puede ser el dominio, el usufructo, la servidumbre, la herencia. Cuando tal derecho es el dominio, la indivisión o comunidad toma el nombre específico de copropiedad o condominio. La comunidad o indivisión sería el género y el condominio o copropiedad la especie.

2. Definición de copropiedad.

Es el derecho de propiedad que sobre el total de una misma cosa y sobre cada una de sus partes tienen dos o más personas conjuntamente. El derecho de cada copropietario recae sobre toda la cosa y cada una de sus partes y no sobre una parte materialmente determinada de la misma.

3. Naturaleza jurídica de la copropiedad.

Dos teorías se han planteado para explicarla:

a) La concepción clásica, inspirada en el Derecho Romano, sostiene que la copropiedad no es un derecho esencialmente distinto del dominio, sino una simple forma, modalidad de este. Sólo acontece que el dominio está fragmentado entre varios titulares; la parte de cada propietario no es una parte material de la cosa, sino una parte ideal del derecho entero.

b) Según otra concepción, propuesta entre otros por Capitant, la copropiedad constituye un derecho real, pero distinto del dominio; otorga a su titular el derecho de adquirir parte de los frutos o el uso de la cosa en ciertos casos, intervenir en la administración, la facultad de pedir la partición de la cosa común, y de oponerse a los actos de enajenación que pretendan realizar los otros copropietarios.

4. Tipos de comunidad.

Dos grandes tipos de comunidad se distinguen por la doctrina: la romanista y la germánica. Esbozaremos sus características.

a) Comunidad Romanista.

Este tipo de comunidad descansa sobre la idea de la distinción entre la parte ideal que pertenece a cada comunero (llamada cuota o parte alícuota) y la cosa misma.

Sobre su parte alícuota cada copropietario tiene un derecho de dominio pleno y absoluto; por tanto, puede disponer de ella sin el consentimiento de los otros copropietarios: puede cederla, hipotecarla, reivindicarla y sus acreedores pueden embargársela.

Sobre la cosa misma cada copropietario no tiene ninguna propiedad exclusiva, pues los derechos de cada uno se encuentran limitados y en cierta medida “*paralizados*” por los derechos de los demás copropietarios. En general, cualquier acto material o jurídico sobre la cosa necesita el consentimiento de todos los codueños.

De tal forma, cada comunero tiene una cuota que es abstracta o ideal, puesto que la cosa no está dividida materialmente, sino que se la concibe intelectualmente; se es por tanto dueño exclusivo de esa cuota o fracción intelectual de la cosa y se puede ejercitar derechos sobre ella como tal. Considerada la cosa en concreto y en su totalidad, todos los comuneros tienen derecho a ella, pero el derecho de cada uno está limitado necesariamente por el concurso de los demás.

A la concepción romanista de la copropiedad se le formulan críticas tanto desde el punto de vista jurídico como económico. En el aspecto jurídico, se dice que considerar la copropiedad como una forma de propiedad es errado, pues el carácter exclusivo de la última no se compadece con la primera, en la que el derecho de cada copropietario es concurrente con el de los otros y, al mismo tiempo, limitado por el derecho análogo de estos otros comuneros. Sin embargo, se refuta esta crítica, diciendo que la exclusividad del derecho de propiedad se traduce frente a terceros, y en verdad, los copropietarios, igual que el propietario único, pueden defenderse contra los terceros. En cuanto a la concurrencia de los derechos de los copropietarios, que se limitan recíprocamente, se dice que no envuelve ninguna anomalía: en efecto, si el propietario puede limitar su derecho mediante un usufructo, una hipoteca, etc., ¿Por qué extrañarse que esta limitación emane no del derecho de un tercero, sino de los otros copropietarios?

En el aspecto económico, se objeta a la copropiedad romanista el ser esencialmente individualista: por una parte, permite a cada cual disponer de su cuota; y por otra parte, entorpecer en los demás la utilización de la cosa; con ambas facultades, disminuye ostensiblemente la productividad de los bienes comunes. Ello carecía de trascendencia en Roma, donde siempre se estimó a la comunidad como un estado transitorio, pronto a liquidarse y, por lo mismo, naturalmente pasivo. Sin embargo, para el derecho moderno, donde se observan con frecuencia masas de bienes en comunidad que se mantienen en movimiento productivo, tal concepción resulta insuficiente. De ahí que incluso algunos

códigos que han adoptado la noción romana le introducen modificaciones. Muchos códigos modernos, por ejemplo, conceden a la mayoría de los comuneros la facultad de tomar decisiones sobre la administración de la cosa común, obligatorias para la minoría, lo que implica una disminución del poder individual de un comunero en beneficio de la totalidad, en beneficio de una especie de personalidad colectiva, que constituye una idea básica de la concepción germánica.

En definitiva, en la concepción romanista, el legislador mira la comunidad como un estado transitorio del cual cada comunero piensa liberarse mediante la división y liquidación del haber común, para así obtener un derecho exclusivo, sin estorbo de otros derechos concurrentes.

b) Comunidad germánica.

Llamada también “*de manos juntas*” o “*en mano común*”. Según esta doctrina, la comunidad es una propiedad colectiva, en la que el objeto pertenece a todos los comuneros considerados colectivamente, como un solo titular. No hay división ideal del derecho en cuotas. Cada comunero, individualmente considerado, carece de derechos, reales o abstractos, sobre parte alguna de la cosa, mientras dure la indivisión. Cada partícipe sólo posee un derecho parcial de goce sobre la cosa común. Se niega incluso a los comuneros acción para pedir la partición de la cosa común.

En síntesis, estas dos formas de comunidad, la romanista y la germánica, corresponden al tipo individualista y colectivista, respectivamente; en la primera, se tiene una comunidad por cuotas; en la segunda, no existen cuotas; en la romanista, el derecho está dividido entre los partícipes, correspondiéndole a cada uno una fracción en propiedad, de la que puede disponer, transmitir por causa de muerte y realizar por medio de la partición de la cosa cuando sea materialmente posible. En la comunidad germánica no existen cuotas, nada tienen los individuos y, por ende, tampoco pueden disponer de nada, ya que es a la colectividad a quien pertenecen los bienes comunes, sujeto abstracto que obra como tercero distinto de los individuos que lo componen (la noción de los patrimonios de afectación o parciales, se fundamenta precisamente en la comunidad germánica).

5. La comunidad en el C.C.CH.

La doctrina nacional estima que nuestro CC. adopta, fundamentalmente, la concepción romanista de la comunidad. Se concluye así, por los antecedentes considerados para su elaboración y por el contenido de varios preceptos, en virtud de los cuales se reconoce la noción de cuota y permiten al comunero celebrar respecto de ella diversos actos, sin el consentimiento de los otros copartícipes.

El Código Civil dedica un título especial a la comunidad, a la que trata como cuasicontrato (arts. 2304 y siguientes). Pero el cuasicontrato no es el único origen de la comunidad. Hay además, muchas disposiciones dispersas en el Código, relativas a la comunidad, como por ejemplo:

- arts. 1317 a 1353, sobre la partición de bienes, reglas que no se circunscriben a la partición de la comunidad hereditaria, sino que son de aplicación general, en virtud de disposiciones expresas (arts. 1776, 2115, 2313);
- art. 662 y 663, en las reglas relativas a la accesión de mueble a mueble;
- artículo 718, en la posesión;

- artículo 742, en las normas de la propiedad fiduciaria;
- artículo 846 y 851, en el título de las servidumbres;
- artículo 892, acción reivindicatoria;
- artículo 1812, contrato de compraventa; y
- artículo 2417, contrato de hipoteca.

Nada dijo el Código acerca de la importante materia relativa a la administración de la cosa común. En este punto, y aunque no está expresamente establecido, se entiende que en nuestro Derecho rige el llamado *ius prohibendi*: cualquiera puede oponerse a que en la cosa se ejecuten actos jurídicos o materiales; consiste en la facultad que cada comunero tiene de impedir las actuaciones de los otros copartícipes en la cosa común. Se denomina también “*derecho a veto*”.

La doctrina extranjera ha acudido a diversos mecanismos para intentar sortear el inconveniente del *ius prohibendi*, que impone la unanimidad. Entre tales mecanismos, el considerar al comunero que actúa, como un agente oficioso de los demás; y la llamada doctrina del mandato tácito y recíproco: conforme a esta, se entiende que entre los comuneros existe un mandato tácito y recíproco, en virtud del cual un comunero puede efectuar actos de administración de la cosa común. En Chile, la jurisprudencia ha recurrido a esta doctrina en diversas ocasiones, para confirmar actos de administración, manifestando que como soporte legal de este mandato, están los arts. 2305 y 2081 (comunidad en relación con la sociedad). Así, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 6 de julio de 2007, se expresa, a propósito de la facultad de un comunero para comparecer a juicio en representación de los demás comuneros, “4. *Que conforme con los artículos 2304 y 2305 del Código Civil, en el cuasicontrato de comunidad el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo de los socios sobre el haber social; y, conforme con el artículo 2081 del mismo Código referido a la sociedad, si entre los socios no se ha conferido la administración a uno o más de ellos, se entenderá que cada uno ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades generales propias del administrador social, dentro de los límites legales y debiendo rendir cuenta a sus consocios. Es decir, debe entenderse que no existiendo un administrador de la cosa universal o singular común, existe entre ellos un mandato tácito y recíproco de administración con los límites y obligación señalados. 5. Que habiendo acreditado los demandantes formar parte de la Sucesión hereditaria ejecutante, en la que no se ha designado administrador, y obrando en autos en interés de ésta en virtud del mandato tácito y recíproco aludido en el motivo anterior, debe entenderse necesariamente que su facultad para comparecer en estos autos cobrando lo que se adeuda a la Sucesión proviene de la ley, no pudiendo ponerse en duda esa facultad contemplada expresamente en las normas civiles citadas, razón por la que la excepción de falta de personería de los demandantes deberá ser desechada.”⁴ Hay sin embargo opiniones doctrinarias en contrario, Claro Solar, Rozas Vial y Somarriva, entre ellas.⁵*

6. Fuentes de la indivisión.

⁴ *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, número 325, año 2007, pp.165 y 166.

⁵ Véase: Fernando Rozas Vial, *Los Bienes*, Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, cuarta edición, año 2007, p. 112 (se inclina más bien por entender que habría una agencia oficiosa); y especialmente, Manuel Somarriva Undurraga, , *Indivisión y Partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, quinta edición actualizada, año 2002, pp. 178-181.

La comunidad puede tener por causa un hecho, la voluntad o la ley.

a) El hecho más frecuente que da nacimiento a una comunidad es la muerte del causante, que origina la comunidad hereditaria, cuando hay dos o más herederos. Otro hecho que puede originar comunidad es el de la mezcla de materias pertenecientes a distintas personas, según veremos al estudiar la accesión de mueble a mueble.

b) La indivisión nace de la voluntad, ya sea de un sujeto, como en el caso de un testamento (por ejemplo, si el causante deja el legado sobre un inmueble a dos personas), un contrato, ya sea de dos o más sujetos, como en el caso de un contrato, si dos o más personas adquieren en común una cosa por cualquier título de dominio seguido de la tradición o si el dueño exclusivo de un bien se desprende de una cuota de su dominio cediéndosela a una o más personas.

c) Entre los casos de indivisión que tienen por fuente un texto legal, puede citarse el de los bienes afectos al uso común en los edificios o conjuntos habitacionales acogidos a la Ley de Copropiedad Inmobiliaria; la medianería; las servidumbres; los casos contemplados en los artículos 662 y 663 (accesión de mueble a mueble); 1728 y 1729 (sociedad conyugal) todos del Código Civil, etc.

7. Clases de indivisión.

a) Según el objeto sobre que recae, la indivisión puede ser sobre cosa universal o singular: arts. 1317; 2304. Esta es la única clasificación que consigna expresamente el CC.

En relación a esta primera clasificación, examinaremos tres aspectos que se han debatido en la doctrina:

- primero, si entre nosotros existe la comunidad sobre una universalidad jurídica;
- en segundo lugar, si en nuestro Derecho la partición y adjudicación subsecuente tiene un efecto atributivo o declarativo; y
- en tercer lugar, si la naturaleza de los bienes que integran una universalidad, se traspasa o comunica o no a la cuota que cada titular posea en dicha comunidad.

a.1) En cuanto a la clase de universalidades sobre las que puede haber comunidad, no existe acuerdo en la doctrina nacional.

Hay quienes entienden que puede haber comunidad tanto en universalidades de hecho como de derecho, y de éstas últimas señalan como ejemplo la herencia, precisamente el ejemplo que menciona el CC. en su art. 2306; la que queda al disolverse una sociedad civil o comercial y, en general, cada vez que la comunidad recae sobre un patrimonio o masa de bienes con activo y pasivo propios.

Pero otros niegan la posibilidad de comunidad sobre universalidades de derecho. Se sostiene que, siendo un rasgo distintivo de las universalidades jurídicas el que tengan un pasivo, en Chile no puede haber comunidades sobre universalidades jurídicas, porque, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1354 y 2306, habiendo dos o más comuneros, el pasivo está siempre dividido entre los copartícipes, por el solo ministerio de la ley. En efecto, el artículo 1354, incisos 1º y 2º, señala que *“Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. / Así el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias.”* Por ende, si las deudas *“se dividen”*, quiere decir que no hay comunidad al respecto. El artículo 2306, por su parte, establece: *“Si la cosa es universal, como una herencia, cada uno de los comuneros es obligado a las deudas de la cosa común, como los herederos en las deudas hereditarias.”* En otras palabras, el artículo

2306 ordena aplicar el artículo 1354. De tal forma, las universalidades jurídicas citadas podrían serlo cuando pertenecen a un solo titular (caso en el cual, como es obvio, no hay comunidad), mientras que cuando pertenecen a dos o más titulares, serían universalidades de hecho, pues no tendrían pasivo común.

a.2) En la concepción romanista, al operar la partición de bienes se asigna a la adjudicación un efecto atributivo. La comunidad puede terminar por varias causas (art. 2312), siendo una de ellas la partición. Ella puede efectuarse a su vez por acuerdo entre los comuneros; por juez partididor; o por disposición del causante, cuando la comunidad es de origen hereditario.

La partición es el conjunto de actos tendientes a distribuir los bienes comunes entre los comuneros en proporción a sus cuotas. La adjudicación es el acto por el cual el comunero recibe un bien determinado de la comunidad, en pago de su cuota.

Conferir efecto atributivo a la adjudicación, significa resolver que cuando a un comunero se le adjudica un bien, él es dueño de ese objeto desde el día de la adjudicación; constituye por tanto título traslativo de dominio (la adjudicación "*atribuye dominio*").

El efecto atributivo se opone al efecto declarativo de la adjudicación, por el cual se considera que el adjudicatario es dueño del objeto adjudicado desde el día en que se originó la comunidad. Se le confiere por tanto un efecto retroactivo; se considera, por una suerte de ficción, que ha sido dueño exclusivo de ese bien desde el día en que se originó la comunidad, y recíprocamente, se estima que nunca tuvo derechos en los demás bienes adjudicados a los otros adjudicatarios. La adjudicación entonces, "*declara*" un dominio ya existente, constituye título declarativo de dominio.

La importancia de optar por una u otra alternativa, se puede observar en las hipotecas o gravámenes celebrados con terceros, por uno solo de los comuneros, sin consentimiento de los otros. Por ejemplo, uno de ellos constituye una hipoteca o un usufructo sobre un objeto de la comunidad, que después le es adjudicado al mismo comunero. Con el efecto atributivo, la hipoteca o el usufructo fueron constituidos por quien no era dueño, porque lo es sólo desde la partición. Con el efecto declarativo, los constituyó el dueño, pues lo es desde que se originó la comunidad.

Nuestro CC. sin embargo, a pesar de seguir la concepción romana de la comunidad, se apartó de la misma en lo que respecta a la característica en análisis, optando por consagrar el efecto declarativo de la adjudicación, de acuerdo a los arts. 1344 y 718. Por ende, en el ejemplo citado, si el bien respecto del cual el comunero hipotecó su cuota se adjudica en definitiva a otro comunero, la hipoteca caduca, pues se entiende que aquél que la constituyó, nunca tuvo derechos sobre la cosa en cuestión. A la inversa, si el inmueble se adjudica al comunero que había hipotecado su cuota, la hipoteca subsiste, aunque habría que preguntarse si sólo sobre la cuota que se hipotecó o si se amplía a todo el predio. Somarriva cree que la hipoteca sigue restringida a la cuota. Personalmente, creemos que se extiende ahora a todo el inmueble (arts. 2417 y 2421).

a.3) Se ha planteado si existe o no comunicación entre la cuota y los bienes que integran la universalidad. La concepción romana las considera comunicadas. Esta comunicación existe en dos sentidos: por un lado, significa que la cuota en la universalidad se aplica o imprime en cada uno de los bienes que la integran y en cada parte de ellos (así, si en la comunidad existe un inmueble y un automóvil, cada comunero tiene una cuota en uno y otro bien); y por otro lado, recíprocamente, significa que la naturaleza de los bienes queda impresa o se refleja en la cuota, de modo que la naturaleza de ésta será la que tengan aquellos. Así, si en la comunidad sólo existen muebles, la cuota es mueble; si sólo hay inmuebles, la cuota será inmueble. La dificultad surge cuando hay bienes de ambas clases.

¿Acogió el C.C. la comunicación entre la cuota y los bienes? Para la doctrina nacional dominante, la respuesta es negativa: vale decir, nuevamente nuestro C.C. se habría apartado de la concepción romana de la comunidad. Se sostiene que en la comunidad sobre una universalidad, el derecho del comunero recae sobre dicha universalidad y no sobre los bienes que la componen; distinta es la solución en la comunidad sobre cosa singular, pues en ella el derecho cuotativo del comunero recae sobre tal cosa. De ahí que en el primer caso, esto es tratándose de una comunidad sobre cosa universal, el derecho cuotativo del heredero, por ejemplo, no será mueble o inmueble, aunque la herencia comprenda tales bienes. Su derecho no tiene por objeto las cosas singulares que componen la universalidad, sino la universalidad misma, que no es cosa mueble o inmueble, sino una entidad abstracta. En cambio, se sostiene que el derecho del comunero de cosa singular es mueble o inmueble, según sea la naturaleza de la cosa común, porque el derecho del comunero recae sobre ella, y los derechos reales (como ocurre en este caso) son muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse (art. 580). Tratándose de la comunidad sobre cosa universal, el derecho de cada comunero recae sobre el todo común, abstractamente considerado, no sobre las cosas o partes materiales del mismo. Como argumentos de tal conclusión, se señalan, principalmente:

- El art. 1909, por el cual el cedente a título oneroso del derecho de herencia no responde de la existencia de bienes determinados, sino sólo de su calidad de heredero, lo que se justifica precisamente porque su derecho recae nada más que sobre la universalidad;
- El art. 686, que ordena la inscripción del dominio y de otros derechos reales cuando recaen sobre inmuebles, no menciona el derecho real de herencia, ya que al recaer sobre una abstracción, no es mueble ni inmueble.
- El artículo 254 del Código Civil, que trata de la autorización para enajenar ciertos bienes del hijo no emancipado, distingue entre los *“bienes raíces del hijo”*, por una parte, y *“sus derechos hereditarios”*, por otra parte.

Pero también se ha sostenido que habiéndose adoptado en nuestro Derecho la concepción romana de comunidad, la comunicación entre la cuota y cada uno de los bienes de la comunidad, no está excluida. Los arts. 951, inciso 2º y 580 demostrarían la orientación concreta del Código respecto de la comunidad en cosa universal; se indica que lo que tienen los comuneros son bienes y no una mera abstracción jurídica. Así, cuando se está en presencia de la comunidad hereditaria, debe distinguirse entre el derecho real de herencia, que sí recae sobre la universalidad jurídica que es la herencia, y la comunidad de dominio que se origina entre todos los herederos sobre los bienes del causante, comunidad que recaería sobre una universalidad de hecho, puesto que no tiene pasivo, ya que las deudas están divididas entre los herederos (art. 1354); en esa comunidad sobre el activo hereditario, la cuota de cada comunero se comunica a cada bien de que se compone aquella.

Las consecuencias de cada doctrina son importantes. Si no se produce la comunicación, la cuota no participa del carácter de los bienes que componen la comunidad; con ello, escapa a la clasificación de bienes muebles e inmuebles, lo que a su vez trae varias consecuencias, como por ejemplo:

- si se enajena la cuota, su tradición no requerirá de inscripción en el Conservador, ya que ella está establecida para los inmuebles y la cuota no lo es, aunque haya inmuebles en la comunidad, bastando por tanto cualquiera de las formas de tradición de los bienes muebles del art. 684, no porque la cosa sea mueble, sino porque tal precepto consagra la regla general en materia de tradición;

- por otra parte, si el comunero es relativamente incapaz, no se requiere para enajenar su cuota de las formalidades habilitantes prescritas para enajenar sus inmuebles, salvo que se trate de derechos hereditarios (art. 254). Por el contrario, si se admite la comunicación, se invierten las consecuencias señaladas: si la cuota recae sobre un inmueble, se exigirá inscripción para verificar la tradición y habrá que cumplir con la formalidad habilitante para enajenarla, si el comunero fuere un incapaz.

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

b) Según su origen, la comunidad puede nacer de un hecho, de la voluntad (testamento o contrato) o de la ley (nos remitimos a lo expuesto a propósito de las fuentes de la indivisión).

c) Según su duración y al carácter voluntario o forzado de la indivisión, la comunidad puede ser **temporal** o **perpetua**.

Las comunidades temporales pueden tener duración determinada o indeterminada; ocurre lo primero en virtud del denominado “*pacto de indivisión*”, que en todo caso está sujeto a limitaciones legales (art. 1317); si no se ha celebrado tal pacto, la partición puede pedirse en cualquier tiempo.

Las comunidades perpetuas son forzadas y legales, aunque en el fondo derivan más bien de la naturaleza misma de las cosas: por ejemplo, comunidades en la Copropiedad Inmobiliaria, la medianería, etc.

d) Según se origine en la voluntad de los interesados o en hechos ajenos a su iniciativa, la comunidad es **convencional** o **incidental**. De esta última especie es la comunidad hereditaria o la que surge entre los diferentes dueños de materias mezcladas por casualidad (arts. 662, 663); o en los casos contemplados en los artículos 1728 y 1729, en la sociedad conyugal.

e) Si la comunidad está organizada para la explotación racional de los bienes comunes con miras a una distribución regular de los beneficios, se habla de **comunidad activa**. Constituyen una masa de bienes que funcionan desarrollando una determinada actividad económica (como en el caso de la copropiedad de las naves, regulada en el Derecho Marítimo; o de muchas sucesiones hereditarias en las que hay un establecimiento comercial o industrial que continúa indiviso y en producción en manos de los herederos). Las **comunidades pasivas** no son más que un conjunto de bienes, que estáticamente esperan la remoción de algún obstáculo para ser dividido entre los comuneros. El cuasicontrato de comunidad (arts. 2304 a 2313) es reglamentado por el CC. en cuanto comunidad pasiva, como una situación transitoria.

8. Derechos de los copropietarios.

Al respecto, distinguimos entre los actos jurídicos que pueden realizarse respecto de la cuota-parte y los actos materiales de uso o de goce que pueden hacerse sobre la cosa común.

a) Noción de cuota-parte: es la porción ideal, determinada o determinable, que cada comunero tiene en el derecho sobre la cosa común; es la medida extensiva del derecho de cada comunero en la comunidad. Señala entonces:

- la proporción en que los comuneros han de gozar de los beneficios de la cosa;
- la proporción en que los comuneros han de sufrir las cargas; y
- la proporción en que los comuneros tienen derecho a obtener una parte material de la misma cuando se divida o el valor de ella, si es materialmente indivisible.

Las cuotas pueden ser iguales o desiguales. Si no consta lo contrario, se reputan iguales, según se desprende de diversos artículos (artículo 1098, inciso 3º: “*Si fueren muchos los herederos instituidos sin designación de cuota, dividirán entre sí por partes iguales la herencia o la parte de ella que les toque*”; artículo 2307, inciso 2º: “*Si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales, salvo el derecho de cada uno contra los otros para que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda*”). La cuota de cada comunero se expresa generalmente en fracciones o porcentajes (1/3; 40%, etc.).

b) Actos jurídicos que los comuneros pueden realizar sobre su cuota: cada copropietario es considerado dueño individual y exclusivo de su cuota-parte. En consecuencia, puede disponer de ella libremente por acto entre vivos (arts. 1320, 1812, 2417) o por causa de muerte (art. 1110); puede reivindicarla (art. 892); puede ser embargada, etc. Cabe señalar que ciertos actos celebrados por el comunero respecto de la cuota-parte, quedan subordinados a las resultas de la partición: si la cosa indivisa se adjudica al comunero que constituyó una hipoteca, por ejemplo, el acreedor consolida su hipoteca; en caso contrario, ésta caduca (art. 2417). De ahí la inconveniencia de la hipoteca de cuota.

c) Actos materiales que el copropietario puede hacer sobre la cosa común: cada comunero puede servirse para su uso personal de las cosas comunes, con tal que las emplee según su destino ordinario y no entorpezca el justo uso de los demás comuneros (art. 2305 en relación con el art. 2081). La limitación de no entorpezcar el justo uso de los demás comuneros tiene su justificación en que los derechos de todos son cualitativamente iguales. Por otra parte, el artículo 655 del Código de Procedimiento Civil establece que para poner término al uso y goce gratuito de uno o más comuneros sobre la cosa común, bastará la reclamación de cualquiera de los interesados, salvo que este uso y goce se funde en algún título especial.

9. La coposesión.

Se ha dicho que la coposesión es a la posesión, en los hechos, lo que la copropiedad es a la propiedad en el Derecho. La coposesión tiene lugar cuando dos o más personas detentan con ánimo de señor un mismo objeto. El CC. la admite en los arts. 687, 3º y 718.

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

Al igual que en la posesión, la coposesión puede o no ir acompañada del dominio; cuando ello no acontece, la coposesión adquiere especial importancia, pues con ella se podrá adquirir el dominio por prescripción.

Finalmente, se ha discutido si entre los comuneros coposeedores puede haber prescripción. Trataremos el punto a propósito de la prescripción.

10. La Copropiedad Inmobiliaria: Ley número 19.537 (ver apunte especial).

11. Extinción de la comunidad.

El art. 2312 señala las causales de extinción de la comunidad:

- a) Por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona.
- b) Por la destrucción de la cosa común.
- c) Por la división del haber común.

El art. 1317 autoriza a los comuneros a solicitar la partición en cualquier momento; es decir, nadie está obligado a permanecer en la indivisión. De ahí que la acción de partición sea imprescriptible.

Sin embargo, hay casos excepcionales en que no puede hacerse uso de este derecho:

- a) Cuando se ha pactado la indivisión por un plazo que no puede exceder de los 5 años, sin perjuicio de renovarlo si así consienten todos los comuneros;
- b) Los casos de indivisión forzada, como en la Copropiedad Inmobiliaria o tratándose de las tumbas o mausoleos, o los señalados en los artículos 1728 y 1729, a propósito de la sociedad conyugal; o tratándose de la propiedad fiduciaria, mientras penda la condición.