

BIENES Y DERECHOS REALES

CAPÍTULO I. LOS BIENES.

I. GENERALIDADES.

1. Definición.

Cosa es todo aquello que tiene existencia en el mundo material. *Es toda entidad corporal o incorporal, salvo la persona.* Dentro de este género, los bienes son una especie.

Bienes: cosas que, pudiendo procurar al hombre una utilidad, sean susceptibles de apropiación privada. Esta última es la característica relevante.

II. DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LOS BIENES.

2. A) Bienes corporales e incorporales.

Art. 565 CC. “Los bienes consisten en cosas corporales e incorporales.

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

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

Estas últimas sólo pueden percibirse intelectualmente.

Importancia de la clasificación: los MAD ocupación y accesión se aplican sólo a las cosas corporales.

3. Cosas corporales.

Art. 566 CC. “Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles.”

Art. 567 CC. “*Muebles* son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.

Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 570.”

Art. 568 CC. “*Inmuebles o fincas o bienes raíces* son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.

Las casas y heredades se llaman *predios o fundos*.”

4. Importancia de esta clasificación.

El CC les da una distinta reglamentación, dando preferencia a los inmuebles:

- a) La venta de bienes raíces debe efectuarse por escritura pública; la de los muebles es consensual (Art. 1801 CC).

- b) La tradición de los inmuebles se efectúa por la inscripción en el registro del Conservador de BBRR (Art. 686 CC); la de los muebles, por la simple entrega material (Art. 684 CC).
- c) Para la prescripción adquisitiva ordinaria de los inmuebles se requiere un plazo de 5 años; para la de los muebles, 2 años (Art. 2508 CC).
- d) En materia de sucesión, los herederos no pueden disponer de los inmuebles mientras no se les haya otorgado la posesión efectiva y se hayan practicado las inscripciones del Art. 688 CC, exigencias que no se aplican a los muebles.
- e) La venta de los bienes raíces del pupilo debe hacerse en pública subasta y previo decreto judicial, lo que no rige para los muebles (Arts. 393 y 394 CC).
- f) La acción rescisoria por lesión enorme sólo procede en la venta o permuta de bienes raíces (Art. 1891 CC).
- g) En la sociedad conyugal, los bienes raíces que se aporten o se adquieran durante el matrimonio a título gratuito permanecen en el haber de cada cónyuge; los muebles entran a la sociedad conyugal, aunque se adquieran a título oneroso.
- h) Las acciones posesorias buscan la protección de bienes inmuebles.
- i) En cuanto a las cauciones, la prenda recae sobre los muebles; la hipoteca sobre los inmuebles.
- j) En materia penal, los delitos de hurto y robo sólo se refieren a los muebles; a los inmuebles se refiere la usurpación.
- k) En materia comercial, los actos de comercio sólo versan sobre bienes muebles (Art. 3 CCom).
- l) En materia procesal, la competencia de los tribunales en la acción inmueble está dada por el lugar en que el inmueble esté ubicado; en la acción mueble, la regla general es el lugar donde deba cumplirse la obligación.

I. Bienes muebles.

5. Concepto.

Son aquellos bienes que pueden transportarse de un lugar a otro sin que pierdan su individualidad. Pueden serlo por naturaleza o anticipación.

6. Muebles por naturaleza.

Son los que caben en el concepto anterior. De acuerdo al Art. 567 CC se clasifican en semovientes e inanimados, lo que no tiene importancia práctica, pues tienen el mismo régimen. Se exceptúan los inmuebles por destinación.

7. Muebles por anticipación.

Art. 571 CC. “Los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño.

Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina, y a las piedras de una cantera.”

Dos observaciones:

- 1) La enumeración no es taxativa.
- 2) Los bienes que menciona son inmuebles, ya sea por naturaleza o adherencia.

Art. 574 inc. 1° CC. “Cuando por la ley o el hombre se usa de la expresión *bienes muebles* sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el artículo 567.” Es decir, se excluyen los muebles por anticipación y los incorporales.

8. Muebles de una casa.

Art. 574 inc. 2° CC. “En los *muebles de una casa* no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa.

II. Bienes inmuebles.

9. Concepto.

Son aquellos bienes que no pueden transportarse de un lugar a otro (Art. 568 CC). Pueden serlo por naturaleza, por adherencia o por destinación.

10. I. Inmuebles por naturaleza

Son los que caben en el concepto anterior. Por su esencia, estas cosas son inmóviles.

11. II. Inmuebles por adherencia o por accesión.

Están incluidas en el Art. 568 CC: “... las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.” En consecuencia, son aquellos bienes que, aunque son muebles, se reputan inmuebles por estar permanentemente adheridos a un inmueble. La ley exige 2 requisitos para darle a un mueble este carácter:

- a) Que la cosa esté adherida a un inmueble.

“Art. 569. Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro.”

Los frutos de los árboles son inmuebles por adherencia; son considerados muebles por anticipación sólo para constituir derechos a favor de otra persona.

- b) La adherencia debe ser permanente.

La enumeración de estas disposiciones no es taxativa.

12. III. Inmuebles por destinación.

Art. 570 inc. 1º CC. “Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento.”

Esta disposición responde a la idea de evitar que una finca sea despojada de lo necesario para su explotación. Los requisitos para dar este carácter a un mueble son dos:

- a) La cosa debe estar destinada al uso, cultivo y beneficio de un inmueble.
- b) El destino de dichos bienes debe ser permanente.

Doctrinariamente se agrega un requisito: el destino le debe ser dado por el dueño del inmueble. Esto no se desprende del Art. 570 inc. 1º CC, pero sí de los ejemplos que pone la misma disposición en sus incisos siguientes. Algunos de dichos ejemplos no son inmuebles por destinación, sino por adherencia, como las losas de pavimento, los tubos de las cañerías, etc. Pero en los que sí lo son por destinación, se exige el requisito.

13. Diferencia entre los inmuebles por adherencia y los por destinación.

Los primeros están unidos a un inmueble de modo tal que no pueden separarse del mismo sin detrimento; los segundos no están unidos al inmueble.

14. Asimilación de las cosas de comodidad u ornato a los inmuebles por destinación.

Art. 572 CC. “Las cosas de comodidad u ornato que se clavan o fijan en las paredes de las casas y pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes, como estufas, espejos, cuadros, tapicerías, se reputan muebles. Si los cuadros o espejos están embutidos en las paredes, de manera que formen un mismo cuerpo con ellas, se considerarán parte de ellas, aunque puedan separarse sin detrimento.”

15. Cosas incorpóreas.

Se dividen en derechos y acciones, que a su vez pueden ser reales y personales.

Art. 577 CC. “Derecho *real* es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones *reales*.”

Art. 579 CC. “El derecho de censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censuario, aunque no esté en posesión de la finca acensuada, y real en cuanto se persiga ésta.”

Art. 578 CC. “Derechos *personales* o *créditos* son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero

prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones *personales*.”

La acción real, al igual que el derecho real, es una acción absoluta: se ejerce sin respecto a determinada persona. La acción personal es relativa: sólo puede ejercerse en contra de la persona que contrajo la obligación correlativa.

16. La clasificación de los bienes en muebles e inmuebles se puede aplicar a los derechos y acciones.

El legislador admite esta clasificación con el objeto de determinar la competencia de los tribunales.

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

Los derechos reales siempre tienen por objeto una cosa. Hay algunos que pueden ser muebles o inmuebles, como el dominio. Otros sólo pueden ser inmuebles, como la hipoteca, censo y servidumbre; o sólo muebles, como la prenda.

Para clasificar los derechos personales, nos atenemos al objeto de la obligación correlativa, que puede ser una cosa, un hecho o una abstención.

17. Los hechos que se deben se reputan muebles.

Art. 581 CC. “Los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que un artífice ejecute la obra convenida, o resarza los perjuicios causados por la inejecución del convenio, entra por consiguiente en la clase de los bienes muebles.”

18. Derechos y acciones que no son muebles ni inmuebles.

Escapan a esta clasificación por no tener carácter patrimonial u otras causas. Ej. Acción de divorcio.

19. El derecho real de herencia ¿es mueble o inmueble?

La herencia es una universalidad jurídica que escapa a esta clasificación.

20. B. Cosas principales y accesorias.

Principales: aquellas que pueden subsistir en forma independiente, sin necesidad de otras. Ej. Suelo.

Accesorias: aquellas que están subordinadas a otras sin las cuales no pueden subsistir. Ej. Árboles.

Importancia de la clasificación: lo accesorio sigue la suerte de lo principal.
Esta clasificación se aplica tanto a las cosas corporales como incorporeales.

21. C. Cosas divisibles e indivisibles.

Las cosas pueden dividirse física o intelectualmente.

Cosa físicamente divisible: puede ser separada en partes sin que por ello pierda su individualidad. Ej. Alimentos.

Cosa intelectualmente divisible: puede dividirse en su utilidad. Ej. Un automóvil puede tener copropietarios.

Todas las cosas son divisibles, al menos intelectualmente. Pero algunas son indivisibles por disposición de la ley. Ej. Servidumbre, hipoteca.

22. D. Cosas muebles consumibles y no consumibles.

El Art. 575 CC confunde la clasificación de las cosas en consumibles y no consumibles, con la clasificación de las cosas en fungibles y no fungibles.

Cosa consumible: no puede hacerse el uso conforme a su naturaleza sin que se destruya (Art. 575 inc. 2º CC). Ej. Alimento. La consumibilidad no es sólo material, sino también jurídica. Ej. Disposición del dinero.

Cosa inconsumible: no se destruyen por el primer uso, sin perjuicio de que a la larga ello suceda. Ej. Sombrero, libro, etc.

La consumibilidad depende de la sola naturaleza de la cosa.

Importancia de la clasificación: hay contratos que no pueden recaer sobre cosas consumibles (Ej. Arrendamiento, comodato) y otros que sólo pueden tener por objeto cosas consumibles (Ej. Mutuo). La regla es que las cosas consumibles no pueden ser objeto de una relación jurídica que dé al que goza de la cosa la calidad de mero tenedor.

23. E. Cosas muebles fungibles y no fungibles.

Cosa fungible: en concepto de las partes, puede ser reemplazada por otra equivalente. También se dice que tienen el mismo poder liberatorio. Ej. Agua.

Cosa no fungible: no existe otra equivalente que puede reemplazarla. Ej. Cuadro famoso.

La fungibilidad de la cosa depende de la voluntad de las partes. Para saber si es fungible, es necesario compararla con otra que tenga el mismo poder liberatorio.

La fungibilidad con la consumibilidad no son lo mismo, pero están tan ligadas que se suele caer en el error de confundirlas, como lo hace el Art. 575 CC.

Art. 575 inc. final. “Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles.” Esto es impropio: son consumibles porque perecen para el que las usa, pero son fungibles en cuanto pueden reemplazarse por otras.

24. F. Cosas comerciables e in comerciables.

Atiende a si las cosas pueden o no ser objeto de actos jurídicos. *Para Alessandri, se atiende a si la cosa puede o no ser objeto de derechos privados; son inmerciables las que no pueden ser objeto de ningún derecho privado.*

La regla general es que las cosas sean comerciables. La inmerciableidad es excepcional y debe interpretarse restrictivamente.

La inmerciableidad puede ser:

- 1) Absoluta: cosas comunes a todos los hombres (Art. 585 CC), bienes nacionales de uso público (Art. 589 CC), derechos personalísimos, cosas destinadas al culto divino (Arts. 586 y 587 CC), etc. *Los derechos personalísimos son inalienables, no inmerciables, pues son objeto del derecho de su titular, están en su patrimonio privado, pero no se pueden enajenar. Son cosas “de comercio prohibido”.*
- 2) Transitoria o momentánea: cosas embargadas y cosas cuya propiedad se litiga (Art. 1464 N° 3 y 4 CC). *Aquí no hay inmerciableidad, pues también hay un derecho privado sobre la cosa. Lo que hay es comercio prohibido, prohibición que en este caso es momentánea.*

25. G. Cosas apropiables e inapropiables.

Atiende a si las cosas son o no susceptibles de apropiación.

Cosa apropiable: puede ser objeto de apropiación. *Se dividen en apropiadas actualmente pertenecen a un sujeto de derecho) e inapropiadas (no pertenecen a nadie).*

Las cosas que no son de nadie se les llama res nullius, y res derelictae en el caso de haber sido abandonadas por su dueño.

En nuestro derecho, sólo las cosas muebles pueden ser de nadie:

Art. 590. “Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.”

Cosa inapropiable: no puede ser objeto de apropiación, *son las res communes omnium.*

Art. 585 CC. “Las cosas que la naturaleza ha hecho *comunes a todos los hombres*, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional.”

26. Cosas apropiables.

Pueden ser:

- 1) Bienes de dominio privado: pertenecen o pueden ser adquiridos por los particulares.
- 2) Bienes nacionales o bienes de dominio público: Art. 589 inc. 1° CC. “Se llaman *bienes nacionales* aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.” Pueden ser de uso público o fiscales.

27. I. Bienes nacionales de uso público.

Art. 589 inc. 2º CC. “Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman *bienes nacionales de uso público* o *bienes públicos*.”

La jurisprudencia ha dicho que sobre ellos no puede haber posesión o dominio particular, pero las autoridades pueden conceder a los particulares el uso y goce para determinados aprovechamientos, concesiones que otorgan sólo la mera tenencia.

Estos bienes están fuera del comercio humano, son inalienables, imprescriptibles (Art. 2498 CC).

Algunos bienes nacionales de uso público.

La enumeración del Art. 589 CC es ejemplar, lo que se desprende del Art. 598 CC. Para estudiarlos conviene clasificarlos en:

28. A) Dominio público marítimo.

- 1) Mar territorial: Art. 593 inc. 1º primera parte CC. “El mar adyacente, hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base, es mar territorial y de dominio nacional.” Es una prolongación del territorio nacional, *sobre la cual el Estado ejerce la plenitud de su soberanía*. Es un bien nacional de uso público.
- 2) Mar adyacente y zona contigua: Art. 593 inc. 1º segunda parte CC. “Pero, para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, el Estado ejerce jurisdicción sobre un espacio marítimo denominado zona contigua, que se extiende hasta la distancia de veinticuatro millas marinas, medidas de la misma manera.” No es propiamente un bien nacional de uso público, *no es parte del territorio nacional, sino que pertenece a la alta mar; en ella el Estado ejerce determinadas competencias especializadas*. (El mar adyacente es el mar territorial más la zona contigua).
- 3) Alta mar: todo lo que se encuentra más allá del mar adyacente. *Para Alessandri, es el que se extiende más allá del mar territorial*. Es una cosa común a todos los hombres (Art. 585 CC).
- 4) Playas: Art. 594 CC. “Se entiende por *playa del mar* la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas.” El suelo que abarcan las playas es bien nacional de uso público (Art. 589 inc. 2º CC).
- 5) *Mar patrimonial o zona económica exclusiva*: Art. 596 inc. 1º CC. “El mar adyacente que se extiende hasta las doscientas millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, y más allá de este último, se denomina zona económica exclusiva. En ella el Estado ejerce derechos de soberanía para explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos y no vivos de las aguas suprayacentes al lecho, del lecho y el subsuelo del mar, y para desarrollar cualesquiera otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de esa zona.”

29. B) Dominio público terrestre.

Comprende todos los bienes nacionales de uso público que se encuentran en la superficie terrestre del Estado: calles, plaza, puentes y caminos (Art. 589 CC).

Calles y plazas: a ellas se refieren los Arts. 600 y 601 CC, pero son materia del Derecho Administrativo. *Las municipalidades tienen sobre ellas deberes de policía, administración, conservación y ornamentación.*

Puentes y caminos:

Art. 592 inc. 1º CC. “Los puentes y caminos contruidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos.”

En consecuencia, se clasifican en públicos y privados. *Por exclusión, son públicos aquellos contruidos en terrenos que no pertenecen a particulares, o que no se contruyeron con fondos privados.*

No se atiende a la libertad de tránsito para calificar el camino. La LOC del MOP y de las normas sobre caminos públicos establece una presunción simplemente legal (admite prueba en contra) de ser público todo camino que esté en uso público.

30. C) Dominio público fluvial.

Esta materia está regulada por el C. de Aguas, y pertenece al Derecho Agrario.

Art. 595 CC. “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.” Pero están sujetas a concesiones en favor de los particulares: *derecho de aprovechamiento.*

Art. 603 CC. “No se podrán sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes u ordenanzas respectivas.”

31. D) Dominio público aéreo.

Es una materia discutida, *pero la tesis mayoritaria sostiene que el Estado subyacente tiene plena y exclusiva soberanía sobre el espacio atmosférico existente sobre su territorio.*

32. Concesiones de los bienes nacionales de uso público.

El uso de los bienes nacionales de uso público pertenece a todos los habitantes de la Nación (*uso común*). Pero se puede conceder a un particular el uso de uno de estos bienes, siempre que el uso que haga no impida el de los demás habitantes (*uso privativo*). Para ello, debe otorgársele un permiso por la autoridad competente.

Sobre la naturaleza jurídica del derecho del concesionario, hay varias teorías:

- 1) Hauriou: es un derecho real administrativo, que se caracteriza por ser precario.
- 2) Leopoldo Urrutia: es un verdadero derecho real de uso, distinto del regulado por el Art. 811 CC. Argumentos:
 - a) La enumeración de los derechos reales de los Arts. 577 y 579 CC no es taxativa, pues no incluye al derecho legal de retención.
 - b) Presenta la característica fundamental de los derechos reales: se ejerce sin respecto a determinada persona.Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia.
- 3) Luis Claro Solar: las concesiones implican sólo un permiso de ocupación para un objeto determinado y a título precario.

De acuerdo al Art. 602 CC, este derecho es únicamente a usar y gozar de las obras construidas en sitios de propiedad nacional, pero no otorga la propiedad del suelo.

Para Alessandri, los bienes públicos son inalienables, lo que impide la constitución de un derecho real de tipo civil. El concesionario posee un uso que emana de una simple tolerancia del Estado, y este uso es precario.

33. II. Bienes del Estado fiscales.

Art. 589 inc. final CC. “Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.”

Son aquellos que pertenecen al Estado en cuanto persona jurídica de derecho privado. *Alessandri dice que la personalidad del Estado es una sola, y es de derecho público. Los bienes fiscales le pertenecen en cuanto sujeto de derechos privados.*

Estos bienes están sometidos a las reglas generales del CC. Están dentro del comercio humano, y pueden ser adquiridos por prescripción (Art. 2497 CC).

Podemos enumerar algunos bienes fiscales:

- 1) Los inmuebles en que funcionan los servicios públicos y los muebles que los guarnecen.
- 2) Los impuestos y contribuciones que percibe el Estado.
- 3) Los bienes que caen en comiso y *las multas a beneficio fiscal*.
- 4) Los inmuebles que no tiene otro dueño (Art. 590 CC). Esta es una presunción de dominio en favor del Estado, lo que es una excepción al Art. 700 CC.
- 5) Las herencias que le corresponden al Fisco como heredero abintestato (Art. 995 CC).
- 6) Art. 597 CC. “Las nuevas islas que se formen en el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, pertenecerán al Estado.” Si se forman en ríos o lagos no navegables, o sólo por buques más livianos, acceden a los propietarios riberaños.
- 7) Los bienes adquiridos por captura bélica (Art. 640 CC).

34. Situación de las minas.

El Estado tiene un dominio eminente sobre las minas, *es decir, un derecho de propiedad general y superior, y no un derecho patrimonial perfecto.*

Esta tesis ya no se sigue, debido a las reformas en la materia. El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas. Pero los particulares pueden obtener, para explotarlas, una concesión. El dominio de su titular sobre la concesión minera está protegido por el Art. 19 N° 24 CPol.

H. Bienes singulares y universales.¹

Singulares: constituyen una unidad, natural o artificial.

Universales: agrupaciones de bienes singulares que no tienen entre sí una conexión física, pero están relacionadas por un vínculo.

¹ Esta clasificación es de Peñailillo. También tiene otras: bienes simples y compuestos; bienes presentes y futuros.

Universalidades de hecho: conjunto de bienes que, no obstante conservar su individualidad, forman un todo al estar unidas por un vínculo de igual destino, generalmente económico. Comprende sólo bienes (activos) y no deudas (pasivos). La función unificadora está dada por el hombre.

Universalidades de derecho: conjunto de bienes y relaciones jurídicas activas y pasivas consideradas jurídicamente como formando un todo indivisible. La función unificadora está dada por la ley.

CAPÍTULO II. LA PROPIEDAD.

I. GENERALIDADES.

35. Evolución histórica.

36. Definición.

Art. 582 inc. 1º CC. “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.”

Art. 583 CC. “Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.”

37. Caracteres.

- a) Derecho real: Arts. 577 y 582 CC. Por ello está amparado por una acción real: la reivindicatoria (Art. 889 CC).
- b) Derecho absoluto: comprende el total de las facultades que se pueden ejercer sobre una cosa (uso, goce, disposición). *El CC reconoce el carácter absoluto del dominio, pero dentro de los sus límites naturales: la ley y el derecho ajeno.*
- c) Derecho exclusivo: *por su esencia, supone un titular único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa, y para impedir la intromisión de cualquiera otra persona. Pero esto no obsta a la existencia de otros derechos reales sobre la cosa, o de copropiedad.*
- d) Derecho perpetuo: por lo general no se extingue con el transcurso del tiempo o por el no ejercicio.

38. Facultades que otorga el derecho de dominio a su titular.

- 1) Uso: faculta para servirse de la cosa según su naturaleza. *Es aplicar la cosa a los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que importe su destrucción inmediata.*

- 2) Goce: faculta para percibir los frutos que la cosa es susceptible de producir. *Incluye apropiarse de los productos.*
- 3) Abuso (disposición): faculta para hacer con la cosa lo que a uno le plazca. Esta facultad es la que distingue al dominio de los demás derechos reales. Implica que el dueño puede abusar de la cosa jurídicamente, enajenándola; o materialmente, destruyéndola, consumiéndola o transformándola.

39. La facultad de disposición es de orden público.

La libre enajenación es una facultad de la esencia de la propiedad, lo que se desprende de una serie de disposiciones tendientes a impedir que se entorpezca esta libertad. Ej. Arts. 1126 (prohíbe legados con la condición de no enajenar la cosa), 2415 (quien tiene gravados bienes con hipoteca puede enajenarlos) y 1317 CC (nadie está obligado a permanecer en la indivisión).

40. Casos excepcionales en que se permite que se limite la facultad de disposición.

- a) Art. 751 CC permite que el constituyente prohíba al propietario fiduciario que enajene la propiedad fiduciaria.
- b) Art. 793 CC permite que el constituyente prohíba al usufructuario que enajene o ceda su derecho.
- c) Art. 1432 CC permite donar una cosa con la condición de no enajenar.

41. Valor de la cláusula de no enajenar.

El problema es determinar dicho valor cuando el legislador nada ha dicho.

- 1) Doctrina que estima válida la cláusula (José Clemente Fabres):
 - a) En derecho privado puede hacerse todo lo que no está expresamente prohibido, y no existe disposición que prohíba la cláusula.
 - b) Si el legislador la prohíbe sólo en ciertos casos, la regla general es la contraria.
 - c) El dueño de una cosa puede desprenderse de todas las facultades del dominio; con mayor razón puede desprenderse de una sola de ellas.
 - d) El Art. 53 del Reglamento del Conservador de BBRR faculta para inscribir las prohibiciones convencionales que entran la libre enajenación de los inmuebles.
- 2) La cláusula de no enajenar engendra una obligación de no hacer: en consecuencia, si se infringe, se traduce en indemnización de perjuicios (Art. 1555 CC).

Se critica a esta doctrina el que la obligación de hacer se refiere a hechos materiales, no a actos jurídicos. Además, si niega validez a la cláusula, no puede su violación traducirse en indemnización de perjuicios.²

² Para Alessandri, esta es una de las posibles sanciones a la cláusula, junto a la nulidad, lo que presupone reconocer su validez. No es una teoría distinta.

- 3) Doctrina que niega valor a la cláusula: es nula por ilicitud del objeto. Rebate los argumentos de la anterior:
- a) El primer argumento es vago y no prueba nada.
 - b) El legislador considera de orden público la facultad de enajenar (*la libre circulación de los bienes es una regla de orden público que emana del Mensaje y varias disposiciones del CC*). Si aceptara la cláusula, estaría permitiendo lo que ha prohibido expresamente. *Si se pudiera pactar libremente, no habría tenido para qué autorizarla en ciertos casos.*
 - c) Si se acepta el tercer argumento, se produce una situación curiosa: si el dueño de la cosa renuncia a su facultad de disposición, ¿quién es el titular de este derecho? La facultad característica del dominio no tendría sujeto.
 - d) El Reglamento tiene su límite en la ley; sólo se pueden inscribir las prohibiciones cuando la ley lo permite.
 - e) Pueden venderse las cosas cuya enajenación no esté prohibida por ley (Art. 1810 CC), en consecuencia, sólo la ley puede prohibir la enajenación.

42. Jurisprudencia.

La CS ha aceptado la validez de la cláusula, diciendo que no desnaturaliza el dominio. Señaló en otro fallo que la prohibición de enajenar constituye una condición resolutoria del contrato en que se pacta. Pero la CA de Valparaíso se pronunció en contra de la validez.

La jurisprudencia francesa reconoce el valor si se reúnen 2 condiciones:

- a) Que haya interés legítimo en prohibir la enajenación.
- b) Que la prohibición no sea perpetua o de plazo indefinido.

43. Limitaciones al derecho de dominio.

El Art. 19 N° 24 CPol establece que nadie puede ser privado de su dominio sino en virtud de una sentencia judicial o de expropiación por causa de utilidad pública.

El Art. 582 CC establece 2 limitaciones para el dominio: la ley y el derecho ajeno.

- a) Limitaciones establecidas por el derecho ajeno: se basan en la teoría del abuso del derecho. *De acuerdo a ella, el ordenamiento sólo protege el ejercicio de los derechos subjetivos que se efectúa de acuerdo con los fines que la ley ha tenido en cuenta para otorgarlos; si se aparta de estos fines, no es normal o racional y merece sanción.*
- b) Limitaciones establecidas por la ley: se fundan en que el interés social debe primar sobre el interés particular del dueño. Las más importantes son las expropiaciones por causa de utilidad pública, las restricciones sanitarias, la servidumbre, el usufructo, la propiedad fiduciaria, etc.
- c) Obligaciones Reales.

II. DIVERSAS CLASES DE PROPIEDAD.

44. A) En cuanto a las cosas objeto del derecho.

- 1) Propiedad civil.
- 2) Propiedad minera (pertenencia minera).

- 3) Propiedad intelectual.
- 4) Propiedad industrial.
- 5) Propiedad austral.³
- 6) Propiedad indígena.

45. B) En cuanto a su extensión.

- 1) a) Plena propiedad: el propietario conserva la totalidad de sus atributos.
b) Nuda propiedad: el propietario está desprovisto de la facultad de goce.
- 2) a) Propiedad absoluta: no tiene limitaciones en cuanto a su duración, ni está sujeta a gravamen o condición alguna.
b) Propiedad fiduciaria: está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición (Art. 733 CC).

46. C) En cuanto al sujeto.

1. Propiedad individual: tiene un solo titular.
2. Copropiedad o comunidad: varias personas son titulares del derecho de dominio sobre la misma cosa.

La Copropiedad.

47. Generalidades.

Existe copropiedad cuando varias personas ejercen sobre una misma cosa derechos de una misma naturaleza.

48. Comunidad y copropiedad.

Si la indivisión recae sobre una universalidad jurídica, debe hablarse más propiamente de comunidad; si recae sobre una especie, de copropiedad. *Para Alessandri, comunidad es genérico, y se refiere a cualquier derecho; copropiedad específico, referido sólo a la propiedad.*

49. Origen de la copropiedad o comunidad.⁴

- 1) Convencional: deriva de la voluntad de las partes. Ej. Dos personas adquieren una cosa en común.
- 2) Legal: tiene su origen en la ley. Ej.
 - a) Comunidad que se forma entre los herederos cuando muere una persona.
 - b) Comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos de una persona, cuando se disuelve la sociedad conyugal por esta muerte.

³ Existe??

⁴ Para Alessandri, las fuentes de la indivisión son los hechos (como la muerte), el contrato y la ley.

- c) Comunidad que se forma en caso de disolución de sociedades mientras se procede a la liquidación.

3) Judicial: tiene como fuente la resolución de un juez.

50. Duración de la indivisión.

Al legislador le interesa la libre circulación de los bienes; por eso no mira con buenos ojos a la indivisión, procurando que dure el menor tiempo posible.

- a) Indivisión de duración indeterminada: Ej. La que se forma con la muerte de una persona, pero cualquier heredero puede solicitar la liquidación.
- b) Indivisión de duración determinada: Ej. Dos personas que adquieren una cosa en común y pactan que la indivisión durará determinado tiempo, que no puede exceder de 5 años (Art. 1317 CC). Mientras dure el pacto, no se puede pedir la división.
- c) Indivisión de duración perpetua o forzada: Ej. Comunidad sobre las tumbas o mausoleos, o en los edificios divididos en pisos o departamentos.

51. Naturaleza jurídica de la copropiedad o comunidad.

1) Doctrina de la cuota ideal en el total de la comunidad.

Los indivisarios tienen una cuota abstracta, ideal, en el total de la comunidad, sin que sus derechos se radiquen en un bien particular. El problema está en determinar que clase de derecho tienen sobre las cosas que forman la indivisión:

- a) Planiol: es un derecho de dominio sujeto a la condición suspensiva de que, una vez partida la comunidad, se le adjudique ese bien particular.
- b) Demolombe: es un derecho de dominio sujeto a la condición resolutoria de que, una vez partida la comunidad, no se le adjudique ese bien particular.
- c) Es una expectativa de que, una vez terminada la comunidad, se le entreguen algunas de las cosas, en pago de la cuota ideal que tenía.

2) Doctrina romana.

La comunidad otorga a cada indivisario una cuota efectiva en cada una de las cosas que la forman. Se traduce en una doble situación:

- a) Cada comunero tiene un derecho de dominio sobre su cuota, que es absoluto, perpetuo y exclusivo.
- b) Sobre la cosa común hay un derecho colectivo (copropiedad).

3) Doctrina alemana de la propiedad colectiva.

Desaparece el derecho individual; los comuneros no tienen sobre la cosa ningún derecho. La comunidad es un patrimonio de afectación, no ligado a ninguna persona.

El CC acepta la doctrina romana. El comunero tiene un derecho absoluto sobre su cuota, lo que le autoriza para reivindicarla, venderla o hipotecarla sin necesidad del consentimiento de

los demás indivisarios (Arts. 892, 1812 y 2417 CC). Sobre la cosa común hay una copropiedad (Arts. 2304 y ss. CC).

52. Término de la comunidad.

Art. 2312 CC. “La comunidad termina,

1.º Por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona;

2.º Por la destrucción de la cosa común;

3.º Por la división del haber común.”

Art. 1317 inc. 1º CC. “Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario.”

Por ello, la acción de partición es imprescriptible. Pero excepcionalmente no puede usarse este derecho:

- a) Cuando se ha pactado la indivisión (no más de 5 años).
- b) Indivisión forzada.

III. DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

A. GENERALIDADES.

53. Concepto.

Los MAD son ciertos hechos materiales a los cuales la ley atribuye la virtud de hacer nacer o traspasar el derecho de dominio.

El CC no los define, pero los enumera, olvidando uno: la ley.

Art. 588 inc. 1º CC. “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte, y la prescripción.”

54. Campo de aplicación de cada uno de los MAD.

MAD sirven también para adquirir otros derechos personales.

Por medio de la ocupación pueden adquirirse solamente cosas corporales muebles.

La accesión se circunscribe a las cosas corporales.

Por prescripción puede adquirirse cosas corporales e incorporeales, pero de estas últimas, sólo los derechos reales, excepto las servidumbres discontinuas y las continuas aparentes.

La tradición permite adquirir toda clase de bienes.

Por sucesión por causa de muerte, se pueden adquirir no sólo cosas corporales e incorporeales, sino también universalidades jurídicas.

Excepcionalmente se puede adquirir una universalidad jurídica por tradición o prescripción: derecho de herencia.

B. CLASIFICACIONES DE LOS MODOS DE ADQUIRIR.

55. Originarios y derivativos.

Originarios: provocan el nacimiento de un derecho sin que haya una relación de causa a efecto con el antecesor, lo que no excluye la posibilidad de que otra persona haya sido titular del derecho. Son la ocupación, la accesión y la prescripción.

Derivativos: el dominio no nace en el titular, sino que hay traspaso de dominio, habiendo relación directa de causa a efecto entre antecesor y sucesor. Son la tradición y la sucesión por causa de muerte.

Importancia: nadie puede transmitir o transferir más derechos de los que tiene.

56. A título singular y a título universal.

A título singular: no permiten la adquisición de universalidades jurídicas.

A título universal: sí la permiten.

La ocupación y accesión son siempre a título singular. La sucesión por causa de muerte puede ser a título singular o universal. La tradición y prescripción son por regla general a título singular, pero en el caso del derecho de herencia, pueden ser a título universal.

57. Por acto entre vivos y por causa de muerte.

Por acto entre vivos: *presuponen la existencia de la persona de la cual deriva el derecho, o no presuponen la muerte ni existencia de otra persona porque el derecho se adquiere originariamente*. Son la ocupación, la accesión, la tradición y la prescripción.

Por causa de muerte: *presuponen la muerte de la persona de la cual se deriva el derecho*.

58. A título gratuito y a título oneroso.

A título gratuito: el adquirente no hace sacrificio pecuniario alguno.

A título oneroso: el adquirente hace un sacrificio pecuniario.

Son todos a título gratuito, salvo la tradición, que puede ser de ambas clases.

59. El dominio sólo se puede adquirir por un modo.

Se puede poseer las cosas por varios títulos (Art. 701 CC), pero sólo se pueden adquirir por un modo. *Cuando opera un modo, no opera otro*.

60. Título y modo de adquirir.

Título: causa que habilita para adquirir el dominio.

Art. 675 inc. 1º CC. "Para que valga la tradición se requiere un título translativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc."

En nuestro derecho, los contratos sólo generan derechos personales, jamás derechos reales (criterio romano).

Los demás modos de adquirir, ¿requieren también un título?

1. Alessandri: todos requieren título. En la ocupación, accesión y prescripción, el título se confunde con el modo; en la sucesión por causa de muerte, el título es el testamento o la

ley, según si es testada o abintestato. Esto se desprende de varias disposiciones (Arts. 588, 675, 702, 703 y 704 CC).

2. Correa, Somarriva: sólo la tradición requiere título.

- a) El Art. 703 CC se refiere al título que se requiere para la posesión, no para adquirir el dominio.
- b) Se puede suceder a una persona en parte abintestato y en parte testamentariamente. Se llegaría al absurdo de poder adquirir por dos títulos.
- c) La doctrina que exige título en todo caso es incompleta: no dice cuál es el título cuando el modo de adquirir es la ley.
- d) El Art. 588 CC sólo habla de modos de adquirir, no de títulos. Excepcionalmente se exige un título a la tradición, pero nada se dice del resto.
- e) Si en la ocupación, accesión y prescripción, el título se confunde con el modo, entonces el título es inútil. *Estos son títulos constitutivos para efectos de la posesión regular.*

CAPÍTULO III. LA OCUPACIÓN.

I. GENERALIDADES.

61. Definición.

Art. 606 CC. “Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional.”

Este concepto es inexacto, pues se limita a señalar las cosas objeto de ocupación.

Ocupación: *modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, mediante la aprehensión material de ellas, acompañada de la intención de adquirirlas, supuesto que la adquisición de esas cosas no esté prohibida por las leyes patrias ni por el Derecho Internacional.*

62. Elementos.

A) Debe tratarse de cosas que no pertenecen a nadie (res nullius):

1. Cosas que nunca han tenido dueño.
2. Cosas que han tenido dueño, pero que éste las ha abandonado para que las haga suyas el primer ocupante (res derelictae).
3. El tesoro, y los animales domésticos que recobran su libertad (*que quedan comprendidos en la categoría anterior, pues han tenido dueño*).

La ocupación, como modo de adquirir, se reduce a las cosas muebles, pues en Chile no hay tierras sin dueños.

B) Debe haber aprehensión material de la cosa, con intención de adquirirlas: deben concurrir ambos elementos, el real o material, y el intencional (el cual está ausente en incapaces absolutos). *La ocupación, entonces, se limita a los bienes corporales, pues no puede haber aprehensión material de los incorporeales.*

- C) La adquisición no debe estar prohibida por las leyes chilenas o por el Derecho Internacional: Ej. de lo primero: prohibición de caza y pesca en determinadas épocas (Art. 622 CC). Ej. de lo segundo: prohibición del pillaje.

II. DIVERSAS CLASES DE OCUPACIÓN.

63. Enunciado.

Cosas susceptibles de adquirirse por ocupación: animadas, inanimadas, especies al parecer perdidas y especies náufragas.

A. OCUPACIÓN DE COSAS ANIMADAS.

64. Caza y pesca.

Art. 607 CC. “La *caza y pesca* son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos.”

Art. 608 CC. “Se llaman animales *bravíos* o *salvajes* los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; *domésticos* los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas; y *domesticados* los que sin embargo de ser bravíos por su naturaleza se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre.

Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos.”

En consecuencia, sólo pueden adquirirse por medio de la caza y pesca los animales bravíos, y los domesticados cuando vuelven a su calidad de bravíos.

65. Reglas relativas a la caza.

Art. 609 CC. “El ejercicio de la caza estará sujeto al cumplimiento de la legislación especial que la regule.

No se podrá cazar sino en tierras propias, o en las ajenas con permiso del dueño.”

Art. 610 CC. “Si alguno cazare en tierras ajenas sin permiso del dueño, cuando por ley estaba obligado a obtenerlo, lo que cace será para el dueño, a quien además indemnizará de todo perjuicio.”

Esto esta sancionado también en los Arts. 494 N° 21 y 496 N° 34 CP.

66. Reglas relativas a la pesca.

Art. 611 CC. “La caza marítima y la pesca se regularán por las disposiciones de este Código y, preferentemente, por la legislación especial que rijan al efecto.”⁵

Los Arts. 612 y 613 CC contemplan una serie de facilidades para los pescadores, para que desempeñen eficientemente sus labores.

⁵ Aquí hay una serie de normas especiales que supongo que no importan.

El Art. 615 CC contiene una prohibición para los pescadores fluviales: no pueden usar edificios y terrenos cultivados en las riberas, ni atravesar cercas.

Art. 622 CC. “En lo demás, el ejercicio de la caza y de la pesca estará sujeto a las ordenanzas especiales que sobre estas materias se dicten.

No se podrá, pues, cazar o pescar sino en lugares, en temporadas, y con armas y procedimientos, que no estén prohibidos.”

B. OCUPACIÓN DE COSAS INANIMADAS.

67. Invención o hallazgo.

Art. 624 incs. 1º y 2º CC. “La *invención* o *hallazgo* es una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie, adquiere su dominio, apoderándose de ella.

De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras substancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior.”

Las cosas que presentan señales de dominio anterior no son res nullius, sino especies al parecer perdidas, por lo que no se pueden adquirir por invención o hallazgo.

68. Cosas abandonadas al primer ocupante.

Art. 624 inc. 3º CC. “Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante.”

Esta disposición asimila las res derelictae a las res nullius.

Para que una cosa sea res derelictae, debe existir por parte del dueño el ánimo manifiesto de renunciar a su dominio.

69. El Tesoro.

Art. 625 CC. “El descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo.

Se llama tesoro la moneda o joyas, u otros efectos preciosos, que elaborados por el hombre han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño.”

En este caso no es necesaria la aprehensión material por parte del descubridor, hay una aprehensión presunta.

Para saber a quién pertenece el tesoro, hay que distinguir:

- a) Si se encuentra en terreno propio: Art. 626 inc. final CC: “En los demás casos, o cuando sean una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno.”
- b) Si es descubierto por un tercero en terreno ajeno: Art. 626 incs. 1º y 2º CC. “El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento.
Pero esta última no tendrá derecho a su porción, sino cuando el descubrimiento sea fortuito o cuando se haya buscado el tesoro con permiso del dueño del terreno.

- 1) Si el descubrimiento ha sido fortuito o producto de pesquisas autorizadas por el dueño: se divide por partes iguales.
- 2) Si el descubrimiento fue sin permiso del dueño o contra su voluntad: pertenece totalmente al dueño del suelo.

(Ver también Arts. 627 y 628 CC⁶)

70. La captura bélica.

Captura bélica: *despojo de los bienes del vencido en provecho del vencedor. Es botín si es guerra terrestre; y presa si es marítima.*

Los bienes adquiridos por captura bélica pertenecen al Estado (Art. 640 CC). Los particulares no pueden adquirir el dominio de las propiedades enemigas por esta forma de ocupación. *Sólo la puede invocar el Estado.*

Este principio está desarrollado en los Arts. 641 y 642 CC. *Si un particular (bandido, pirata, insurgente) se apodera de alguna cosa, no adquiere el dominio.*

C. ESPECIES AL PARECER PERDIDAS Y ESPECIES NÁUFRAGAS.

71. Generalidades.

No son res nullius, por lo que en principio no pueden ser objeto de ocupación. Pero si el dueño no las reclama, se subastan, y el producto se reparte en partes iguales entre la persona que las encontró y la municipalidad respectiva.

Todo esto está regulado en detalle en los Arts. 629 a 639 CC.

CAPÍTULO IV. LA ACCESIÓN.

I. GENERALIDADES.

72. Definición y caracteres.

Art. 643 CC. “La *accesión* es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles.”

En derecho chileno, la accesión es un modo de adquirir, pues el CC le da ese carácter, pero en doctrina, algunos opinan que le falta un requisito: la voluntad de adquirir el dominio. La accesión sería una manifestación o simple extensión del derecho de dominio.

II. DIVERSAS CLASES DE ACCESIÓN.

73. Accesión de frutos y accesión propiamente tal.

⁶ Son sobre un caso muy específico... espero que no importe.

Esta clasificación se desprende del Art. 643 CC: es de frutos cuando se adquiere lo que la cosa produce (*accesión discreta*); es propiamente tal cuando se adquiere lo que se junta a la cosa (*accesión continua*).

A. ACCESIÓN DE FRUTOS.

74. Crítica.

No es accesión ni modo de adquirir. Cuando los frutos están unidos a la cosa que los produce, forman un todo con ella, y cuando se separan, deja de haber accesión. Sin embargo, sería una accesión según el Art. 643 CC.

75. Frutos y productos.

En el Art. 643 CC el legislador confunde frutos con productos.

Producto es todo lo que se obtiene de la cosa o sale de ella. Los productos se dividen en productos propiamente tales y frutos. Frutos es lo que produce periódicamente (*periodicidad*) una cosa, según su destino natural y sin desmedro o disminución sensible de su substancia (*conservación de la substancia*).

Esto importa para efectos de constituir derechos a favor de terceras personas, pues por regla general, sólo se cede el derecho a gozar de los frutos.

Los frutos pueden ser naturales o civiles.

- a) Art. 644 CC. “Se llaman frutos *naturales* los que da la naturaleza ayudada o no de la industria humana.”

Pertenecen al dueño de la cosa que los produce, pero sobre ellos se puede constituir un derecho a favor de un tercero (Art. 646 CC).

Pueden encontrarse en 3 estados:

Art. 645 CC. “Los frutos naturales se llaman *pendientes* mientras que adhieren todavía a la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo, o los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas.

Frutos naturales *percibidos* son los que han sido separados de la cosa productiva, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados, etc.; y se dicen *consumidos* cuando se han consumido verdaderamente o se han enajenado.”

- b) Art. 647 CC. “Se llaman frutos *civiles* los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

Los frutos civiles se llaman *pendientes* mientras se deben; y *percibidos*, desde que se cobran.” (entendido como desde que se pagan)

Los frutos civiles son *las utilidades que se obtienen de una cosa como equivalente del uso y goce que de ella se proporciona a un tercero*. La enumeración de la disposición es ejemplar.

Art. 648 CC. “Los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales.”

B. ACCESIÓN PROPIAMENTE TAL.

76. Enunciado.

Se produce cuando una cosa se junta a otra, ya sea en forma natural o artificial. *Se trata de dos cosas de distintos dueños, que se unen formando un todo indivisible.* En aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, *el dueño de la cosa principal se hace dueño de la accesorio.*

Puede ser:

1) Accesión de inmueble a inmueble o natural.

77. A) Aluvión.

Art. 649 CC. “Se llama *aluvión* el aumento que recibe la ribera de la mar o de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas.”

Requisitos:

- a) El retiro de las aguas debe ser lento e imperceptible.
- b) El retiro debe, además, ser definitivo, de acuerdo al Art. 650 inc. 2º CC.

Art. 650 inc. 1º CC. “El terreno de aluvión accede a las heredades ribejanas dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua; pero en puertos habilitados pertenecerá al Estado.”

Pero si las líneas se cruzan antes de llegar al agua, el triángulo se divide entre las dos propiedades (Art. 651 CC).

78. B) Avulsión.

Avulsión: acrecentamiento de un predio por la brusca avenida u otra fuerza natural violenta, que transporta una porción de suelo de un fundo al fundo de otra persona.

Art. 652 CC. “Sobre la parte del suelo que por una avenida o por otra fuerza natural violenta es transportada de un sitio a otro, conserva el dueño su dominio, para el solo efecto de llevársela; pero si no la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio a que fue transportada.”

Art. 653 CC. “Si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas dentro de los cinco años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños.” En consecuencia, si el terreno no es devuelto por las aguas en 5 años, el dueño pierde su dominio en forma definitiva.

79. C) Mutación del álveo o cambio de cauce de un río.

- 1) El río se carga a una de las riberas, dejando la otra en seco, o bien cambia enteramente de cauce, abandonando totalmente el anterior:

Art. 654 CC. “Si un río varía de curso, podrán los propietarios ribejanos, con permiso de autoridad competente, hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce; y la parte de éste que permanentemente quedare en seco, accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión en el caso del artículo 650.

Concurriendo los riberanos de un lado con los del otro, una línea longitudinal dividirá el nuevo terreno en dos partes iguales; y cada una de éstas accederá a las heredades contiguas, como en el caso del mismo artículo.”

- a) Si se carga a una de las riberas, el terreno de la que queda seca accede a los propietarios respectivos.
- b) Si cambia totalmente su curso, se divide el cauce abandonado en dos partes iguales que acceden al propietario de la respectiva ribera.

2) El río se divide en dos brazos que no vuelven a juntarse:

Art. 655 CC. “Si un río se divide en dos brazos, que no vuelven después a juntarse, las partes del anterior cauce que el agua dejare descubiertas accederán a las heredades contiguas, como en el caso del artículo precedente.”

80. D) Formación de nueva isla.

Está regulada en el Art. 656 CC⁷. Para que ocurra esta forma de accesión, deben cumplirse dos requisitos:

- c) Que la isla se forme en ríos o lagos no navegables por buques de más de 100 toneladas. De lo contrario, pertenecen al Estado, de acuerdo al Art. 597 CC.
- d) Que la isla se forme con carácter definitivo, de acuerdo al Art. 656 regla 1ª CC.

Para determinar a quién pertenece la isla, hay que distinguir:

- 1) La isla se forma por abrirse el río en 2 brazos que se vuelven a juntar: no se altera el anterior dominio de los terrenos comprendidos en ella, pero el nuevo terreno descubierto accede a los terrenos contiguos (Art. 656 regla 2ª CC).
- 2) La isla se forma en el lecho del río (Art. 656 regla 3ª CC):
 - a) Si toda la isla está más cercana a una de las riberas, accede a las heredades de esa ribera, dentro de sus líneas de demarcación proyectadas sobre la isla (inc. 1º).
 - b) Si toda la isla no está más cerca de una ribera que de la otra, accede a las heredades de ambas, dentro de sus líneas de demarcación proyectada sobre la isla (inc. 2º).

Si una parte de la isla corresponde a dos o más heredades, se divide en partes iguales (inc. 3º).

- 3) La isla se forma en un lago: se aplica la regla b) recién mencionada, pero no tienen parte las heredades cuya menor distancia a la isla exceda de la mitad del diámetro de ella, medido la dirección de esa misma distancia (Art. 656 regla 6ª CC).

2) Accesión de mueble a inmueble o industrial.

81. Definición y requisitos.

Tiene lugar en los casos de edificación y plantación o siembra ejecutadas en un inmueble, cuando los materiales, plantas o semillas pertenecen a una persona distinta del dueño del suelo. Está regulada en los Arts. 668 y 669 CC⁸.

⁷ Que no inserto porque es muy largo...

Requisitos:

- a) Ausencia de vínculo contractual entre el dueño del suelo y el de los materiales, plantas o semillas.
- b) Los materiales, plantas o semillas deben haberse incorporado en forma definitiva al suelo (Art. 668 inc. final CC), *es decir, que lleguen a ser inmuebles por adherencia*.

Por aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el dueño del suelo (que se estima que es la cosa principal) se hace dueño de lo edificado, plantado o sembrado. Pero el dueño de los materiales tiene derecho a una indemnización, *pues nadie puede enriquecerse sin causa*, para lo cual hay que distinguir:

- 1) Se edifica, planta o siembra con materiales ajenos en suelo propio:
 - A) El dueño de los materiales no tenía conocimiento del uso que le daba el dueño del inmueble: este último se hace dueño de lo edificado, plantado o sembrado, pero es necesario distinguir:
 1. Si ha procedido con justa causa de error (creía fundadamente que los materiales eran suyos; *ha obrado de buena fe*): debe pagar al dueño de los materiales el justo precio de ellos o restituirle otro tanto de igual naturaleza y aptitud (Art. 668 inc. 1º CC). La elección es del dueño del suelo.
 2. Si ha procedido sin justa causa de error: además de lo anterior, debe indemnizar perjuicios (Art. 668 inc. 2º CC).
 3. Si ha procedido a sabiendas de que eran ajenos (de mala fe): además de los dos anteriores, queda sujeto a la acción penal correspondiente.
 - B) El dueño de los materiales tuvo conocimiento del uso que se les daba: el dueño del suelo se hace dueño de lo edificado, plantado o sembrado, y sólo debe pagar el justo precio de los materiales, independiente de cómo haya procedido. Hay una convención tácita entre ambas personas. *Para Alessandri, hay una compraventa, por lo tanto se adquiere por tradición, no por accesión*.
- 2) Se edifica, planta o siembra con materiales propios en suelo ajeno:
 - A) El dueño del suelo no tuvo conocimiento: tiene un derecho optativo: hacerse dueño de lo edificado, plantado o sembrado pagando las indemnizaciones prescritas para los poseedores de buena o mala fe en la reivindicación, o exigir el pago del justo precio del terreno con los intereses legales por el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró, el pago de la renta e indemnización de perjuicios (Art. 669 inc. 1º CC).
 - B) El dueño del suelo tuvo conocimiento: debe pagar el valor del edificio, plantación o sementera para recobrar el terreno (Art. 669 inc. 2º CC). *Aquí también habría tradición, no accesión*.
- 3) Se edifica, planta o siembra con materiales ajenos en suelo ajeno: no está contemplado por el legislador. No hay relación entre ambos dueños, sino que cada uno debe resolver su situación con el que operó la accesión.

3) Accesión de mueble a mueble.

Se produce cuando se unen dos cosas muebles pertenecientes a distintos dueños. La cosa accesorio pasa a pertenecer al dueño de la principal.

⁸ También muy largos, aunque la explicación es casi textual.

82. A) Adjunción.

Art. 657 CC. “La *adjunción* es una especie de accesión, y se verifica cuando dos cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños se juntan una a otra, pero de modo que puedan separarse y subsistir cada una después de separada; como cuando el diamante de una persona se engasta en el oro de otra, o en un marco ajeno se pone un espejo propio.”

Esta definición es mala, pues da entender que es necesario para la adjunción el que las cosas puedan separarse. También hay adjunción cuando no pueden separarse, o cuando la separación es difícil; lo relevante es que las cosas conserven su fisonomía individual.

Art. 658 CC. “En los casos de adjunción, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dominio de lo accesorio accederá al dominio de lo principal, con el gravamen de pagar al dueño de la parte accesoría su valor.”

Para determinar cuál es la cosa principal, se dan las siguientes reglas:

1) Art. 659 CC. “Si de las dos cosas unidas, la una es de mucho más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal y la segunda como lo accesorio.

Se mirará como de más estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección.”

2) Art. 660 CC. “Si no hubiere tanta diferencia en la estimación, aquella de las dos cosas que sirva para el uso, ornato o complemento de la otra, se tendrá por accesoría.”

3) Art. 661 CC. “En los casos a que no pudiere aplicarse ninguna de las reglas precedentes, se mirará como principal lo de más volumen.”

4) Si son del mismo volumen, hay comunidad. *El legislador no lo prevé, pero debe resolverse de acuerdo a la equidad.*

83. B) Especificación.

Art. 662 CC. “Otra especie de accesión es la *especificación*, que se verifica cuando de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera, como si de uvas ajenas se hace vino, o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave.

No habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dueño de la materia tendrá derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura.

A menos que en la obra o artefacto el precio de la nueva especie valga mucho más que el de la materia, como cuando se pinta en lienzo ajeno, o de mármol ajeno se hace una estatua; pues en este caso la nueva especie pertenecerá al especificante, y el dueño de la materia tendrá solamente derecho a la indemnización de perjuicios.

Si la materia del artefacto es, en parte, ajena, y, en parte, propia del que la hizo o mandó hacer, y las dos partes no pueden separarse sin inconveniente, la especie pertenecerá en común a los dos propietarios; al uno a prorrata del valor de su materia, y al otro a prorrata del valor de la suya y de la hechura.”

84. C) Mezcla.

Art. 663 CC. “Si se forma una cosa por *mezcla* de materias áridas o líquidas, pertenecientes a diferentes dueños, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dominio de la cosa pertenecerá a dichos dueños proindiviso, a prorrata del valor de la materia que a cada uno pertenezca.

A menos que el valor de la materia perteneciente a uno de ellos fuere considerablemente superior, pues en tal caso el dueño de ella tendrá derecho para reclamar la cosa producida por la mezcla, pagando el precio de la materia restante.”

Es requisito de la mezcla el que sea imposible separar las dos materias. *Para Alessandri, lo esencial es que las dos materias se confunden, dejando de ser reconocibles.*

En los Arts. 664 a 667 CC hay reglas aplicables a los tres tipos de accesión mueble a mueble⁹.

CAPÍTULO V. LA TRADICIÓN¹⁰.

I. GENERALIDADES.

85. Definición.

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

Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.”

86. Campo de aplicación e importancia.

De acuerdo al Art. 670 inc. 2º CC, permite adquirir todos los derechos reales, no sólo el dominio. Incluso permite adquirir derechos personales (Art. 699 CC).

Mediante la tradición se puede adquirir cosas singulares y universalidades jurídicas, como el derecho de herencia.

Es un modo de adquirir muy usado, pues el contrato más frecuente (la compraventa) lo requiere para adquirir el dominio. Es el único modo que puede transformar el derecho personal nacido de un contrato en derecho real.

Además, es requisito para adquirir las cosas por prescripción ordinaria cuando se invoca un título traslativo de dominio.

87. Entrega y tradición.

Son distintas, pero el CC las confunde en varias disposiciones.

⁹ Leerlos... me da lata pegarlos.

¹⁰ En esta parte, el resumen es una mezcla de Kiverstein y Alessandri, por la importancia de la materia. En Alessandri está mejor explicado, aunque omití algunas partes que son muy específicas.

En general, la entrega es el traspaso material de una cosa de una persona a otra. Tradición consiste en una entrega más el elemento intencional: debe existir en el tradente y el adquirente la intención de transferir y adquirir el dominio.

Esta intención se manifiesta en un título traslativo de dominio; en la entrega hay un título de mera tenencia.

En virtud de la tradición, la persona que recibe se hace dueño o poseedor; en la entrega, existe solamente un mero tenedor.

88. Características.

- a) Es un modo de adquirir derivativo: el adquirente no adquiere más derechos que los que tenía el tradente (Art. 682 CC).
- b) Puede ser a título gratuito o a título oneroso, según lo sea la causa que le sirve de antecedente.
- c) Es, por regla general, a título singular; excepcionalmente se admite la tradición a título universal respecto del derecho de herencia (no se transfiere el patrimonio del tradente, sino el del causante, que ha pasado a manos del heredero).
- d) Opera entre vivos.
- e) Es una convención, y no un contrato, pues con ella se extinguen obligaciones.

II. REQUISITOS DE LA TRADICIÓN.

89. Enumeración.

- 1. Presencia de dos personas: tradente y adquirente.
- 2. Consentimiento de esas dos personas.
- 3. Existencia de un título traslativo de dominio.
- 4. Entrega de la cosa.

90. 1) Presencia de dos personas.

Es indispensable en tanto la tradición es una convención.

Art. 671 inc. 1º CC. “Se llama *tradente* la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre, y *adquirente* la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre.”

El tradente debe reunir las siguientes condiciones:

- 1. Debe ser dueño de la cosa o titular del derecho que transfiere: la tradición hecha por quien no es dueño es válida, pero no transfiere el dominio, sino sólo los derechos transferibles que tiene el tradente sobre la cosa. Pero si el tradente adquiere el dominio con posterioridad, se entiende que el adquirente es dueño desde el momento de la tradición (Arts. 682 y 683 CC).
- 2. Debe tener la facultad e intención de transferir el dominio: debe darse por supuesto que debe tener capacidad de ejercicio o actuar habilitado conforme a la ley, como en todo acto jurídico. Pero debe tener además la facultad de transferir el dominio, lo que no tiene que

ver con la capacidad, sino con otras circunstancias. Ej. Cónyuges no pueden celebrar compraventa y su consecuente tradición.

El adquirente debe a su vez tener la capacidad e intención de adquirir el dominio. El CC habla de capacidad, pero en realidad se refiere a la facultad de adquirir el dominio sobre la cosa. Es evidente que debe ser capaz en los mismos términos que el tradente.

En cuanto a la intención de transferir y adquirir el dominio, respectivamente, si ésta falta, no hay transferencia de dominio.

91. 2) Consentimiento del tradente y del adquirente.

La tradición, como acto jurídico bilateral, requiere el consentimiento de las partes.

Art. 672 CC. “Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante.

Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño.”

Art. 673 CC. “La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante.

Pero la tradición que en su principio fue inválida por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación.”

De acuerdo a la teoría general de los actos jurídicos, si falta la voluntad, el acto no existe, o tiene un vicio de nulidad absoluta. Pero de acuerdo a los incs. 2º de los artículos anteriores, la tradición en ese caso se puede ratificar, lo que parece absurdo. Lo que ocurre en realidad es que estas disposiciones se refieren a la inoponibilidad de la tradición hecha por quién no es dueño.

La tradición puede hacerse por medio de representantes:

Art. 671 inc. 2º, 3º y final CC. “Pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios, o sus representantes legales.

En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal.

La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por o a el respectivo mandante.”

Hay quienes sostienen que en la venta forzada no hay tradición, porque falta la voluntad del tradente. Pero esta voluntad la encontramos en el derecho de prenda general de los acreedores: el deudor, al contraer una obligación, sabe que compromete todos sus bienes al cumplimiento de la prestación. También por aplicación de la “ley del contrato.

92. Error en la tradición.

En cuanto a los vicios del consentimiento en la tradición, el legislador sólo ha regulado el error. En los demás, se aplican las reglas generales. Clases de error:

A) Error en la cosa tradida:

De acuerdo al Art. 676 CC, este error acarrea la nulidad de la tradición. Esto concuerda con el Art. 1453 CC, según el cual, el error sobre la identidad de la cosa produce la nulidad absoluta, o como algunos piensan, la inexistencia del acto.

B) Error en cuanto a la persona del adquirente:

La tradición es el cumplimiento de la obligación que nace del contrato, y el pago debe hacerse al acreedor, pues de lo contrario, es nulo (Art. 1567 CC). Ello explica que el error en la persona del adquirente vicie el consentimiento (Art. 676 CC), lo que no ocurre con el error en la persona del tradente, pues no es necesario que pague el deudor.

Si el error recae sólo sobre el nombre, la tradición es válida (Art. 676 inc. 2º CC).

C) Error en cuanto al título:

El Art. 677 CC contempla 2 hipótesis, y en ambas la tradición es nula:

- 1) Ambas partes entienden que hay un título traslativo, pero no coinciden en cuanto a la naturaleza del mismo.
- 2) Una persona entiende que hay título traslativo de dominio y la otra entiende que hay sólo un título de mera tenencia.

93. 3) Existencia de un título traslativo de dominio.

Art. 675 CC. “Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

Se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges.”

Si no hay título, no hay tradición. Para algunos, es el título el que requiere la tradición.

Art. 703 inc. 3º CC. “Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos.”

Títulos traslativos: contratos que dan derecho a una parte para exigir a la otra que le transfiera el dominio de la cosa.

Enumeración más o menos completa: compraventa, permuta, donación, aporte en propiedad a una sociedad, mutuo, cuasi usufructo, transacción cuando recae sobre un objeto no disputado, novación y para algunos la dación en pago (Alessandri opina que no).

El título debe ser válido en sí mismo y respecto de la persona a quien se confiere. Como el título es el antecedente de la tradición, todo vicio en el título se extiende a ella.

94. 4) Entrega de la cosa.

Es el hecho material presente en la tradición.

III. DIVERSAS CLASES DE TRADICIÓN.

95. Enumeración.

- A) Tradición de derechos reales sobre cosa corporal mueble.
- B) Tradición de derechos reales sobre cosa corporal inmuebles.
- C) Tradición del derecho de herencia.
- D) Tradición de los derechos personales.

96. A) Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal mueble.

a) Tradición real:

Art. 684 CC. “La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes:

- 1.º Permitiéndole la aprensión material de una cosa presente;
- 2.º Mostrándosela;...”

Para Alessandri, este N° 2 es una tradición ficta, pues la real consiste en entregar la cosa o permitir su aprehensión material.

b) Tradiciones fictas:

- 1) Simbólica: se hace por medio de un signo que representa la cosa tradida.
“3.º Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa;
4.º Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido; y...”
- 2) De larga mano: se finge alargada la mano hasta tomar posesión de un objeto distante, o supone una mano bastante larga para tomar posesión de toda la cosa.
“2.º Mostrándosela;...”
- 3) Por breve mano: el mero tenedor de una cosa llega a ser adquirente y dueño de ella.
“5.º Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translativo de dominio;...”
- 4) Constitutum possessorium: en virtud del contrato el dueño de la cosa se constituye en mero tenedor.
“5.º ...y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.”

Art. 685 CC. “Cuando con permiso del dueño de un predio se toman en él piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio, la tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos.

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

Las reglas del Art. 684 CC constituyen la regla general en materia de tradición.

Se discute si la enumeración de la disposición es o no taxativa. Para Claro Solar no lo es, lo que ha apoyado la CS; para Victorio Pescio sí lo es, pues se trata de una ficción que sólo puede ser creada por norma expresa.

97. B) Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal inmueble.

Art. 686 CC. “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca.

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería.”

Es necesario señalar que los derechos de uso y habitación son personalísimos, por lo tanto su tradición no puede realizarse.

Art. 698 CC. “La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato.” Esta es la excepción a la regla general de la tradición mediante la inscripción. La contra excepción es la servidumbre de alcantarillado en predio urbano.

98. C) Tradición del derecho real de herencia.

El Art. 686 CC no contempla, entre los derechos reales, el de herencia. ¿Cómo se efectúa su tradición? Debemos determinar su carácter:

- 1) Leopoldo Urrutia: la herencia es una universalidad jurídica distinta de los bienes que la componen, y como tal, no tiene el carácter de mueble o inmueble. En consecuencia, la tradición del derecho de herencia se hace de acuerdo a las reglas generales del Art. 684 CC. Este es el criterio que en general ha seguido la jurisprudencia.
- 2) José Ramón Gutiérrez: el derecho de herencia es mueble o inmueble según lo sean las cosas singulares en que ha de ejercerse. Por tanto, si la herencia comprende sólo muebles, se aplican las reglas generales del Art. 684 CC; si comprende sólo inmuebles, se aplica la regla de los inmuebles del Art. 686 CC; y si comprende ambos, se aplica también esta última regla.

99. D) Tradición de los derechos personales.

Art. 699 CC. “La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro se verifica por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario.”

Art. 1901 CC. “La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título.”

En este caso, el título se refiere al instrumento en el que consta el acto. Según Alessandri, la disposición no se refiere a la entrega material del título, pues si así fuera, no se podría ceder créditos que no constan por escrito. La tradición del derecho personal se puede hacer con la entrega material del título, pero también de manera simbólica.

Es necesario atender a la naturaleza del título:

1. Nominativo: Art. 1902 CC. “La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.” (Esto es adicional a la entrega del Art. 1901 CC) Es la tradición que está regulada en el Título XXV Libro IV CC.
2. A la orden: por medio del endoso. Se regula en el CCom.
3. Al portador: basta la sola entrega. También se regula en el CCom.

IV. EFECTOS DE LA TRADICIÓN.

100. Diversos casos.

El efecto natural es transferir el dominio o el derecho real constituido sobre la cosa. Pero hay que distinguir diversas situaciones:

- 1) El tradente es dueño de la cosa y tiene la facultad de enajenar: la tradición transfiere el dominio.
- 2) El tradente no es el dueño de la cosa: la tradición es válida, el tradente transfiere los derechos transferibles que tenga sobre la cosa, pero no transfiere el dominio. Pueden presentarse 3 situaciones:
 - a) El tradente es poseedor regular de la cosa: si el adquirente está de buena fe, adquiere la posesión regular, pero no del tradente: la posesión no se transfiere ni se transmite. La tradición constituye justo título la posesión regular.
 - b) El tradente es poseedor irregular: si el adquirente está de buena fe, mejora el título del tradente, pues adquiere igualmente la posesión regular, para la cual la tradición es el justo título.
 - c) El tradente es un mero tenedor: ocurre para el adquirente lo mismo que en el caso anterior.

Hay que tener presente que si el tradente adquiere después el dominio, se entiende que lo ha transferido desde el momento de la tradición (Art. 682 inc. 2º CC).

101. Cuándo puede pedirse la tradición.

Art. 681 CC. “Se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga decreto judicial en contrario.”

En consecuencia, se puede pedir inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo:

- 1) Si el título es condicional.
- 2) Si hay plazo pendiente para el pago.
- 3) Si ha intervenido decreto judicial en contrario (se refiere a la retención del pago del Art. 1578 CC, y al embargo del Art. 1464 N° 3 CC).

102. Tradición sujeta a modalidades.

Art. 680 inc. 1º CC. “La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese.”

- 1) Tradición bajo condición resolutoria: en realidad, la condición existe en el título que precede a la tradición, lo que se extiende a ella, pues en sí misma no puede ser bajo condición resolutoria.

Según Alessandri, también puede transferirse bajo condición resolutoria tácita (la del Art. 1489 CC que está envuelta en los contratos bilaterales), aunque algunos opinan que no.

- 2) Tradición bajo condición suspensiva: la entrega hecha con anterioridad al cumplimiento de la condición no transfiere el dominio. Cumplida la condición, la transferencia opera de pleno derecho.

Art. 680 inc. 2º CC. “Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.”

Esta disposición, que se refiere a la cláusula de reserva del dominio, está en contradicción con los Arts. 1873 y 1874 CC, que señalan que esta cláusula no produce otro efecto el de la condición resolutoria tácita¹¹, operando de todos modos la tradición, pero sujeta a condición resolutoria.

La solución está dada por el principio de especialidad: priman las disposiciones ubicadas en el título de la compraventa.

V. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES.

103. Fines perseguidos por el legislador.

- a) Es la única manera de realizar la tradición de los inmuebles y los derechos reales constituidos en ellos (excepto servidumbres y derecho de herencia).

- b) Da publicidad a la propiedad territorial: consultando las inscripciones, cualquiera puede saber a quién pertenece un inmueble, sus gravámenes, prohibiciones, etc.

Este es el objetivo de la inscripción de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de un inmueble (Art. 689 CC); esta inscripción no puede ser considerada tradición, pues ha operado el MAD prescripción, por lo tanto se inscribe para que produzca efectos respecto de terceros.

En el caso de las inscripciones exigidas en las transmisiones hereditarias (Art. 688 CC), ocurre lo mismo: no es tradición, pues ha operado la sucesión por causa de muerte; la inscripción sirve para conservar la historia de la propiedad raíz.

- c) Es requisito, prueba y garantía de la posesión de los bienes raíces: Arts. 724, 924, 728 y 2505 CC.

- d) En ciertos casos, es solemnidad del acto jurídico: donaciones entre vivos, fideicomisos sobre inmueble, usufructos sobre inmueble por acto entre vivos, constitución de derechos de uso y habitación, validez del censo y validez de la hipoteca. Algunos opinan que en el caso de las donaciones, censo y especialmente hipoteca, la inscripción no es solemnidad sino la manera de hacer la tradición de los respectivos derechos.

104. La inscripción no es prueba de dominio.

¹¹ Ambos libros dicen “cualquier condición resolutoria”, pero el Art. 1873 CC concede el derecho alternativo de exigir el cumplimiento o la resolución, efecto que no se produce en la condición resolutoria ordinaria.

La inscripción sólo prueba la posesión; la única manera de probar el dominio es mediante la prescripción. Esto se debe a que, cuando se estableció el sistema de inscripción, ésta no se hizo obligatoria.

Lo que viene son los principales regímenes territoriales¹²:

105. Sistema de legalidad (usado en Alemania)¹³.

La inscripción es prueba del dominio, porque el interesado en inscribir su propiedad debe llevar los títulos que lo acreditan al Registro.

En cuanto a la hipoteca, se puede constituir como contrato principal ante el Conservador, el cual la inscribe y le entrega al propietario una carta hipotecaria, que se puede tranzar en el mercado.

106. Sistema del acta Torrens (usado en Australia).

Se creó para equipar las tierras públicas (que emanaban directamente de la Corona) de aquellas que emanaban de los privados. Por eso, se supuso ficticiamente que cada vez que se enajenaba un inmueble, volvía a la Corona y era ésta quien lo concedía.

Quien inscribe el inmueble, debe presentar los títulos al Registro, y éste emite dos certificados: uno para el propietario y uno queda en el Registro. Para transferirlo o gravarlo, se llena una fórmula del contrato respectivo y se envía al Registro junto con el certificado. Se anula el certificado y se emite uno nuevo.

Aquí la inscripción es prueba del dominio; el problema es que la facilidad del trámite de transferencia se presta para el fraude.

107. Sistema de transcripción (usado en Francia).

El requirente de la transcripción lleva al Conservador 2 ejemplares del acto, de los cuales uno está escrito de acuerdo a una fórmula. Éste queda guardado en el Conservador, y al otro se le estampa la mención a la transcripción y se le devuelve al requirente. Pero esto se efectúa sólo con fines de publicidad en favor de terceros, y no es obligatorio. Si no se realiza, el acto es válido entre las partes, y el derecho transferido o constituido queda firme por el solo contrato. Pero contrato y derecho son inoponibles.

VI. REGISTRO DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES.

108. Generalidades.

¹² Que en realidad dudo que tenga alguna importancia...

¹³ Aquí los números vuelven a coincidir.

De acuerdo al Art. 695 CC, se dictó el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Existe un CBR¹⁴ en cada territorio jurisdiccional de un juez de letras. En algunos lugares, el cargo puede desempeñarlo el notario. En Santiago, excepcionalmente, existen 3 funcionarios a cargo de cada uno de los Registros.

109. Libros que lleva el CBR.

1) Repertorio:

En él se anotan todos los títulos que se le presentan al CBR, cualquiera sea su naturaleza, en orden cronológico. Si el título reúne los requisitos exigidos, se inscribe en el Registro, y la fecha de inscripción se retrotrae a la de la anotación.

La anotación dura dos meses, dentro de los cuales debe convertirse en inscripción. Pasado ese tiempo, la anotación caduca.

2) Registro:

Se compone de tres libros:

- a) Registro de Propiedad: en él se inscriben las transferencias de dominio.
- b) Registro de Hipotecas y Gravámenes: en él se inscriben las hipotecas, censos, derechos de usufructo, uso y habitación, fideicomisos, servidumbres, etc.
- c) Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar: en él se inscribe, además de las interdicciones y prohibiciones de enajenar, todo impedimento o prohibición referente a bienes raíces, sea convencional, legal o judicial, que limite de alguna forma la libre enajenación.

3) Índice General.

110. Inscripción de títulos.

A) Títulos que deben inscribirse:

Art. 52 Reglamento: “Deberán inscribirse en el Registro Conservatorio:

1.º Los títulos traslaticios de dominio de los bienes raíces; los títulos de derecho de usufructo, uso, habitación, censo e hipoteca constituidos en inmuebles, y la sentencia ejecutoria que declare la prescripción adquisitiva del dominio o de cualquiera de los dichos derechos.

Acerca de la inscripción de los títulos relativos a minas, se estará a lo prevenido en el Código de Minería;

2.º La constitución de los fideicomisos que comprendan o afecten bienes raíces; la del usufructo, uso y habitación que hayan de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos; la constitución, división, reducción y redención del censo; la constitución de censo vitalicio, y la constitución de la hipoteca.

Las reglas relativas a la hipoteca de naves pertenecen al Código de Comercio;

3.º La renuncia de cualquiera de los derechos enumerados anteriormente;

¹⁴ Conservador de Bienes Raíces.

4.º Los decretos de interdicción provisoria y definitiva, el de rehabilitación del disipador y demente, el que confiera la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y el que conceda el beneficio de separación de bienes, según el artículo 1385 del Código Civil.”

Alessandri agrega (entre otras):

5.º Actos relacionados con la sucesión por causa de muerte (Art. 688 CC).

6.º Impedimentos o prohibiciones referentes a inmuebles (Art. 297 inc. 1º CPC, para que produzcan efectos respecto de terceros, pese a que el Art. 53 del Reglamento dice que pueden inscribirse).

9.º Incripciones señaladas por la Ley de Quiebras.

B) Títulos que pueden inscribirse:

Art. 53 Reglamento: “Pueden inscribirse:

1.º Toda condición suspensiva o resolutoria del dominio de bienes inmuebles o de otros derechos reales constituidos sobre ellos;

2.º Todo gravamen impuesto en ellos que no sea de los mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo anterior, como las servidumbres.

El arrendamiento en el caso del artículo 1962 del Código Civil y cualquiera otro acto o contrato cuya inscripción sea permitida por la ley;

3.º Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etc.”

111. Del modo de proceder a las inscripciones.

A) En qué conservador debe practicarse la inscripción:

Art. 54 inc. 1º Reglamento. “La inscripción del título de dominio y de cualquiera otro de los derechos reales mencionados en el artículo 52, números 1.º y 2.º, se hará en el Registro Conservatorio del departamento en que esté situado el inmueble, y si éste por su situación pertenece a varios departamentos, deberá hacerse la inscripción en la oficina de cada uno de ellos.”

La inscripción se hace en el respectivo Registro, según la naturaleza del título.

B) Quiénes pueden solicitar la inscripción:

Art. 60 Reglamento. “Los interesados pueden pedir la inscripción por sí, por medio de personeros o de sus representantes legales.”

Art. 61 Reglamento. “Sólo si la inscripción se pide para transferir el dominio de un inmueble, o de algún otro de los derechos reales comprendidos en el número 1.º del artículo 52, será necesario que el apoderado o representante legal presenten el título de su mandato o de su representación; en las inscripciones de otro género, bastará que exhiban la copia auténtica del título en virtud de la cual demandan la inscripción.”

C) Requisitos que debe reunir el título:

Art. 690 inc. 1º CC. “Para llevar a efecto la inscripción, se exhibirá al Conservador copia auténtica del título respectivo, y del decreto judicial en su caso.” (Ver también Arts. 57 y 62

Reglamento). Sólo se puede inscribir instrumentos públicos, pero puede exhibirse instrumentos privados para facilitar la inscripción. Los títulos otorgados en el extranjero deben legalizarse previamente (Art. 63 Reglamento).

D) Requisitos que debe reunir la inscripción:

Art. 690 inc. 2º CC. “La inscripción principiará por la fecha de este acto; expresará la naturaleza y fecha del título, los nombres, apellidos y domicilios de las partes y la designación de la cosa, según todo ello aparezca en el título; expresará además la oficina o archivo en que se guarde el título original; y terminará por la firma del Conservador.”

112. Anotación en el Repertorio; inscripción, reclamo.

Si el título, anotado en el repertorio, es legalmente inadmisibile, el CBR puede negarse a inscribirlo (Art. 13 Reglamento), pero el interesado puede recurrir ante la justicia ordinaria para obtener la inscripción (Art. 18 Reglamento). Si el juez manda la inscripción, el CBR debe hacer en ella mención al decreto que la ordena (Art. 19 Reglamento). Este decreto es apelable en la forma ordinaria (Art. 20 Reglamento).

Art. 692 CC. “Siempre que se transfiera un derecho que ha sido antes inscrito, se mencionará la precedente inscripción en la nueva.” (También Art. 80 Reglamento)

Art. 693 inc. 1º CC. “Para la transferencia, por donación o contrato entre vivos, del dominio de una finca que no ha sido antes inscrita, exigirá el Conservador, constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna o de la capital de provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere, y por un cartel fijado, durante quince días por lo menos, en la oficina del Conservador de Bienes Raíces respectivo.”

Art. 58 inc. final Reglamento. “La inscripción no podrá efectuarse sino una vez transcurridos treinta días contados desde el otorgamiento del certificado a que se refiere el inciso segundo.” Se refiere al certificado de cumplimiento de los requisitos.

113. Copias y certificados.

Art. 50 Reglamento. “Es obligado el Conservador a dar cuantas copias y certificados se le pidan judicial o extrajudicialmente, acerca de lo que consta o no consta de sus Registros.” Estos documentos son instrumentos públicos.

114. Subinscripciones.

Son objeto de subinscripciones la rectificación de errores y las cancelaciones de una inscripción. Se efectúan al margen derecho de la hoja del Registro. (Arts. 88, 90 y 91 Reglamento).

115. Otros libros que lleva el CBR.

1) Registro de Comercio.

- 2) Registro de Aguas.
- 3) Registro de Prenda Agraria.
- 4) Registro de Prenda Industrial, etc.

VII. SANCIÓN POR LA OMISIÓN DE LAS INSCRIPCIONES QUE ORDENA EL ARTÍCULO 688.

116. Planteamiento del problema.

Esta disposición ordena practicar ciertas inscripciones para que un heredero pueda disponer de los inmuebles heredados. Estas inscripciones no constituyen tradición, pues ha operado la sucesión por causa de muerte, sino que el objetivo es dar publicidad y continuidad a la historia de la propiedad raíz.

“Art. 688. En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda:

1.º La inscripción del decreto judicial o la resolución administrativa que otorgue la posesión efectiva: el primero ante el conservador de bienes raíces de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciado, junto con el correspondiente testamento, y la segunda en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas;

2.º Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos primero y segundo del artículo precedente: en virtud de ellas podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios; y

3.º La inscripción especial prevenida en el inciso tercero: sin ésta no podrá el heredero disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido.”

Las inscripciones que se exigen son:

- 1) Inscripción del decreto judicial o resolución administrativa que concede la posesión efectiva, esto es, el acto que reconoce a una persona la calidad de heredero (distinto de la posesión legal y la posesión material). Debe inscribirse en los registros señalados, y en el CBR de los lugares donde hayan inmuebles.
- 2) Inscripción especial de herencia: se hace en el CBR del lugar donde se encuentre cada uno de los inmuebles. Por medio de ella, los inmuebles quedan a nombre de todos los herederos, y les permite disponer de ellos de consuno.
- 3) Inscripción del acto de partición: también debe hacerse con cada inmueble en el CBR respectivo. Con esta inscripción, el heredero puede disponer por sí solo de los inmuebles que en la partición le hayan cabido.

117. Solución a que ha llegado la jurisprudencia.

1ª interpretación: la CS declaró que la sanción era la nulidad absoluta, porque las normas del CBR son de orden público.

2ª interpretación: la CS estableció que la sanción era la nulidad absoluta no sólo en el caso de ventas voluntarias, sino también de ventas forzadas. Esto es ilógico porque permite a los deudores, negándose a hacer las inscripciones, librarse del cumplimiento de su obligación.

3ª interpretación: la CS rectificó lo anterior, diciendo que la nulidad absoluta sólo se aplica a las ventas voluntarias.

4ª interpretación: la CS dijo que el Art. 688 CC impide disponer, entendido como enajenar. La venta no es una enajenación, por lo tanto la venta es válida; lo que es nulo es la tradición. Se puede criticar que el Art. 1810 CC prohíbe la venta de las cosas que no pueden enajenarse.

5ª interpretación: el Art. 688 CC no es prohibitivo, sino imperativo, por lo tanto la sanción no es la nulidad, sino lo señalado en el Art. 696 CC.

La venta es válida, pues el Art. 688 CC sólo afecta a la eficacia de la tradición. La inscripción que se haga de la venta no constituye posesión, mientras no se cumpla el Art. 688 CC. El comprador es sólo un mero tenedor.

Sin embargo, para algunos, ésta no es la solución adecuada, pues el Art. 696 se aplica a los casos en que la inscripción vale como tradición, que no es el caso del Art. 688 CC. Por tanto, la sanción debe buscarse en los principios generales, lo que lleva a dos soluciones: el dominio no se transfiere, pero el adquirente inicia una posesión regular; o la enajenación adolece de nulidad relativa, pues se omitió un requisito en atención a la calidad de heredero de la persona que enajena.

118. Resumen. Los modos de adquirir y la inscripción en el Registro del Conservador.

El CBR interviene en 3 MAD: tradición, prescripción y sucesión por causa de muerte, pero sólo en el primero la inscripción es tiene papel de MAD; en los demás, sólo busca mantener la historia de la propiedad raíz.

CAPÍTULO VI. LA PRESCRIPCIÓN.

I. GENERALIDADES.

119. Definición.

Art. 2492 CC. “La *prescripción* es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Una acción o derecho se dice *prescribir* cuando se extingue por la prescripción.”

En consecuencia, la prescripción es un MAD y un modo de extinguir las obligaciones. Por ello se le critica su ubicación en el CC, pues como MAD debería haber estado en el Libro II, y no en el Libro IV.

Razones que justifican la ubicación:

- a) El tratamiento es conjunto porque hay reglas que son comunes para ambas. *Hay un elemento común: el transcurso del tiempo.*
- b) Razón histórica: es semejante a la ubicación en el Código Francés.

- c) *Razón psicológica*: el legislador quiso cerrar el CC con esta institución que estabiliza y garantiza los derechos contemplados en él.

120. Importancia.

Da estabilidad a los derechos, consolidando las diversas situaciones jurídicas. *Desempeña una función social de gran importancia: consolida derechos y asegura la paz social.*

121. Reglas comunes a toda prescripción.

- 1) Art. 2493 CC. “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio.” Puede alegarse como acción o como excepción. Casos excepcionales en que el juez puede declararla de oficio:
 - a) Prescripción de la acción penal.
 - b) Prescripción de la pena.
 - c) Prescripción del carácter ejecutivo de un título.
 - d) Prescripción de los derechos salitreros (Ley de 1906); pero esto es más bien caducidad.
- 2) Art. 2494 inc. 1º CC. “La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.” Pendiente el plazo, hay interés social comprometido.
Renuncia expresa: en términos formales y explícitos. Renuncia tácita: el que puede alegarla (poseedor o deudor) manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor (Art. 2494 inc. 2º CC).
Art. 2495 CC. “No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar.” La renuncia de la prescripción es un acto de disposición.
- 3) Art. 2497 CC. “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.”

II. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.

A) NOCIONES GENERALES.

122. Definición.

Es un modo de adquirir las cosas ajenas por haberse poseído durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales (Art. 2492 CC).

2 elementos: posesión y tiempo.

123. Alcance.

Por prescripción se pueden adquirir las cosas corporales y los derechos reales, salvo servidumbres discontinuas y continuas inaparentes.

124. Caracteres.

- 1) Originario. Es título constitutivo de dominio en materia posesoria.
- 2) A título gratuito.
- 3) Por acto entre vivos.
- 4) Por regla general, a título singular. Excepción: derecho de herencia.

B) POSESIÓN¹⁵.

125. Definición.

Art. 700 CC. “La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.”

Lo normal es que propiedad y posesión vayan juntas; por eso el legislador reputa dueño al poseedor.

126. Elementos.

Son dos:

- 1) Material: corpus o tenencia, lo que no sólo implica aprehensión material, sino posibilidad de disponer materialmente de la cosa.
- 2) Intelectual: el animus o intención de actuar como dueño (lo que no supone tener la convicción de que se es dueño).

De acuerdo a la teoría clásica o subjetiva, el elemento característico de la posesión, y que lo distingue de la mera tenencia, es el animus. Si el ánimo es poseer para sí mismo (animus domini), hay posesión; si el ánimo es poseer para otro, hay tenencia. Esta teoría sigue el CC; para conservar la posesión basta el animus.

Para la teoría moderna u objetiva, no hay un animus especial; aun la mera tenencia supone voluntad. El elemento es común a ambas, y consiste en servirse de la cosa para las necesidades. Corpus y animus son un todo indivisible; toda detentación es posesión, a menos que la ley diga lo contrario.

127. Alcance.

Es aplicable a cosas corporales e incorporeales, lo que se desprende del Art. 715 CC. Incluye derechos reales y personales. No se extiende a los derechos de familia (la posesión notoria de estado civil no es posesión en este sentido). Para Alessandri, los derechos personales no son susceptibles de posesión.

¹⁵ Por el consejo reiterado de varias personas, esta es una materia que conviene ver en Alessandri. Así que esta parte también es mezcla de ambos libros, saltándome algunas cosas de Alessandri que son demasiado específicas o teóricas.

Se han señalado como argumentos contrarios a la posesión de derechos personales los siguientes:

- A. Respecto a los derechos personales no caben actos posesorios. Su cobro implica su extinción.
- B. El artículo 2498 CC menciona las cosas susceptibles de adquirirse a través de la prescripción, no señalando los derechos personales dentro de ellas y al contrario determinando que los derechos reales, por regla general, se adquieren de esa forma. Así, si uno de los presupuestos de la prescripción es la posesión, se concluye que de no ser posible adquirir por prescripción un derecho personal, tampoco se podrá poseer.
- C. El artículo 1576 CC los contrarios a la opción de poseer derechos personales mencionan que se refiere a la posesión de la materialidad del crédito.

Quienes sí están de acuerdo con la posesión de derechos personales argumentan a través de la literalidad de los artículos 715 y 1576 CC principalmente.

El concepto de posesión se puede expresar como el de una propiedad aparente. Esto es confirmado por la presunción del Art. 700 inc. 2º CC. La forma más fácil de probar el dominio es mediante la posesión.

128. Semejanzas con la propiedad.

- 1) Ambas son exclusivas, lo que no obsta a la existencia de coposeedores, así como hay copropietarios.
- 2) Ambas recaen sobre cosas determinadas.
- 3) Poseedor y dueño actúan igual frente a terceros.

129. Ventajas de esta propiedad aparente.

- 1) El poseedor es considerado dueño (presunción legal).
- 2) La posesión sirve de base a la prescripción.
- 3) La posesión regular hace al poseedor dueño de los frutos que produzca la cosa (Art. 646 CC)

130. ¿La posesión, hecho o derecho?

- 1) Ihering: es un derecho, pues es un interés jurídicamente protegido. Además, la ley la ampara por medio de las acciones posesorias, siendo la acción, el derecho deducido en juicio.
- 2) Pothier y CC: es un hecho.
 - a) Si fuera un derecho, debería estar dentro de los derechos reales, y no está en la enumeración.
 - b) El CC, cuando define un derecho, habla de facultad o derecho, lo que no ocurre en la definición de posesión. Habla de tenencia, y la tenencia es un hecho.
 - c) Las acciones posesorias existen porque la posesión es una propiedad aparente, no porque sea un derecho.

131. Diferencias con la propiedad.

- 1) El dominio es una relación jurídica entre el titular y la cosa; la posesión es una relación de hecho.
- 2) El dominio está protegido por una acción real (reivindicatoria), que tiene un largo plazo de prescripción; la posesión, por las acciones posesorias, que tiene corto plazo de prescripción.
- 3) El dominio sólo se puede adquirir por un modo; se puede poseer por varios títulos (Art. 701 CC).

132. La mera tenencia.

Art. 714 CC. “Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.”

En consecuencia, la mera tenencia se caracteriza por la falta de animus. Sólo hay corpus. Se puede ser mero tenedor:

- 1) No teniendo ningún derecho sobre la cosa.
- 2) Teniendo un derecho real sobre la cosa, pero siendo dueño otra persona.
- 3) Teniendo un derecho personal respecto de la cosa.

CLASIFICACIÓN DE LA POSESIÓN.

133. Concepto.

- I) Útil: habilita para prescribir.
 - 1) Regular.
 - 2) Irregular.
- II) Inútil o viciosa: no habilita para prescribir. (3)
 - A) Violenta.
 - B) Clandestina.

1) Posesión regular.

134. Requisitos.

Art. 702 incs. 2º y 3º CC. “Se llama posesión *regular* la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.

Si el título es translaticio de dominio, es también necesaria la tradición.”

En consecuencia, los requisitos de la posesión regular son los siguientes:

- 1) Justo título.

- 2) Buena fe.
- 3) Tradición, si se invoca un título traslativo de dominio.

135. Justo título.

El título, en materia posesoria, es el antecedente de la posesión.

La ley no define justo título, sólo enumera los que no son justos (Art. 704 CC).

Caracteres del justo título:

- 1) Debe tener aptitud suficiente para atribuir el dominio. No la tienen los títulos que importan reconocimiento de dominio ajeno.

- 2) Debe ser verdadero:

Art. 704 CC. “No es justo título:

1.º El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende;

4.º El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.

Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.”

- 3) Debe ser válido:

Art. 704 CC. “No es justo título:

3.º El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido; y...”

Esto se refiere tanto a nulidad absoluta como relativa; la ley no distingue.

El Art. 704 CC también considera como título injusto: “2.º El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo;...”. Pero si la misma persona se atribuye la calidad de dueño de la cosa, el título es justo, pues no se toma en consideración si la persona de quien emana es verdaderamente propietario:

- a) El Art. 704 CC no contempla como injusto el título que emana de quién no es dueño.
- b) El Art. 1815 CC declara que la venta de cosa ajena es válida.
- c) Los Arts. 682 y 683 CC señalan los efectos de la tradición hecha por un tradente no dueño: sirve de título para la posesión que lleve a la prescripción.

136. Clases de títulos.

Art. 703 inc. 1º CC. “El justo título es constitutivo o traslativo de dominio.” La doctrina agrega los títulos declarativos de dominio. Esta clasificación es también aplicable a los títulos injustos.

- 1) Título constitutivo de dominio: es el que da origen al dominio, esto es, sirve para constituirlo originariamente. Produce al mismo tiempo la adquisición del dominio y la posesión. Si le falta algún requisito para originar el dominio, concede sólo la posesión y es su título.

Art. 703 inc. 2º CC. “Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.” Lo cierto es que sólo los dos primeros sirven para adquirir la posesión; la prescripción supone posesión, por lo que es un error considerarla justo título de la misma.

En cuanto a la ocupación, es como decir “poseo porque sí”.

- 2) Título traslativo de dominio: Art. 703 inc. 3º CC. “Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos.” Ya vimos antes una enumeración más completa.
- 3) Título declarativo de dominio: se limita a reconocer el dominio o posesión preexistente. Son títulos declarativos:
 - a) Art. 703 inc. 5º CC. “Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión.”
 - b) Art. 703 inc. final CC. “Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo.” Por tanto, en este último caso, constituye un título traslativo, pero no la transacción propiamente tal, sino la cláusula contractual que se le agrega.

¿Qué clase de título es el del inc. 4º?

Art. 703 inc. 4º CC. “Pertencen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.”

La adjudicación es el acto por el cual el derecho de cada comunero sobre la cosa o cosas, se singulariza en forma exclusiva con relación a un bien.

Según la disposición, estos actos son títulos traslativos. Pero de otras disposiciones resulta que la adjudicación tiene un carácter meramente declarativo (Arts. 718 y 1344 CC), y no sería un título de posesión. Hay 3 explicaciones para lo dicho por el Art. 703 CC:

- a) El legislador quiso decir que era un título derivativo, que supone un dominio antes existente, en contraposición a los títulos constitutivos.
- b) El legislador se refiere al caso en que el adjudicatario es un tercero, y no uno de los comuneros.
- c) En el precepto del proyecto original se aludía a una adjudicación en juicio ejecutivo, en que efectivamente hay título traslativo.

Pero hay autores que sostienen que efectivamente la adjudicación es título de posesión.

137. Buena fe.

Art. 706 inc. 1º CC. “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.”

Basta que la buena fe exista al momento de adquirirse la posesión, aunque después se pierda.

138. Efectos que produce el error en la buena fe.

Art. 706 incs. 3º y final CC. “Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe.

Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.”

Justo error de hecho: aquel que tiene un fundamento de razón o aceptable conforme a los principios de justicia.

En cuanto al error de derecho, la presunción es consecuencia del Art. 8° CC, y se refiere sólo a la posesión, no es de aplicación general.

139. Prueba de la buena fe.

Art. 707 CC. “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

En todos los otros la mala fe deberá probarse.”

Casos en que se presume la mala fe:

- 1) Cuando se alega error de derecho (Art. 706 inc. final CC)
- 2) Cuando se tiene un título de mera tenencia (Art. 2510 regla 3ª CC).
- 3) Respecto de los poseedores de los bienes del desaparecido, cuando han sabido y ocultado la verdadera muerte de éste o su existencia (Art. 94 regla 6ª CC).

140. La presunción de buena fe es general.

La jurisprudencia ha establecido que esta presunción es general: en el CC se presume siempre la buena fe, no sólo respecto de la posesión. Incluso se sostiene que se aplica a todo el campo jurídico. Razones:

- 1) El dolo no se presume, sino que debe probarse (Art. 1459 CC). Puede equipararse el dolo a la mala fe.
- 2) En cuanto a la ubicación, no es el único caso en que una regla general se ubica en un párrafo especial. Ej. Normas de la prueba (está en las obligaciones).

141. La tradición.

Si se invoca un título traslativo de dominio, es requisito la tradición. Esto porque los contratos no transfieren el dominio, ni dan la posesión.

Art. 702 inc. final CC. “La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título.”

142. Ventajas de la posesión regular.

- 1) El poseedor regular se hace dueño de los frutos siempre que esté de buena fe a la época de la percepción (Art. 646 CC). (Ventaja aparente)
- 2) El poseedor regular está amparado por la acción de dominio, la reivindicatoria, que en este caso toma el nombre de acción publiciana. Pero no se puede entablar contra el verdadero dueño o un poseedor con igual o mejor derecho (Art. 894 CC).
- 3) La posesión regular conduce a la prescripción ordinaria: 2 años para los muebles y 5 años para inmuebles (Art. 2508 CC).

2) Posesión irregular.

143. Concepto.

Art. 708 CC. “Posesión *irregular* es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702.”

Las ventajas que otorga son pocas:

- 1) La presunción del Art. 700 inc. 2º CC se aplica a ambos poseedores.
- 2) Puede conducir a la prescripción extraordinaria, de 10 años (Art. 2510 CC).

3) Posesiones inútiles.

144. Concepto.

Son aquellas que no habilitan para prescribir, ni están protegidas por las acciones posesorias.

Art. 709 CC. “Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina.”

A) Posesión violenta:

Art. 710 CC. “Posesión *violenta* es la que se adquiere por la fuerza.

La fuerza puede ser actual o inminente.”

El carácter violento inicial es el que vicia la posesión. Es indiferente la persona contra la cual se ejerce la fuerza: puede ser el dueño, poseedor o mero tenedor. También es indiferente el sujeto activo de la fuerza (Art. 712 CC).

Art. 711 CC. “El que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento.”

Caracteres del vicio de violencia:

- 1) Es relativo: sólo puede invocarse por la víctima¹⁶.
- 2) Es temporal: el carácter vicioso de la posesión desaparece desde que la violencia cesa. Esto es discutible porque el Art. 710 CC sólo atiende al momento de la adquisición para calificarla de violenta. Explicación que dan algunos: el vicio es temporal sólo para efectos de conceder posteriormente acciones posesorias, pero permanente en cuanto a la posesión misma, que no conduce a la prescripción.

Contra la posesión violenta se concede, incluso al mero tenedor, la querella de restablecimiento.

B) Posesión clandestina.

Art. 713 CC. “Posesión *clandestina* es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella.”

La clandestinidad contamina la posesión en cualquier momento, no sólo en el inicial.

Caracteres del vicio de clandestinidad:

- 1) Es relativo: sólo puede alegarla la persona que tiene derecho para oponerse a la posesión y respecto de la cual se ocultó.

¹⁶ Para Peñailillo, que sea relativo significa que se es poseedor violento sólo respecto de aquel contra quien se ejerce la violencia.

- 2) Es temporal: desde que cesa, la posesión deja de ser viciosa.

Tradicionalmente se sostiene que ambas posesiones viciosas son inútiles, principalmente para el ejercicio de las acciones posesorias y para la adquisición del dominio por prescripción. Pero hay quienes piensan que los vicios de posesión pueden acompañar, en ciertos casos, a las posesiones útiles.

MERA TENENCIA

145. Concepto.

En la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (Art. 714 CC). El mero tenedor tiene sólo el corpus; le falta el animus. Posesión y tenencia son conceptos excluyentes.

Se puede ser mero tenedor en virtud de un derecho real o de un derecho personal. Esto es importante porque quien es mero tenedor de la cosa en virtud de un derecho real, tiene la posesión de su derecho real. En cambio, si es mero tenedor en virtud de un derecho personal, sólo existe vínculo jurídico entre él y el dueño.

146. Características de la mera tenencia.

- 1) Es absoluta: se es mero tenedor no sólo respecto del dueño, sino también de terceros. Por eso, si le arrebatan la cosa, no puede entablar acciones posesorias contra terceros.
- 2) Es perpetua: si el causante es mero tenedor, también su sucesor es mero tenedor, ya que sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (Art. 1097 CC). Pero puede ocurrir que el sucesor se transforme en poseedor (Ej. Legado de cosa ajena; el legado sirve de título para poseer), lo que también puede ocurrir por acto entre vivos.
- 3) Es indeleble: la mera tenencia no puede transformarse en posesión, pues nadie puede mejorar su propio título.

Art. 716 CC. “El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión; salvo el caso del artículo 2510, regla 3ª.” La excepción señalada es aparente (la veremos en la prescripción).

Art. 730 inc. 1º CC. “Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior.”

LA POSESIÓN NO SE TRANSFIERE NI TRANSMITE.

147. Generalidades.

La posesión es un hecho, y en los hechos no se sucede. La posesión empieza con el poseedor.

Es intransmisible:

- a) Art. 688 CC: es la ley la que confiere la posesión al heredero, que comienza en él; no la recibe de su causante.

- b) Art. 722 CC: la posesión de la herencia se “adquiere”, no se transmite, como decía el proyecto original.
- c) Art. 717 inc. 1º CC. “Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor, principia en él, a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios.”

Es intransferible:

- a) Art. 717 CC: no distingue si quien sucede a título singular lo hace por causa de muerte o por acto entre vivos.
- b) Art. 2500 inc. 1º CC. “Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 717.” Si se le da la opción de agregar el tiempo, es porque ambas posesiones son distintas.
- c) Art. 683 CC. “La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho.”

POSESIÓN PRO-INDIVISO.

148. Generalidades.

En la coposesión, al igual que en la copropiedad, el coposeedor ve limitados sus derechos de poseedor por la posesión de los otros.

A la coposesión se le pone fin por el acto de adjudicación.

Art. 718 inc. 1º CC. “Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión.”

La adjudicación es un título declarativo; el título que legitima la posesión en este caso es aquel en virtud del cual empezó la coposesión.

ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN.

I. BIENES MUEBLES.

149. A) Adquisición de la posesión de los bienes muebles.

En cuanto a la capacidad para adquirir la posesión, son incapaces los dementes y los infantes, pues no pueden darse cuenta del acto que ejecutan; no hay animus (Art. 723 inc. 2º CC).

Los demás incapaces (los que no pueden administrar libremente lo suyo, incluido el impúber que no es infante) no necesitan autorización para adquirir la posesión de los muebles, con tal de que concurren corpus y animus. Sin embargo, no pueden ejercer los derechos de poseedor sino con autorización (Art. 723 inc. 1º CC).

Art. 720 CC. “La posesión puede tomarse no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario, o por sus representantes legales.”

Art. 721 CC. “Si una persona toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otra de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aun sin su conocimiento.

Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es su mandatario ni representante, no poseerá ésta sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fue tomada a su nombre.” Este inciso se refiere al agente oficioso.

Estas dos disposiciones se aplican también a los inmuebles.

Si el mandatario no tiene capacidad para adquirir la posesión, no puede adquirirla para otra persona (Art. 723 inc. 2º CC).

Art. 722 inc. 1º. “La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore.” Esta es una excepción a las reglas generales, pues no se requiere ni corpus ni animus. Es una posesión conferida por el sólo ministerio de la ley: posesión legal.

150. B) Conservación de la posesión de los bienes muebles.

Art. 725 CC. “El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquiera otro título no translaticio de dominio.”

Art. 727 CC. “La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero.”

Para conservar la posesión, basta el animus, es decir, la voluntad de conservar la posesión, la cual subsiste mientras no se manifieste una voluntad contraria. Esta voluntad contraria puede provenir del mismo poseedor, pero también de un tercero, lo que explica que se pierda la posesión cuando otro se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya (Art. 726 CC).

151. C) Pérdida de la posesión de los bienes muebles.

1) Pérdida de la posesión por falta del corpus:

- a) Cuando otro se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya (Art. 726 CC)¹⁷.
- b) Cuando se hace imposible el ejercicio de los actos posesorios. Ej. Heredad permanentemente inundada (más de 5 años, Art. 2502 N° 1 CC), animal bravío recobra su libertad natural (Art. 619 CC), etc.
- c) Especies y objetos que se lanzan al mar con objeto de aligerar la nave.
- d) Especies materialmente perdidas y que no se hallen bajo el poder del poseedor.

2) Pérdida de la posesión por ausencia de animus: caso del constituto posesorio, en que el dueño pasa a ser mero tenedor (Art. 684 N° 5 CC).

3) Pérdida de la posesión por falta del corpus y del animus:

- a) Cuando se enajena la cosa (tradición).
- b) Cuando se abandona la cosa.

¹⁷ Aquí Alessandri se hace el tonto con la contradicción: en la página anterior dice que si un tercero se apodera de la cosa, ya no subsiste el animus (porque hay voluntad contraria de un tercero), y por eso se pierde la posesión. Ahora dice que se pierde la posesión por pérdida del corpus.

II. BIENES INMUEBLES.

152. Enunciado.

La inscripción en el CBR es prueba de posesión.

INMUEBLES NO INSCRITOS

153. A) Adquisición de la posesión de los inmuebles no inscritos.

Depende del antecedente que se invoque para poseer:

- 1) Simple apoderamiento de la cosa con ánimo de señor y dueño: la posesión se adquiere por ese hecho, lo que se desprende de los Arts. 726 y 729 CC (lo que es pérdida para una persona, es adquisición para la otra). No es necesaria la inscripción.
Art. 726 CC. “Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan.” Los inmuebles no inscritos no están exceptuados.
Art. 729 CC. “Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde.”
- 2) Título no traslativo de dominio (sucesión por causa de muerte y títulos constitutivos): tampoco es necesaria la inscripción. La posesión de la herencia se adquiere por el sólo ministerio de la ley; en la accesión, si se posee lo principal, se posee lo accesorio, sin necesidad de acto especial alguno.
Hay discusión en cuanto a si la ocupación puede ser título de posesión. En el caso de la prescripción, hay acuerdo en que no puede considerarse como título para adquirir la posesión.
- 3) Título traslativo de dominio: es necesaria la inscripción para adquirir la posesión regular (el Art. 702 exige la tradición, y de acuerdo al Art. 686 CC, la forma de hacerlo es mediante la inscripción, no distinguiendo entre bienes inscritos y no inscritos), pero se discute si lo es para adquirir la irregular:
 - a) Los que sostienen que es necesaria argumentan:
 1. El Art. 724 CC exige la inscripción para adquirir la posesión, sin distinguir la naturaleza de ésta.
Art. 724 CC. “Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio.”
 2. La inscripción cuando se invoca un título traslativo no es un simple elemento de la posesión regular, sino un requisito indispensable para adquirir cualquier posesión.
 3. El Art. 729 CC habla de pérdida, no de adquisición de la posesión.
 - b) Los que sostienen que no es necesaria argumentan:

1. El Art. 724 CC se refiere a los inmuebles inscritos. De acuerdo a los Arts. 726 y 729 CC, la posesión de un inmueble no inscrito se puede adquirir por el simple apoderamiento.
2. Según el Art. 730 CC, si quien tiene la cosa a nombre de otro, la enajena a nombre propio, el tercero adquiere la posesión. Pero si se tiene a nombre de un poseedor inscrito, es necesaria la inscripción para que el tercero adquiera la posesión. En consecuencia, lo primero se refiere a los inmuebles no inscritos, y no se requiere inscripción.

154. B) Conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles no inscritos.

Se rige por los Arts. 726 y 729 CC ya señalados. Además, si el dueño del inmueble lo enajena, pierde la posesión.

INMUEBLES INSCRITOS.

155. A) Adquisición de la posesión de los inmuebles inscritos.

Teoría de la posesión inscrita: está formada por una serie de disposiciones armónicas: Arts. 686, 696, 702, 724, 728, 730, 2505 y 924 CC. Además algunos agregan que el DL 2695 viene a cerrar esta teoría.

Para la adquisición de la posesión hay que distinguir el antecedente que se invoca:

- 1) Título no traslativo de dominio: no se requiere la inscripción para adquirir la posesión, por las mismas razones señaladas para los inmuebles no inscritos.
- 2) Título traslativo de dominio: es necesaria la inscripción. Pero se discute si lo es para adquirir la posesión irregular:
 - a) No es necesaria: la tradición (inscripción) es sólo un requisito de la posesión regular (Art. 708 CC).
 - b) Es necesaria (opinión mayoritaria):
 1. El Art. 724 CC no distingue la naturaleza de la posesión.
 2. Art. 728 inc. 2º CC. “Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente.” En consecuencia, sin una nueva inscripción, no se adquiere ninguna clase de posesión.
 3. Art. 2505 CC. “Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.” Si la posesión irregular se pudiera adquirir sin inscripción, se podría prescribir extraordinariamente.
 4. Según el Mensaje del CC, la inscripción es la que da la posesión.

156. B) Conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles inscritos.

Art. 728 CC. “Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial.

Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente.”

Tal como decíamos antes, el apoderamiento material no permite ni siquiera la adquisición de la posesión irregular. Además, los actos materiales de apoderamiento no interrumpen la prescripción a favor del poseedor inscrito.

Formas de cancelar la inscripción:

- 1) Por la voluntad de las partes: convención celebrada por dos o más personas con el objeto de dejar sin efecto la inscripción. Necesariamente debe tomar parte en el acuerdo el poseedor al cual la inscripción se refiere.
- 2) Por decreto judicial: una de las partes en juicio obtiene el reconocimiento de la posesión que mantiene o la orden de que se le dé o devuelva la posesión que mantiene la otra.

En ambas formas, la cancelación se hace materialmente por medio de una subinscripción en el CBR.

- 3) Por una nueva inscripción: el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro. Esta cancelación no es material, sino virtual: se produce en forma automática con la nueva inscripción por medio de la cual el poseedor transfiere su derecho, cancelando la inscripción anterior. En la nueva debe hacerse mención a la anterior, para mantener la historia de la propiedad.

¿Qué pasa si el título de la posesión es injusto?

La nueva inscripción no cancela la anterior, porque el Art. 728 CC exige que la nueva inscripción transfiera el derecho a otro, y el título injusto no produce ese efecto; hay una relación de continuidad aparente entre ambas inscripciones. Pero la jurisprudencia más reciente ha dicho que sí la cancela, porque los Arts. 728 y 2505 CC no distinguen entre títulos justos e injustos. Ej. de cancelación por título injusto: Art. 730 inc. 2º CC.

¿Qué pasa si un mero tenedor se atribuye el carácter de dueño y enajena un inmueble? Es un caso de inscripción totalmente desligada de la anterior.

De acuerdo al Art. 730 inc. 1º CC, un mero tenedor, aun cuando usurpe la cosa, no mejora su título, pero si la enajena a nombre propio, se pone fin a la posesión del dueño, naciendo una nueva en el adquirente (Arts. 717 y 683 CC).

El Art. 730 inc. 2º CC se refiere a los inmuebles inscritos, y establece que en el mismo caso anterior, el poseedor inscrito no pierde su posesión (ni la adquiere el tercero) sin la competente inscripción. ¿Qué es la competente inscripción?

- a) La que emana del verdadero poseedor. Ésta es la única que puede poner fin a la posesión existente y dar origen a una nueva, y que permite mantener la historia de la propiedad inscrita.
- b) La realizada con las solemnidades legales por el funcionario competente en el CBR respectivo. Al caso de la inscripción emanada del poseedor alude el Art. 728 CC, y el Art. 730 CC se refiere justamente al caso de que no es el poseedor inscrito el que enajena la cosa. La inscripción realizada de esta forma cancela la anterior, siempre que vaya acompañada de la posesión material por parte del adquirente.

La jurisprudencia ha oscilado entre ambas teorías, inclinándose últimamente por la segunda.

Es importante destacar que para resolver muchas de las situaciones planteadas anteriormente es necesario dilucidar el estatuto jurídico de la posesión de inmuebles, lo cual depende de la concepción que se tenga de la inscripción conservatoria. Así, algunos sostienen que la inscripción es una ficción y otros que es garantía.

- A. Inscripción-ficción: La inscripción es una ficción legal que representa la concurrencia del animus y el corpus. Esta inscripción es invulnerable si ha durado un año completo (por el artículo 924 CC); y por lo mismo, sin inscripción, no hay posesión de inmuebles.
- B. Inscripción – garantía: la inscripción es la garantía solamente de que la posesión existe, la inscripción permite solemnizar dicho hecho. Los beneficios de prueba y garantía de posesión que concede la inscripción sólo los alcanza el que tiene la posesión material del inmueble.

157. Recuperación de la posesión.

Art. 731 CC. “El que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.” Se refiere al caso en que se recupera mediante una acción posesoria. Tiene importancia para la prescripción.

158. Presunciones que facilitan la prueba de la posesión.

- 1) Art. 719 inc. 1º CC. “Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.”
- 2) Art. 719 inc. 2º CC. “Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.”
- 3) Art. 719 inc. final CC. “Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.” Esto concuerda con el Art. 731 CC.

159. DECRETO LEY 2695.

1) Requisitos:

- A. Aplicable a poseedores de bienes raíces rurales cuyo pago impuesto territorial sea inferior a 800 UTM y urbanos inferiores a 380 UTM. Cumpliendo los demás requisitos podrán ser declarados poseedores regulares de dichos bienes.
- B. Estar en posesión del inmueble, por sí o por otra persona en su nombre, de manera continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad por a lo menos 5 años.

Se podrá agregar a la posesión la de sus antecesores, sea legal o material y que exista, a lo menos, un título aparente que haga presumible la continuidad de las posesiones (por ejemplo promesa de c/v de plazo vencido)

La posesión material se acreditará mediante algunas de las formas del art. 925 CC.

C. Que con anterioridad a la fecha de la solicitud se acredite que no hay juicio pendiente donde se discuta el dominio o la posesión. No será obstáculo la existencia de otras inscripciones sobre el inmueble.

Se acredita el cumplimiento de este requisito mediante declaración jurada.

2) Procedimiento:

1º Presentada la solicitud y aceptándose ésta se publicarán los avisos respectivos 2 veces. De no mediar oposición dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde el último aviso se llevará a cabo la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador.

2º Realizada la inscripción, ésta se entenderá justo título para la posesión regular. Transcurrido 1 año desde la fecha de inscripción, el interesado se hará dueño del inmueble por prescripción.

Lo anterior implica la cancelación también de las demás inscripciones o derechos reales sobre el inmueble, excepto las constituidas por el poseedor o por su antecesor que se agregó la posesión.

3º Durante el plazo de un año no se podrá gravar ni enajenar la propiedad

4º Podrá oponerse:

- poseedor inscrito del inmueble o de una porción determinada de él, siempre que se le otorgue posesión exclusiva.

- tener igual o mejor derecho que el solicitante

- no cumplir el solicitante con los requisitos.

- ser una comunidad de que forme parte el oponente, poseedora inscrita o de una porción determinada de él, siempre que aquella se encuentre en liquidación, al momento que fue presentada la solicitud.

Si la demanda es plausible se citará a una audiencia en un plazo no menor a 10 ni mayor a 30 días, notificándose con a lo menos 3 días de anticipación. La prueba es de acuerdo a los incidentes.

Se dictará sentencia dentro de 10 días hábiles. Dependiendo de la resolución se inscribirá a favor de uno u otro y será justo título.

En el plazo de un año de la inscripción caben las acciones de dominio correspondientes.

5º Sin perjuicio de lo anterior los terceros podrán solicitar que se le compensen sus derechos en dinero. Esta acción prescribe en 5 años desde la inscripción y se tramita de acuerdo a las reglas del sumario.

III. REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.

160. Enunciado.

- 1) Que la cosa sea susceptible de ganarse por prescripción.
- 2) Que se haya poseído la cosa.
- 3) Que esta posesión haya durado el tiempo exigido por la ley.

161. 1) Cosas susceptibles de ganarse por prescripción.

La regla general es que las cosas sean susceptibles de prescripción.

Art. 2498 CC. “Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.

Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.”

No pueden ganarse por prescripción:

- a) Las cosas que están fuera del comercio humano.
- b) Los derechos personales.
- c) Los derechos reales exceptuados: servidumbres discontinuas y servidumbres continuas inaparentes (Arts. 882 y 917 CC).
- d) El derecho de servirse de las aguas lluvias.
- e) *Las cosas indeterminadas.*

Prescripción entre comuneros: es un tema discutido, pero *la jurisprudencia se inclina por no acoger la prescripción adquisitiva entre comuneros, salvo que alguno de ellos tenga un título justificador de posesión exclusiva*. Esto ocurre porque la prescripción requiere una posesión exclusiva, que en el caso de los comuneros no existe. Además, la acción de partición no está sujeta a prescripción extintiva (Art. 1317 CC).

162. 2) Posesión de la cosa.

Sólo la verdadera posesión, la que se ejerce con ánimo de señor y dueño, conduce a la prescripción adquisitiva.

No constituyen posesión:

- a) La mera tenencia.
- b) Los actos de mera tolerancia que no resultan gravamen (Art. 2499 incs. 1º y 3º CC). No puede prescribir quien se aprovecha de estos actos.
- c) La omisión de actos de mera facultad (Art. 2499 incs. 1º y 2º CC). No puede prescribir el que se aprovecha de esta omisión. Art. 2499 inc. final CC. “Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro.”

La posesión debe ser pública (no clandestina), tranquila, continua y no interrumpida.

3) Transcurso del tiempo exigido por la ley.

Es preciso que la posesión se prolongue durante el tiempo que señala la ley, en forma continua. Así, se da la posibilidad al verdadero dueño para reclamar la cosa.

El Art. 717 CC permite al poseedor agregar la posesión de sus antecesores a la suya, con las limitaciones que señala (se la apropia con sus calidades y vicios).

Esto es una facultad, incluso para el heredero, pese a que el Art. 2500 inc. 2º CC señala que “La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero.” La posesión no se transmite.

IV. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.

163. Enunciado.

La prescripción tiene dos elementos: la posesión por parte de quien pretende prescribir (elemento positivo) y la inactividad del dueño (elemento negativo). Se interrumpe la prescripción cuando falta cualquiera de ellos. Si se pierde el positivo, es interrupción natural; si se pierde el negativo, es civil.

Art. 2501 CC. “Posesión *no interrumpida* es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil.”

164. A) Interrupción natural.

Art. 2502 inc. 1º CC. “La interrupción es *natural*:

1.º Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada;

2.º Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona.”

El primer caso dice relación con el Art. 653 CC, que vimos en la accesión.

La interrupción natural del N° 1 se aplica también a los inmuebles inscritos, pues la disposición no distingue. En cambio, el N° 2 no es aplicable a los inmuebles inscritos, pues el apoderamiento material de ellos no interrumpe la posesión (Art. 728 inc. 2º CC).

165. Efectos que produce la interrupción natural.

Regla general: se pierde todo el tiempo que se llevaba de posesión.

Excepción: Art. 2502 inc. 2º CC. “La interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración;...” (se descuenta el tiempo de la inundación).

En cuanto a la del N° 2 hay que distinguir:

- a) Si se recobra la posesión por vías de hecho, se pierde todo el tiempo anterior.
- b) Si se recobra por medios legales (acción posesoria), se entiende que nunca se ha interrumpido la prescripción, lo que concuerda con el Art. 731 CC.

La interrupción natural puede ser alegada por cualquiera que tenga interés.

166. B) Interrupción civil.

Art. 2503 inc. 1º CC. “Interrupción *civil* es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.” Cesa la inacción del verdadero dueño.

La ley sólo acepta la actuación judicial; no basta la gestión privada o extrajudicial. Además, debe notificársele al poseedor.

Casos en que no se interrumpe la prescripción:

Art. 2503 incs. 2º y final. “Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes:

- 1.º Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;
- 2.º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia;
- 3.º Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.”

En cuanto al primer caso, se ha estimado que la demanda presentada ante tribunal incompetente sí interrumpe la prescripción, como también la demanda entablada por un incapaz relativo si después se anula por esa causa.

La interrupción civil sólo puede alegarla el que ha entablado la acción. Excepción: Art. 2504 CC. “Si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras.”

167. Efectos que produce la interrupción civil.

Si el fallo que resolvió el litigio es favorable al propietario, el poseedor pierde definitivamente la posesión; si es favorable al poseedor, se entiende que no se ha interrumpido la prescripción.

La interrupción tiene lugar tanto en caso de prescripción ordinaria como extraordinaria, pues las disposiciones están antes de la clasificación. Además, el Art. 2510 CC exige, para la prescripción extraordinaria, que la posesión haya sido ininterrumpida.

168. Transcurso del tiempo.

169. Determinación del tiempo.

El CC en general considera plazos de años, meses y días. Excepcionalmente, se refiere a horas (Art. 1879 CC) y aun a momentos (Arts. 74, 955 y 956).

170. Cómputo del tiempo.

Hay 2 formas de computar:

- 1) Natural: se procede de momento a momento. Ej. Plazo de un día a partir de este momento se cumple mañana a esta misma hora.
- 2) Legal: el día es una unidad de tiempo comprendida entre una medianoche y otra, calculándose sin tomar en cuenta las fracciones. Ej. Plazo de un día a partir de este momento se cumple mañana a las 12 de la noche. (Art. 48 CC)

La regla general es la computación legal; la excepción es la natural, que tiene lugar en los plazos de horas.

Plazo continuo: corre sin interrupción. Plazo discontinuo: se suspende durante los feriados.

La regla general son los plazos continuos (Art. 50 CC). Excepciones:

- a) No se comprenden los feriados cuando la ley o acto de autoridad diga expresamente que el plazo es de días útiles (Art. 50 CC).
- b) Términos de días del CPC, en que no cuentan los feriados (Art. 66 CPC).

Plazo fatal: por su solo vencimiento extingue el derecho que no se ha ejercido en o dentro del plazo que comprende. Plazo no fatal: no extingue el derecho por su solo vencimiento, requiere declaración judicial. (Art. 49 CC y Art. 64 CPC)

Caducidad y prescripción: son muy semejantes, porque importan la extinción de un derecho, pero su naturaleza es diversa.

La prescripción es una sanción a la negligencia; la caducidad implica que un acto o derecho se ejecute o ejercite dentro de cierto plazo.

V. DIVERSAS CLASES DE PRESCRIPCIÓN.

171. Clasificación.

Art. 2506 CC. “La prescripción adquisitiva es ordinaria o extraordinaria.”

172. A) Prescripción ordinaria.

Art. 2507 CC. “Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren.”

Art. 2508 CC. “El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de dos años para los muebles y de cinco años para los bienes raíces.”

El plazo es continuo y de días completos.

173. Suspensión de la prescripción.

Suspensión: beneficio establecido por la ley a ciertas personas, para que en su contra no corra la prescripción, mientras dura su incapacidad o el motivo que ha tenido en vista el legislador. *Es la detención del transcurso del plazo mientras dura la causa suspensiva; pero*

desaparecida ésta, el plazo continúa y el período anterior a la suspensión se agrega al posterior a la cesación de la misma.

Art. 2509 CC. “La prescripción ordinaria puede *suspenderse*, sin extinguirse: en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.

Se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes:

1.º Los menores; los dementes; los sordomudos; y todos los que estén bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría;

2.º La mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta;

3.º La herencia yacente.

No se suspende la prescripción en favor de la mujer separada judicialmente de su marido, ni de la sujeta al régimen de separación de bienes, respecto de aquellos que administra.

La prescripción se suspende siempre entre cónyuges.”

El N° 2 se explica porque, aunque la mujer es plenamente capaz, es el marido quien administra la sociedad conyugal. Por ello, no se suspende si la mujer está separada judicialmente del marido o separada de bienes.

En base al N° 3 algunos han querido deducir que la herencia yacente es una persona jurídica. Pero la verdad es que *quien posee es el heredero ignorado por intermedio del curador de la herencia yacente. La suspensión se explica por el temor a la negligencia del curador.*

174. “La prescripción se suspende siempre entre cónyuges”.

Razones:

- a) Si hubiera prescripción entre cónyuges, sería causa de perturbaciones en el hogar.
- b) El marido tiene el usufructo legal de los bienes de la mujer, y el usufructuario es un mero tenedor (no puede prescribir).
- c) El marido, como administrador de la sociedad conyugal, es el encargado de interrumpir las prescripciones que corran en contra de los bienes de la mujer.
- d) La ley prohíbe las donaciones irrevocables entre cónyuges. Si se permitiera la prescripción, podría encubrir una donación de este tipo.

Se discute si la suspensión entre cónyuges se aplica a la prescripción extraordinaria:

A) Se aplica a ambas:

- 1) El Art. 2509 CC dice que se suspende siempre, sin distinguir.
- 2) Donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.
- 3) El Art. 2511 CC, que dice que la prescripción extraordinaria no se suspende en favor de las personas enumeradas en el Art. 2509 CC, no alcanza a los cónyuges, pues no están enumerados, sino que están aparte.

B) Se aplica sólo a la ordinaria:

- 1) El Art. 2509 CC es un beneficio que la ley otorga, es una disposición excepcional que admite sólo interpretación restrictiva (no analógica).
- 2) Las palabras “siempre entre cónyuges” se refieren al inciso anterior, es decir, se aplica también a la mujer separada judicialmente o separada de bienes.
- 3) El término “enumeradas” significa “indicadas”.

La enumeración del Art. 2509 CC es taxativa.

175. Diferencias entre interrupción y suspensión.

- 1) Efecto propio:
 - a) Interrupción: se pierde todo el tiempo anterior.
 - b) Suspensión: sólo se descuenta el tiempo de su duración.
- 2) Origen:
 - a) Interrupción: hecho externo, ya sea de la naturaleza o del hombre. Los incapaces deben alegar la prescripción por medio de sus representantes.
 - b) Suspensión: tiene su fuente en la ley, y está establecida en atención a la calidad del propietario, no requiriéndose un hecho externo. El objeto de la suspensión es evitar que se perjudiquen los intereses de los incapaces por negligencia de sus representantes.
- 3) Quién puede alegarla:
 - a) Interrupción: cualquier interesado (natural) o quien entabló la acción (civil).
 - b) Suspensión: sólo aquel en cuyo favor está establecida.
- 4) Alcance:
 - a) Interrupción: se aplica a prescripción ordinaria y extraordinaria.
 - b) Suspensión: se aplica sólo a la ordinaria, salvo el caso de los cónyuges, en que se discute.

176. B) Prescripción extraordinaria.

Exige la posesión irregular ininterrumpida durante 10 años.

Art. 2511 CC. “El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de diez años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2509.”

Cómputo del plazo:

- a) Los 10 años valen para bienes muebles e inmuebles.
- b) Corre contra toda persona y no se suspende.

Art. 2510 CC. “El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

- 1.^a Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.
- 2.^a Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.
- 3.^a Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1.^a Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

2.^a Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.”

La regla 3^a no es realmente una excepción a la regla general del Art. 716 CC (“El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión...”). Al concurrir estas dos circunstancias, se manifiesta que el que comenzó como mero tenedor, ha tenido la cosa como señor y dueño. La mutación no opera por el sólo transcurso del tiempo, sino que algo tiene que haber pasado para que el que alega la prescripción haya realmente “poseído”.

VI. PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS REALES QUE NO SON EL DOMINIO.

177. Enunciado.

Por prescripción se ganan los derechos reales que no están especialmente exceptuados (Art. 2498 inc. final CC).

Art. 882 inc. 1º CC. “Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las.

Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de cinco años.”

Art. 2512 CC. “Los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas, salvo las excepciones siguientes:

1.^a El derecho de herencia y el de censo se adquieren por la prescripción extraordinaria de diez años.

2.^a El derecho de servidumbre se adquiere según el artículo 882.”

En cuanto a la primera excepción, respecto del derecho de herencia, excepcionalmente se puede adquirir por prescripción ordinaria de 5 años, en el caso del heredero putativo al que se le ha concedido la posesión efectiva de la herencia, la cual le sirve de justo título (Arts. 704 y 1269 CC).

En cuanto a la segunda, las servidumbres continuas aparentes se adquieren por prescripción ordinaria de 5 años, haya posesión regular o irregular, y haya o no justo título y buena fe.

VII. EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN.

178. Generalidades.

Por prescripción se adquiere el dominio de las cosas, por tanto nace para el prescribiente:

- 1) Una acción para exigir la restitución de la cosa en caso de ser privado de la posesión.
- 2) Una excepción para oponerla al dueño en contra de quien se ha prescrito.

La excepción de prescripción es una excepción a la regla de que las excepciones deben oponerse en la contestación de la demanda: se puede oponer en cualquier momento del juicio, antes de la citación para oír sentencia (primera instancia) o de la vista de la causa (segunda instancia).

La adquisición de la propiedad por prescripción se produce retroactivamente: se reputa dueño al poseedor desde el momento en que comenzó a correr la prescripción.

VIII. PRESCRIPCIÓN CONTRA TÍTULO INSCRITO.

179. Planteamiento del problema.

Art. 2505 CC. “Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.”

¿Esto se aplica a ambas clases de prescripción?

A) Sólo a la ordinaria; para la extraordinaria no es necesaria la inscripción.

- 1) La inscripción es sólo un requisito de la posesión regular; si falta, la posesión es irregular, y permite la prescripción extraordinaria.
- 2) El Art. 2510 CC, que rige la prescripción extraordinaria, no exige título alguno, y presume de derecho la buena fe aunque falte el título.
- 3) El Art. 2510 CC es una norma excepcional que prima sobre el Art. 2505 CC.
- 4) Si se aplicara a la extraordinaria, nunca habría prescripción extraordinaria contra título inscrito, y se protegería al dueño negligente en perjuicio de quien trabaja el inmueble.

B) Se aplica a ambas (posición mayoritaria):

- 1) El Art. 2505 CC no distingue.
- 2) Por su ubicación, es la última disposición que rige a ambas clases.
- 3) En el Proyecto estaba en las reglas aplicables a la ordinaria, pero se cambió.
- 4) Es una disposición doblemente especial: se aplica sólo a los inmuebles inscritos, por lo que debe primar sobre el Art. 2510 CC.
- 5) Sí podría haber prescripción extraordinaria contra título inscrito: el caso del pretendido mandatario que enajena la cosa en contra del supuesto mandante.
- 6) El Art. 2505 CC cierra armónicamente la teoría de la posesión inscrita exigiendo inscripción en todo caso.
- 7) El argumento del dueño negligente es una crítica a la ley, no una razón.

CAPÍTULO VII. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

I. GENERALIDADES.

180. Concepto.

Art. 889 CC. “La *reivindicación* o *acción de dominio* es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.”

No es la única acción que ampara el dominio. De los diversos contratos nacen acciones personales para obtener la restitución de la cosa, las cuales tiene menos dificultades de prueba que la reivindicatoria.

II. CONDICIONES PARA ENTABLAR LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

181. 1) Es necesario ser dueño de la cosa.

Art. 893 CC. “La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.”

Art. 892 CC. “Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular.” Es decir, el comunero puede reivindicar su cuota.

Excepcionalmente, el poseedor puede reivindicar la cosa, aunque no se pruebe el dominio: acción publiciana.

Art. 894 CC. “Se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.

Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho.”

Muchas veces es muy difícil probar el dominio, pero fácil probar la posesión. De acuerdo al Art. 700 inc. 2º CC, se presume dueño al poseedor.

El poseedor regular puede encontrarse en 3 situaciones:

- 1) El plazo se ha cumplido y ello ha sido declarado judicialmente.
- 2) El plazo se ha cumplido, pero no se ha declarado judicialmente.
- 3) El plazo no se ha cumplido.

Problema: ¿puede el poseedor regular que no ha cumplido el plazo de prescripción entablar la acción publiciana?

- A) Sólo puede intentarla el poseedor regular que haya cumplido el plazo: el Art. 894 CC no se refiere a los poseedores que no han cumplido el plazo, pues en su caso, si otro se apodera de la cosa, se interrumpe naturalmente la prescripción, y el poseedor ya no está en situación de adquirir la cosa por prescripción.
- B) La acción publiciana está establecida justamente en favor del poseedor regular que está en vías de ganar la cosa por prescripción cuando el plazo no se ha cumplido. El que ha enterado el plazo no es poseedor, es dueño, y entabla la acción reivindicatoria, no la publiciana. La sentencia que declara la prescripción es declarativa.

182. 2) El dueño debe haber sido privado de la posesión de la cosa.

Los litigantes son el propietario no poseedor contra el poseedor no dueño. El objeto de la litis es la posesión; la causa de pedir, el dominio.

Quien reivindica debe probar el dominio, pues al entablar la acción, reconoce la posesión de la contraparte, amparada por la presunción del Art. 700 inc. 2º CC. Excepción: el Fisco no debe probar su derecho de dominio, porque tendría que probar un hecho negativo indeterminado: que no tiene otro dueño.

Para probar el dominio se aplican las reglas generales de la prueba. Si el MAD es originario, sólo se debe probar el dominio propio; si es derivativo, debe probarse el dominio de los antecesores.

Si el poseedor inscrito es privado materialmente de un inmueble, no entabla la reivindicatoria, pues no ha sido privado de la posesión. *Debe entablar la acción de precario, o la*

acción posesoria de restablecimiento. Sin embargo, hay quienes sostienen que a la inscripción debe acompañar la tenencia con ánimo de señor y dueño para constituir posesión. Por tanto, el dueño del inmueble cuya tenencia material ha perdido, puede entablar la reivindicatoria.

183. 3) Que la cosa sea susceptible de reivindicarse.

De acuerdo al Art. 889 CC, la cosa debe ser singular.

Art. 890 CC. “Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

Exceptúanse las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla.”

Art. 891 inc. 1º CC. “Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia.

Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el Libro III.”

El derecho de herencia no puede reivindicarse porque recae sobre una universalidad jurídica.

También se puede reivindicar una cuota (Art. 892 CC). Problema: ¿Se puede reivindicar una cuota de una universalidad jurídica? La jurisprudencia, siguiendo la doctrina romana (que da a cada comunero una cuota sobre cada una de las cosas que compone la comunidad), ha señalado que sí se puede reivindicar.

NO PUEDEN REIVINDICARSE:

- 1) El derecho de herencia, pues recae sobre una universalidad jurídica. El heredero está amparado por la acción de petición de herencia, que emana del dominio que tiene sobre la misma. En dicha acción no se discute el dominio, sino la calidad de heredero. Pero de todos modos puede entablar la acción reivindicatoria para reclamar las cosas singulares de la universalidad.
- 2) Los derechos personales, sin perjuicio de la reivindicación del documento en que constan.
- 3) Las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que vendan cosas de la misma clase (Art. 890 inc. 2º CC).
- 4) Caso relativo al pago de lo no debido: el supuesto acreedor enajena la cosa pagada, ¿puede el que pagó reivindicar en contra del tercero?
 - a) Si el título es oneroso y el poseedor está de buena fe: no puede.
 - b) Si el título es gratuito: sí puede, si la cosa es reivindicable. (Art. 2303 CC).
- 5) Las cosas adquiridas por prescripción por un tercero.
- 6) Caso de la resolución del contrato: no se puede reivindicar contra terceros poseedores de buena fe (Arts. 1490 y 1491 CC).

III. CONTRA QUIÉN SE PUEDE REIVINDICAR.

184. Generalidades.

Art. 895 CC. “La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.”

Es relevante saber quién es poseedor pues es el legítimo contradictor, y las sentencias tienen efectos relativos. Por ello, se toman medidas de resguardo en favor del reivindicante:

- a) Art. 896 CC. “El mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene.”
- b) Art. 897 CC. “Si alguien, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor.”

185. Acción de dominio contra herederos.

Art. 899 CC. “La acción de dominio no se dirige contra un heredero sino por la parte que posea en la cosa; pero las prestaciones a que estaba obligado el poseedor por razón de los frutos o de los deterioros que le eran imputables, pasan a los herederos de éste a prorrata de sus cuotas hereditarias.”

Esto se debe a que existen dos obligaciones de diferente clase: una divisible (las indemnizaciones) y una indivisible (la restitución de la cosa).

186. Casos en que la acción reivindicatoria no se dirige contra el actual poseedor.

- 1) En contra aquel que ha dejado de poseer la cosa, cuando se hace difícil o imposible la persecución de ella.
- 2) En contra el mero tenedor.

187. 1) Se puede dirigir en contra del que dejó de poseer la cosa.

- a) El poseedor está de buena fe:

Art. 898 CC. “La acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio.

El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación.” (confirma un acto que le era inoponible).

En este caso, no se persigue la cosa, sino el precio recibido por la misma (se produce subrogación real). No obsta a la buena fe el saber que la cosa era ajena, pues para calificar la buena fe se atiende al momento en que empieza la posesión.

- b) El poseedor está de mala fe:

Art. 900 CC. “Contra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese.

De cualquier modo que haya dejado de poseer y aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que ha estado la cosa en su poder tendrá las obligaciones y derechos que según este título corresponden a los poseedores de mala fe en razón de frutos, deterioros y expensas.

Si paga el valor de la cosa y el reivindicador lo acepta, sucederá en los derechos del reivindicador sobre ella.” (se entiende que ratifica la venta)

Saneamiento: obligación que tiene el vendedor con respecto al comprador de la cosa y que consiste en indemnizarlo cuando el comprador es privado en todo o parte de la cosa por sentencia judicial (evicción). De acuerdo al Art. 900 inc. final CC, esta obligación no pesa sobre el reivindicante, sino sobre el poseedor de mala fe que dejó de poseer; pero respecto del poseedor de buena fe, el Art. 898 CC nada dice, por lo que el reivindicante responde del saneamiento.

188. 2) La acción reivindicatoria se puede dirigir en contra del mero tenedor.

Art. 915 CC. “Las reglas de este título se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor.”

IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

189. Generalidades.

Se extingue por la prescripción adquisitiva. No basta la inacción del propietario; es necesario que otra persona adquiera la posesión.

Art. 2517 CC. “Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.”

Como se extingue cuando se pierde el dominio, no tiene plazo fijo de prescripción.

190. Naturaleza.

La acción reivindicatoria es una acción real, porque deriva de un derecho real.

191. Calidad.

Puede ser mueble o inmueble, según lo sea la cosa que se persigue.

Esto tiene importancia para determinar la competencia del tribunal.

El juicio de reivindicación es un juicio ordinario.

V. MEDIDAS PRECAUTORIAS DURANTE EL JUICIO.

192. Generalidades.

El demandado está protegido porque goza de la presunción de ser dueño de la cosa, y además tiene el goce de la cosa hasta la sentencia definitiva (Art. 902 inc. 1º CC).

El reivindicante puede ser burlado por el poseedor, por lo que se consideran ciertas medidas precautorias para asegurar el resultado del juicio:

- 1) Cosa mueble: Art. 901 CC. “Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir su secuestro; y el poseedor, será obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir.” (Art. 291 CPC)
- 2) Inmueble: Art. 902 inc. 2º CC. “Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa, y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las

facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.” Se puede pedir el nombramiento de interventores (Art. 293 y 294 CPC).

Pueden solicitarse, además, otras medidas precautorias. Ej. Prohibición de celebrar actos y contratos.

VI. PRESTACIONES MUTUAS.

193. Concepto.

Son las indemnizaciones, devoluciones recíprocas, que se deben mutuamente reivindicante y poseedor, cuando este último es vencido en el juicio reivindicatorio.

194. A) Obligaciones que tiene el poseedor vencido para con el reivindicante.

1) Restitución de la cosa.

Art. 904 CC. “Si es vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo que el juez señale;...”

Este es uno de los pocos casos en que el juez puede fijar un plazo.

2) Indemnización de los deterioros que ha sufrido la cosa.

Art. 906 CC. “El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa.

El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo.”

El poseedor de buena fe permanece en ella hasta la contestación de la demanda. Sólo responde del provecho que ha obtenido porque no puede haber enriquecimiento injusto.

3) Restitución de los frutos.

Art. 907 incs. 1º a 3º CC. “El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.

El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda: en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.”

La buena o mala fe se refiere al momento de percepción de los frutos (Art. 913 CC).

4) Gastos del pleito y de conservación y custodia.

Art. 904 parte final CC. “...y si la cosa fue secuestrada, pagará el actor al secuestro los gastos de custodia y conservación, y tendrá derecho para que el poseedor de mala fe se los reembolse.”

195. B) Obligaciones del reivindicante para el poseedor vencido.

- 1) Debe satisfacerle los gastos ordinarios y costos de producción de los frutos.

Art. 907 inc. final CC. “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.”

- 2) Debe abonarle las mejoras.

Mejoras: toda obra que se ejecuta en una cosa y que tiene por objeto su conservación o un aumento de valor, o en razón de ornato o recreo. *Son los gastos hechos para una cosa.* Pueden ser de 3 clases:

- a) Necesarias: indispensables para la conservación y mantenimiento de la cosa.

El reivindicante debe siempre abonarlas, independiente de la buena o mala fe del poseedor.

Art. 908 inc. 1º CC. “El poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, según las reglas siguientes:”

Las mejoras necesarias pueden ser de dos clases:

1. Obras materiales: Art. 908 inc. 2º CC. “Si estas expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieren sido realmente necesarias; pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución.”
2. Obras inmateriales: Art. 908 inc. final CC. “Y si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador, y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía.”

- b) Útiles: Art. 909 inc. 2º CC. “Sólo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa.” La buena o mala fe se considera al momento de hacerse la mejora (Art. 913 CC).

1. Poseedor de buena fe: Art. 909 inc. 1º y 3º CC. “El poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda.

El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo.”

2. Poseedor de mala fe: Art. 910 CC. “El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla el artículo precedente.

Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados.”

Art. 912 CC. “Se entenderá que la separación de los materiales, permitida por los artículos precedentes, es en detrimento de la cosa reivindicada, cuando hubiere de dejarla en peor

estado que antes de ejecutarse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiere reponerla inmediatamente en su estado anterior, y se allanare a ello.”

- c) Voluptuarias: Art. 911 CC. “En cuanto a las mejoras voluptuarias, el propietario no será obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fe, que sólo tendrán con respecto a ellas el derecho que por el artículo precedente se concede al poseedor de mala fe respecto de las mejoras útiles.

Se entienden por mejoras voluptuarias las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante.”

3) Derecho de retención del poseedor vencido.

Art. 914 CC. “Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción.”

Los bienes retenidos se equiparan a los dados en prenda o hipoteca para efectos de su realización y preferencia (Art. 546 CPC).

CAPÍTULO VIII. LAS ACCIONES POSESORIAS.

I. GENERALIDADES.

196. Definición y características.

Art. 916 CC. “Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos.”

Las acciones posesorias tienden sólo a impedir que se altere la situación de hecho relativa a los inmuebles y a evitar que, substituyéndose a la autoridad del Estado, los particulares se hagan justicia por sí mismos.

La acción posesoria nace de un hecho, no de un derecho, por lo tanto no es real ni personal. Pero se la califica de acción real porque puede ejercerse sin respecto a determinada persona.

La acción posesoria es siempre inmueble, pues resguarda la posesión de inmuebles o derechos reales constituidos en ellos.

II. DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.

197. Las principales son las siguientes:

- 1) La acción reivindicatoria ampara un derecho (el dominio); la posesoria, un hecho (la posesión).
- 2) El titular de la reivindicatoria es el dueño, y excepcionalmente el poseedor regular; el de la acción posesoria es el poseedor, y excepcionalmente el mero tenedor.

- 3) La causa de pedir de la reivindicatoria es el dominio, y hay que probarlo; la de la posesoria es la posesión, y también hay que probarla (Art. 923 CC).
- 4) La reivindicatoria se tramita en un juicio ordinario (lato conocimiento); la posesoria, en un juicio de tramitación rápida.
- 5) El fallo del juicio reivindicatorio produce el efecto de la cosa juzgada; el del posesorio también, pero deja a salvo la posibilidad de que el vencido entable la acción reivindicatoria.
- 6) La reivindicatoria se extingue por la prescripción adquisitiva del dominio; la posesoria, por prescripción extintiva de un año (regla general, Art. 920 CC).
- 7) La reivindicatoria puede ser mueble o inmueble; la posesoria es siempre inmueble.

III. REQUISITOS NECESARIOS PARA ENTABLAR UNA ACCIÓN POSESORIA.

198. Enunciado.

Son 3 requisitos:

- 1) Que la persona tenga la facultad de entablar la acción posesoria:

Art. 918 CC. “No podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo.”

El plazo de un año se cuenta *hacia atrás* desde la fecha del embarazo o despojo de la posesión. No es necesario que el poseedor cumpla este plazo por sí solo; puede agregar posesiones (Art. 920 inc. final CC).

- 2) Que la cosa sea susceptible de ampararse por la vía de la acción posesoria.

De acuerdo a la definición, ampara bienes inmuebles y derechos reales constituidos en ellos (Art. 916 CC).

Art. 917 CC. “Sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria.”

También se excluye el derecho de herencia, pues no es inmueble. Pero nada obsta a que se entable para amparar un inmueble determinado *que se posee a título de heredero*.

En cuanto al usufructuario, usuario y habitador, ellos son meros tenedores respecto de la cosa, pero poseedores de su derecho, y pueden entablar una acción posesoria para ampararlo (Art. 922 CC).

Entre comuneros no se puede entablar la acción posesoria, pues no hay lugar entre ellos a la prescripción. Así ha fallado la jurisprudencia.

- 3) Debe intentarse dentro de cierto plazo (que la acción no esté prescrita).

Las acciones posesorias prescriben en 1 año (que es el plazo que necesita el otro para ampararse en la acción posesoria).

Art. 920 inc. 1° a 3° CC. “Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella.

Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad.”

Este plazo no se suspende, *corre contra toda persona* (Art. 2524 CC).

Las acciones posesorias se tramitan en juicios rápidos que reciben el nombre de interdictos.

IV. PRUEBA DE LA POSESIÓN.

199. Generalidades.

Entablada la acción, debe acreditarse:

- 1) Que se es poseedor no interrumpido y tranquilo durante 1 año.
- 2) Que la posesión ha sido arrebatada. *No es necesario que se prive de la posesión, también puede ser una molestia o embarazo (conducen a acciones posesorias distintas).*

200. Interpretación de los artículos 924 y 925.

Art. 924 CC. “La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla.”

Art. 925 CC. “Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.”

- 1) El Art. 924 CC contempla la forma de probar la posesión de todos los derechos inscritos, con excepción del dominio; el Art. 925 CC se refiere precisamente a la prueba de la posesión del suelo:
 - a) El Art. 916 CC distingue claramente entre dominio y demás derechos reales.
 - b) El legislador identifica el dominio con el bien raíz. Para probar la posesión del dominio, se aplica el Art. 925 CC, esté o no inscrito el inmueble.

Críticas:

- a) La asimilación entre el dominio y la cosa no es tan precisa; por algo la distinción entre cosas corporales e incorporeales, y dentro de estas últimas, los derechos reales (como el dominio).
- b) El Art. 924 CC no excluye el dominio.
- c) Esta interpretación contradice la teoría de la posesión inscrita.

- 2) El Art. 924 CC se refiere a la prueba de la posesión de todos los derechos reales inscritos, incluso el dominio; el Art. 925 CC se refiere a la prueba de la posesión de los derechos reales no inscritos:

Esta interpretación es aceptada en general, pero con modificaciones: el Art. 925 CC se aplica a los inmuebles inscritos y a otros casos:

- a) Cuando el poseedor inscrito tiene menos de un año de inscripción, la posesión material le sirve de prueba.
- b) Cuando hay dos inscripciones, se prefiere al poseedor material.
- c) Cuando hay discusión respecto de los deslindes, se prefiere al poseedor material.

V. ESTUDIO DE LAS ACCIONES POSESORIAS EN PARTICULAR.

201. Enumeración.

1) Querella de amparo.

202. Generalidades.

Es la que tiene por objeto conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. Supone que el poseedor conserva la posesión. Sus objetivos están en el Art. 921 CC:

- 1) Que no se turbe o embarace la posesión.
 - 2) Que se indemnicen daños provocados por los actos de perturbación.
 - 3) Que se dé garantías contra el daño fundadamente temido.
- Se dirige contra el que perturba la posesión, aunque sea el propietario.

2) Querella de restitución.

203. Generalidades.

Es la que tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. Procede cuando un individuo ha sido injustamente despojado de la posesión de una cosa, y sus objetivos son recuperar la posesión y obtener indemnización (Art. 926 CC).

Cuando el poseedor inscrito es privado materialmente del bien, debe entablar la querella de amparo, pues no ha perdido la posesión.

Art. 927 CC. “La acción para la restitución puede dirigirse no sólo contra el usurpador, sino contra toda persona, cuya posesión se derive de la del usurpador por cualquier título.

Pero no serán obligados a la indemnización de perjuicios sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe; y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán insólidum.”

3) Querella de restablecimiento.

204. Generalidades.

Es la acción que se otorga al que ha sido despojado violentamente de la posesión o mera tenencia de un inmueble, a fin de que se le restituya al estado en que estaba antes de esa violencia.

Su fundamento, más que el amparo de la posesión, es la sanción a la violencia. No es propiamente una querrela posesoria, porque puede ejercerla el mero tenedor (Art. 928 inc. 1º CC).

Diferencias con la querrela de amparo y la de restitución.

- 1) En la de amparo y restitución es necesario probar la posesión; en la de restablecimiento, basta acreditar la mera tenencia.
- 2) Las de amparo y restitución sólo puede entablarla el poseedor útil; la de restablecimiento, puede entablarla también el poseedor vicioso, incluso el mero tenedor.
- 3) Las de amparo y restitución prescriben en 1 año; la de restablecimiento, en 6 meses.
- 4) La cosa juzgada en la de restablecimiento es aún más débil que en las otras, pues deja a salvo las acciones posesorias correspondientes.

4) Acciones posesorias especiales.

205. Enumeración.

206. Reglas comunes.

- 1) No se requiere el año de posesión tranquila e ininterrumpida exigido por el Art. 918 CC, pues está comprometido el interés público.
- 2) Pluralidad de sujetos:
 - a) Pluralidad de querrellados (Art. 946 inc. 1º CC): hay 2 obligaciones:
 1. Destrucción o reparación de una obra: obligación indivisible y solidaria.
 2. Indemnización de perjuicios: obligación simplemente conjunta.
 - b) Pluralidad de querellantes (Art. 946 inc. 2º CC): también 2 obligaciones:
 1. Cada uno puede pedir la prohibición, destrucción o enmienda.
 2. Cada uno puede pedir la indemnización, pero sólo por el daño que haya sufrido, a menos que legitime su personería por los demás.
- 3) No tienen lugar contra el ejercicio de una servidumbre legal (Art. 947 CC).

207. a) Denuncia de obra nueva.

Art. 930 inc. 1º CC. “El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión.”

Art. 931 CC. “Son obras nuevas denunciabiles las que construidas en el predio sirviente embarazan el goce de una servidumbre constituida en él.

Son igualmente denunciabiles las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no esté sujeto a tal servidumbre.

Se declara especialmente denunciable toda obra voladiza que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él.”

Obras nuevas no denunciabiles: Art. 930 inc. 2º y final CC. “Pero no tendrá el derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., con tal que en lo que puedan incomodarle se reduzcan a lo estrictamente

necesario, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior, a costa del dueño de las obras.

Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, acequias, cañerías, etc.”

208. b) Denuncia de obra ruinosa.

Obras ruinosas denunciables (Art. 932 y 935 CC):

- 1) Edificios y construcciones que amenacen ruina.
- 2) Árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia.

Objetivos de la acción:

- a) Obtener la destrucción del edificio ruinoso; u
- b) Obtener su reparación, si la admite; u
- c) Obtener que el dueño rinda caución por los daños que pueda causar, si no son de gravedad.

Si el querellado no cumple, se derriba el edificio, o se hace la reparación a su costa de acuerdo al Art. 933 CC.

Art. 934 CC. “Si notificada la querella, cayere el edificio por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización; a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado.

No habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querella.”

Esta querella no prescribe mientras subsiste el temor de que la obra pueda derrumbarse (Art. 950 inc. 2º CC).

Este es el interdicto de más rápida tramitación.

209. c) Acciones posesorias especiales destinadas a proteger el goce de las aguas.

La mayoría de las disposiciones que las regulaban fueron derogadas por el C. Aguas. Los que quedaron no tienen que ver con el goce de las aguas: ver Arts. 937, 941, 942 y 943 CC.

210. Acción popular.

Art. 948 inc. 1º CC. “La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.”

Art. 949 CC. “Las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados.”

211. Prescripción de estas acciones posesorias especiales.

Art. 950 CC. “Las acciones concedidas en este título para la indemnización de un daño sufrido, prescriben para siempre al cabo de un año completo.

Las dirigidas a precaver un daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo.

Si las dirigidas contra una obra nueva no se instauraren dentro del año, los denunciados o querellados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria.

Pero ni aun esta acción tendrá lugar, cuando, según las reglas dadas para las servidumbres, haya prescrito el derecho.”

CAPÍTULO IX. LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.

I. INTRODUCCIÓN.

212. Limitaciones del dominio.

En general, se puede decir que el dominio está limitado toda vez que se haya constituido sobre una cosa un derecho real a favor de una persona que no sea el dueño.

Las limitaciones pueden ser legales o voluntarias.

Art. 732 CC. “El dominio puede ser limitado de varios modos:

1.º Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición;

2.º Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra; y

3.º Por las servidumbres.”

El Libro IV CC contempla algunos derechos reales que también pueden gravar el dominio: hipoteca, prenda, censo.

Estas limitaciones son derechos reales que debilitan los elementos que caracterizan al dominio.

II. GENERALIDADES.

213. Definición.

Art. 733 incs. 1º y 2º CC. Se llama *propiedad fiduciaria* la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama *fideicomiso*.”

El elemento indispensable es la existencia de una condición (requisito de la esencia del fideicomiso).

214. Reseña histórica.

III. CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISO.

215. Requisitos.

- 1) Que los bienes sean susceptibles de darse en fideicomiso.
- 2) Que existan dos personas: el fiduciario y el fideicomisario.
- 3) Que exista una condición en virtud de la cual pase la propiedad del fiduciario al fideicomisario.

216. Primer requisito. Cosas que pueden darse en fideicomiso.

Art. 734 CC. “No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos.”

Cuando el fideicomiso se establece sobre una cosa singular, ésta debe ser una especie o cuerpo cierto no consumible (a no ser que las cosas consumibles formen parte de una herencia y se constituya el fideicomiso sobre ella).

217. Constitución de la propiedad fiduciaria.

Art. 735 CC. “Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente Registro.”

La constitución del fideicomiso, entonces, es un acto esencialmente solemne. Debe inscribirse en el registro de Hipotecas y gravámenes.

Tratándose de un acto entre vivos, la inscripción es tradición y solemnidad, aunque algunos piensan que es sólo tradición; si se constituye por testamento, es sólo solemnidad, aunque algunos piensan que simplemente cumple la función de mantener la continuidad de las inscripciones.

218. ¿Puede adquirirse el fideicomiso por prescripción?

- A) Sí se puede, pues el Art. 2512 señala que los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y no exceptúa el fideicomiso.
- B) No se puede, pues no es posible poseer una cosa con el ánimo de restituirla al cumplirse la condición. El fideicomiso sólo puede constituirse por los medios señalados en el Art. 735 CC. Además, en el usufructo se indica expresamente que puede adquirirse por prescripción, pero nada se dice respecto del fideicomiso.

Crítica: La prescripción tiene lugar cuando en la constitución de la propiedad fiduciaria ha habido algún vicio y, en consecuencia, el propietario fiduciario es sólo poseedor de su derecho.

219. Segundo requisito: personas que intervienen en el fideicomiso.

- A) Propietario fiduciario: persona que adquiere la propiedad con el gravamen de restituirla a otra cuando se cumpla la condición.
- B) Fideicomisario: persona que adquiere la propiedad cuando se cumple la condición.
- C) Constituyente: es quien constituye el fideicomiso, pero no interviene después.

220. A) Propietario fiduciario.

Pueden nombrarse varios fiduciarios (Art. 742 CC), pero no pueden ser sucesivos (Art. 745 CC).

221. Falta de fiduciario.

El fiduciario debe existir al momento de constituirse el fideicomiso. Para determinar los efectos de su falta hay que distinguir:

- a) Si falta antes de que se le defiera el derecho:
 - 1. Si se ha designado sustituto: la propiedad fiduciaria pasa a éste.
 - 2. Si no se ha designado sustituto:
 - i. Si hay lugar al acrecimiento (varios han sido llamados sin expresión de cuota): la porción del que falta se junta con las demás.
 - ii. Si no hay lugar al acrecimiento: pasa a ser propietario fiduciario el constituyente o sus herederos (Art. 748 CC).
- b) Si falta después de haberse deferido el derecho: pasa a los herederos del fiduciario, los cuales deberán restituir la cosa cuando se cumpla la condición. La propiedad fiduciaria es transmisible (Art. 751 CC).

222. B) Fideicomisario.

No es condición necesaria que exista al momento de constituirse el fideicomiso (Art. 737 CC), pero el fideicomiso supone la condición de que exista al momento de la restitución (Art. 738 CC).

223. Pluralidad de fideicomisarios.

Pueden nombrarse varios fideicomisarios (Art. 742 CC), pero no pueden ser sucesivos (Art. 745 CC).

La constitución de fideicomisos sucesivos tiene una sanción especial: adquirida la cosa por el primer fideicomisario, se extingue para siempre la expectativa de los demás.

224. Falta de fideicomisario.

- a) Si falta antes de que se cumpla la condición:
 - 1. Si se ha designado sustituto: éste pasa a ocupar el lugar del fideicomisario.
 - 2. Si no se ha designado sustituto: el fideicomisario nada transmite a sus herederos, y se consolida la propiedad del fiduciario (Art. 762 CC).

La sustitución puede ser vulgar o fideicomisaria. En materia de propiedad fiduciaria, sólo se admite la vulgar (Art. 1156 CC¹⁸), pues si se aceptara la fideicomisaria (Art. 1164 CC¹⁹) en el hecho significaría establecer fideicomisos sucesivos.

No hay más sustitutos que los que expresamente designe el constituyente (Art. 744 CC), y se puede nombrar varios sustitutos llamados sucesivamente (Art. 743 CC).

- b) Si falta una vez verificada la condición: se traspasa el derecho a los herederos.

225. Tercer requisito. Existencia de una condición.

Art. 738 CC. “El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la época de la restitución.

A esta condición de existencia pueden agregarse otras copulativa o disyuntivamente.”

El fideicomiso lleva en sí la incertidumbre, lo que lo diferencia del usufructo: el usufructo siempre termina.

Las condiciones copulativas son aquellas que están destinadas a cumplirse conjuntamente: si una falla, no tiene lugar la restitución. Las condiciones disyuntivas son aquellas que están destinadas a cumplirse la una o las otras.

226. Momento en que debe cumplirse la condición de que pende la restitución de un fideicomiso.

Art. 739 CC. “Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución.

Estos cinco años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria.”

IV. EFECTOS DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.

227. Enunciado.

A) Derechos y obligaciones del fiduciario.

228. I. Derechos.

Existe un solo derecho: el de propiedad, bajo condición resolutoria, y que luego debe pasar a manos del fideicomisario. Como el fiduciario es dueño, puede entablar la acción reivindicatoria (Art. 893 CC).

Consecuencias de que el fiduciario sea dueño:

¹⁸ Art. 1156 incs. 1º y 2º CC. “La sustitución es vulgar o fideicomisaria.

La sustitución *vulgar* es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual.”

¹⁹ Art. 1164 inc. 1º CC. “Sustitución *fideicomisaria* es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.”

229. El fideicomiso puede traspasarse. (1)

Art. 751 CC. “La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte, pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución bajo las mismas condiciones que antes.

No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determine el día de la restitución.”

La indivisión del inc. 1º tiene por objeto proteger las expectativas del fideicomisario.

Es evidente que sea intransmisible cuando la condición sea la muerte del fiduciario, pues a su muerte ya nada tendrá que transmitir: la propiedad ha pasado al fideicomisario.

230. El fiduciario puede gravar su propiedad. (2)

Art. 757 CC. En cuanto a la imposición de hipotecas, censos, servidumbres, y cualquiera otro gravamen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario a las del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el artículo 761 tengan derecho para impetrar providencias conservatorias, no será obligado el fideicomisario a reconocerlos.

231. Facultad de administración. (3)

Art. 758 CC. “Por lo demás, el fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, y podrá mudar su forma; pero conservando su integridad y valor.

Será responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa.”
(culpa leve)

232. Derecho a gozar de los frutos. (4)

Art. 754 CC. “El propietario fiduciario tiene sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos y cargas del usufructuario, con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan.”

233. II. Obligaciones.

Son consecuencia de que su propiedad está sujeta a condición resolutoria.

234. Facción de inventario. (1)

Para poder restituir la cosa, debe practicar inventario solemne de los bienes, en las mismas condiciones que el usufructuario (Art.754 CC).

Art. 755 CC. “No es obligado a prestar caución de conservación y restitución, sino en virtud de sentencia de juez, que así lo ordene como providencia conservatoria, impetrada en conformidad al artículo 761.” (obligación que sí tiene el usufructuario)

235. Conservación de la cosa. (2)

Debe conservar la cosa, respondiendo hasta de la culpa leve por los menoscabos (Art. 758 CC).

En cuanto a las mejoras:

- a) Ordinarias de conservación y cultivo o fructuarias: son de cargo del fiduciario (Arts. 795 y 796 CC en relación al Art. 754 CC).
- b) Reparaciones o mejoras extraordinarias o mayores²⁰: Art. 756 CC. “Es obligado a todas las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluso el pago de las deudas y de las hipotecas a que estuviere afecta; pero llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario dichas expensas, reducidas a lo que con mediana inteligencia y cuidado debieron costar, y con las rebajas que van a expresarse:
 - 1.º Si se han invertido en obras materiales, como diques, puentes, paredes, no se le reembolsará en razón de estas obras, sino lo que valgan al tiempo de la restitución;
 - 2.º Si se han invertido en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca, o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse sin comprometer los derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que hayan costado estos objetos una vigésima parte por cada año de los que desde entonces hubieren transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieren transcurrido más de veinte, nada se deberá por esta causa.”
- c) Mejoras no necesarias (útiles o voluptuarias): Son de cargo exclusivo del fiduciario (Art. 759 CC).

236. Restitución de la cosa. (3)

Art. 733 inc. final CC. “La translación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama *restitución*.” Esta obligación nace al momento de cumplirse la condición.

237. Excepciones a las reglas de los derechos y obligaciones del fiduciario.

- a) Tenedor fiduciario: Art. 749 CC. “Si se dispusiere que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o de faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario, que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes.” Debe restituir la cosa y los frutos.

²⁰ Art. 798 CC. “Se entienden por obras o refacciones mayores las que ocurran por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria.”

- b) Irresponsabilidad de todo deterioro: Art. 760 inc. 1º CC. “Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro.”
- c) Fideicomiso de residuo: Art. 760 inc. 2º CC. “Si se le concede, además, la libre disposición de la propiedad, el fideicomisario tendrá sólo el derecho a reclamar lo que exista al tiempo de la restitución.”

B) Derechos y obligaciones del fideicomisario.

238. I. Derechos.

El fideicomisario es un acreedor condicional, tiene la simple expectativa de llegar a ser dueño de la cosa (Art. 761 inc. 1º CC). Si fallece antes de cumplirse la condición, nada transmite.

Pero en consideración al germen de derecho que tiene, se le otorgan algunas facultades para proteger su posible derecho:

239. 1º Derecho de solicitar medidas conservativas.

Art. 761 incs. 2º y 3º CC. “Podrá, sin embargo, impetrar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario.

Tendrán el mismo derecho los ascendientes del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera;...”

240. 2º Derecho de ser oído cuando el propietario fiduciario desea gravar la cosa.

Está en el Art. 757 CC, que ya vimos.

241. 3º Derecho para solicitar que el fiduciario rinda caución.

Debe solicitarse judicialmente (Art. 755 CC).

242. 4º Derecho a solicitar indemnización de los perjuicios.

Está en el Art. 758 CC, que ya vimos.

243. 5º El fideicomisario puede reclamar la cosa una vez cumplida la condición.

Este es su derecho fundamental, y puede ejercerlo judicialmente si el fiduciario se niega.

244. II. Obligaciones.

Una vez cumplida la condición, debe reembolsar al fiduciario las expensas que sean de su cargo.

V. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.

245. Diversas causales.

Art. 763 CC. “El fideicomiso se extingue:

- 1.º Por la restitución;
- 2.º Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendo, y se verifica la retroventa;
- 3.º Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 807;
- 4.º Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los substitutos;
- 5.º Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil;
- 6.º Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.”

Respecto del N° 3: si la destrucción es total, se extingue el fideicomiso; si es parcial, subsiste sobre el resto.

CAPÍTULO X. EL USUFRUCTO.

I. GENERALIDADES.

246. Definición.

Art. 764 CC. “El *derecho de usufructo* es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.”

247. Características.

- 1) Es un derecho real de goce: el usufructuario tiene derecho a usar y gozar de la cosa, y como es propietario de su derecho real, puede entablar la acción reivindicatoria y posesoria (si recae sobre inmueble) para protegerlo.

Art. 765 inc. 1º CC. “El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del *nudo propietario* y el del *usufructuario*.” Esto lo diferencia del fideicomiso, en que hay un solo derecho.

- 2) Es un derecho real principal: esto lo diferencia de la prenda y la hipoteca.
- 3) Puede ser mueble o inmueble.
- 4) El usufructuario es mero tenedor de la cosa, ya que reconoce el dominio del nudo propietario (Art. 714 CC), pero es propietario y poseedor de su derecho de usufructo.

- 5) Es temporal: Art. 765 inc. 2º CC. “Tiene por consiguiente una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad.”
- 6) Requiere la existencia de un plazo.
- 7) Es intransmisible: Art. 773 inc. 2º CC. “El usufructo es intransmisible por testamento o abintestato.”
- 8) Debe recaer sobre una cosa ajena (Art. 732 N° 2 CC).

II. CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO.

248. Elementos.

249. Primer requisito. Cosas susceptibles de usufructo.

El legislador nada dice. Por tanto, puede recaer en una universalidad jurídica o en una cuota de ella, en una o más especies o cuerpos ciertos o una cuota de ellos, en un género, en cosas fungibles y no fungibles, y en derechos personales.

250. El usufructo y el cuasi usufructo.

Es usufructo propiamente tal el que recae sobre cosas no fungibles; es cuasi usufructo si recae sobre cosas fungibles. *Peñailillo opina que debe entenderse fungibles en el sentido de consumible, pues es respecto de ellas que la restitución de las mismas es imposible.*

251. Diferencias entre el usufructo y el cuasi usufructo.

- a) El usufructo es título de mera tenencia; el cuasi usufructuario se hace dueño de los bienes (Art. 789 CC). El cuasi usufructo es título traslativo de dominio.
- b) Si el usufructuario se niega a restituir la cosa, el nudo propietario puede entablar la reivindicatoria (acción real); en el cuasi usufructo, el nudo propietario sólo tiene un crédito en contra del cuasi usufructuario para que éste le restituya otro tanto del mismo género y calidad (acción personal, Art. 789 CC).
- c) En el usufructo, si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, el usufructuario se libera de la obligación de restituirla; el cuasi usufructuario no puede exonerarse por la misma causa, pues el género no perece.

252. El cuasiusufructo y el mutuo.

Son muy similares, pero el mutuo sólo puede tener origen en el contrato, mientras que el cuasi usufructo puede también constituirse por la ley. El mutuo es un contrato real, el cuasi usufructo es consensual.

253. Constitución del usufructo.

Art. 766 CC. “El derecho de usufructo se puede constituir de varios modos:

- 1.º Por la ley;
- 2.º Por testamento;
- 3.º Por donación, venta u otro acto entre vivos;
- 4.º Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.”

La doctrina prefiere la siguiente clasificación:

- 1) Por voluntad del propietario (por acto entre vivos o por testamento).
- 2) Por ley.
- 3) Por prescripción.
- 4) Por sentencia judicial.

254. Por voluntad del propietario de la cosa.

Puede constituirse de varias maneras:

- 1) Por retención: el dueño se reserva el usufructo y cede la nuda propiedad.
- 2) Por vía directa: el dueño se queda con la nuda propiedad y cede el usufructo.
- 3) Por desprendimiento: el dueño se desprende de ambos, dándolos a diferentes personas.

También puede constituirse:

- a) Por acto entre vivos: si recae sobre muebles es consensual; si recae sobre inmuebles se requiere instrumento público inscrito (Art. 767 CC). La inscripción, que debe hacerse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del CBR, es solemnidad y tradición del derecho real de usufructo, aunque para algunos es sólo tradición.
- b) Por testamento: no se requiere inscripción, aunque recaiga sobre inmueble.

255. Por ley.

2 casos (Art. 810 CC):

- a) Usufructo del padre o madre sobre los bienes del hijo.
- b) Usufructo del marido sobre los bienes de la mujer como administrador de la sociedad conyugal.

No son propiamente un derecho real de usufructo, sino un derecho legal de goce.

256. Diferencias entre los usufructos legales y los constituidos por voluntad del propietario.

- a) El usufructo es un derecho real que permite perseguir el bien que se encuentra en manos de terceros; en el usufructo legal, salido el bien del patrimonio de su dueño, se extingue el derecho.
- b) Los usufructuarios deben rendir caución y practicar inventario; en el usufructo legal no existe esta obligación.
- c) El usufructo es embargable por el acreedor; los usufructos legales son inembargables.

257. Por prescripción.

Tiene lugar cuando se constituye sobre cosa ajena. En este caso, la tradición no opera como modo de adquirir el derecho, sino como justo título para poseerlo (Art. 683 CC). También

puede ocurrir cuando el título constitutivo es nulo. Se aplican las mismas reglas que para la prescripción del dominio.

258. Por sentencia judicial.

Según el Art. 1337 N° 6 CC, el partidor puede asignar a un comunero la nuda propiedad y a otro el usufructo, pero requiere acuerdo de los comuneros. En consecuencia, sería un usufructo constituido por acuerdo de los interesados, que el partidor se limitaría a aprobar.

Un verdadero usufructo judicial es el que se permite fijar al juez como pensión alimenticia (Art. 9 Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias).

259. Segundo requisito. Personas que intervienen en el usufructo.

- a) Constituyente: el que crea el derecho.
- b) Nudo propietario: el que conserva la nuda propiedad.
- c) Usufructuario: el que tiene el derecho a gozar de la cosa.

Entre nudo propietario y usufructuario no hay comunidad, pues sus derechos son de diversa naturaleza. Pero puede haber comunidad entre nudos propietarios o entre usufructuarios (Art. 772 CC).

260. Prohibición de constituir usufructos sucesivos.

Art. 769 CC. “Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos.

Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo.

El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado.”

El usufructo es sucesivo cuando la cosa debe pasar de manos de un usufructuario a otro, y de manos de éste a otro. Es alternativo cuando debe pasar de manos de un usufructuario a otro, y de éste al primero.

261. Prohibición de constituir usufructo bajo condición o plazo que suspende su ejercicio.

Art. 768 CC. “Se prohíbe constituir usufructo alguno bajo una condición o a un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio. Si de hecho se constituyere, no tendrá valor alguno.

Con todo, si el usufructo se constituyere por testamento, y la condición se hubiere cumplido, o el plazo hubiere expirado antes del fallecimiento del testador, valdrá el usufructo.”

El objeto de la prohibición es evitar que disimuladamente se constituyan usufructos sucesivos. La excepción se debe a que no hay condición cuando el hecho es pasado.

262. Tercer requisito. El plazo.

Art. 770 CC. “El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario.

Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario.

El usufructo constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años.”

Art. 771 CC. “Al usufructo constituido por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario, según los artículos precedentes, podrá agregarse una condición, verificada la cual se consolide con la propiedad.

Si la condición no es cumplida antes de la expiración de dicho tiempo, o antes de la muerte del usufructuario, según los casos, se mirará como no escrita.”

III. DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO.

263. Enunciado.

Existen dos derechos reales, por ello el legislador le otorga a ambos titulares, nudo propietario y usufructuario, la acción reivindicatoria y las posesorias (Art. 922 CC).

264. Facultad de usar la cosa. (1)

Art. 787 CC. “El usufructuario de cosa mueble tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino;...”

Art. 782 CC. “El usufructuario de una heredad goza de todas las servidumbres activas constituidas a favor de ella, y está sujeto a todas las servidumbres pasivas constituidas en ella.”

Art. 785 CC. “El usufructo de una heredad se extiende a los aumentos que ella reciba por aluvión o por otras accesiones naturales.”

265. Facultad de administración. (2)

Previamente debe cumplir con ciertas formalidades que ya veremos (Art. 777 CC).

266. Facultad de gozar de la cosa. (3)

Tiene derecho a los frutos civiles y naturales.

Art. 781 inc. 1º CC. “El usufructuario de una cosa inmueble tiene el derecho de percibir todos los frutos naturales, incluso los pendientes al tiempo de deferirse el usufructo.”

Art. 790 CC. “Los frutos civiles pertenecen al usufructuario día por día.”

En general no tiene derecho a los productos de la cosa. Pero el legislador le otorga derecho sobre ciertos productos (bosques, minas y ganados), cumpliendo ciertas obligaciones (Arts. 783, 784 y 788 CC).

Todas estas reglas son supletorias de la voluntad de las partes (Art. 791 CC).

267. Derecho a hipotecar el usufructo. (4)

Art. 2418 inc. 1º CC. “La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves.”

268. Derecho a ceder y enajenar el usufructo. (5)

Art. 793 CC. “El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera a título oneroso o gratuito.

Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario.

Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si se lo hubiese prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición.

El usufructuario que contraviniera a esta disposición, perderá el derecho de usufructo.”

Art. 794 inc. 1º CC. “Aun cuando el usufructuario tenga la facultad de dar el usufructo en arriendo o cederlo a cualquier título, todos los contratos que al efecto haya celebrado se resolverán al fin del usufructo.”

De los Arts. 793 inc. 2º y 794 inc. 1º CC se desprende que lo que se cede no es el usufructo, sino el ejercicio del mismo.

El usufructo, si es enajenable, es también embargable. Excepcionalmente son inembargables los usufructos legales.

269. Derecho a disponer de la cosa dada en usufructo. (6)

Sólo lo tiene el cuasi usufructuario.

IV. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO.

270. Distinción.

Es necesario distinguir 3 etapas:

1) Obligaciones previas al goce de la cosa.

271. Inventario y caución. (1)

Art. 775 CC. “El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes.

Pero tanto el que constituye el usufructo como el propietario podrán exonerar de la caución al usufructuario.

Ni es obligado a ella el donante que se reserva el usufructo de la cosa donada.

La caución del usufructuario de cosas fungibles se reducirá a la obligación de restituir otras tantas del mismo género y calidad, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución.”

En cuanto al inventario, parece ser que el constituyente y el nudo propietario no pueden exonerar al usufructuario de practicarlo, pues el legislador sólo permite liberar de la obligación de rendir caución. *Según Peñailillo, predomina la opinión de que es posible, por la autonomía de la voluntad.*

En cuanto a la caución, puede rendirse cualquiera que sea suficiente, fijada de acuerdo por las partes, o por el juez en caso de discusión. No deben rendir caución:

- a) Los usufructuarios legales (que tampoco deben practicar inventario).
- b) El donante que se reserva el usufructo de la cosa donada.
- c) El que ha sido exonerado de dicha obligación.

Estas obligaciones no son parte de la constitución del usufructo; son posteriores a ella y se exigen sólo para entrar en el goce de la cosa.

272. Sanción que acarrea la omisión del inventario y de la caución.

Art. 776 CC. “Mientras el usufructuario no rinda la caución a que es obligado, y se termine el inventario, tendrá el propietario la administración con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario.” En consecuencia, no entrará en la administración de la cosa.

Art. 777 CC. “Si el usufructuario no rinde la caución a que es obligado, dentro de un plazo equitativo, señalado por el juez a instancia del propietario, se adjudicará la administración a éste, con cargo de pagar al usufructuario el valor líquido de los frutos, deducida la suma que el juez prefijare por el trabajo y cuidados de la administración.

Podrá en el mismo caso tomar en arriendo la cosa fructuaria, o tomar prestados a interés los dineros fructuarios, de acuerdo con el usufructuario.

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, arrendar la cosa fructuaria, y dar los dineros a interés.

Podrá también, de acuerdo con el usufructuario, comprar o vender las cosas fungibles y tomar o dar prestados a interés los dineros que de ello provengan.

Los muebles comprendidos en el usufructo, que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, le serán entregados bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo.

El usufructuario podrá en todo tiempo reclamar la administración prestando la caución a que es obligado.”

La caución del inc. 5º se llama caución juratoria.

273. Limitaciones al goce de la cosa fructuaria.

A) Debe respetar los arriendos:

Art. 792 CC. “El usufructuario es obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento.

Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principia el usufructo.”

Como la disposición no distingue, es indiferente si el arriendo consta o no por escritura pública: debe respetarlo igual.

¿Qué pasa con los demás gravámenes personales? Debe también respetarlos:

Art. 796 inc. 1º CC. “Serán de cargo del usufructuario las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria...”

- B) Art. 774 CC. “El usufructuario es obligado a recibir la cosa fructuaria en el estado en que al tiempo de la delación se encuentre, y tendrá derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioro que la cosa haya sufrido desde entonces en poder y por culpa del propietario.”

2) Obligaciones durante el goce de la cosa fructuaria.

274. Debe gozar de la cosa sin alterar su forma y sustancia. (1)

Se desprende de la definición del Art. 764 CC.

275. Debe gozar de la cosa como buen padre de familia. (2)

Como administra bienes ajenos, responde de la culpa leve (Arts. 802 y 787 CC).

276. Pago de las expensas o mejoras. (3)

Art. 795 CC. “Corresponden al usufructuario todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo.” Estas son las cargas fructuarias.

Art. 796 CC. “Serán de cargo del usufructuario las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que durante el usufructo se devenguen. No es lícito al nudo propietario imponer nuevas cargas sobre ella en perjuicio del usufructo.

Corresponde asimismo al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales, que la graven durante el usufructo, en cualquier tiempo que se haya establecido.

Si por no hacer el usufructuario estos pagos los hiciere el propietario, o se enajenare o embargare la cosa fructuaria, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo.”

Art. 797 CC. “Las obras o refacciones mayores necesarias para la conservación de la cosa fructuaria, serán de cargo del propietario, pagándole el usufructuario, mientras dure el usufructo, el interés legal de los dineros invertidos en ellas.

El usufructuario hará saber al propietario las obras y refacciones mayores que exija la conservación de la cosa fructuaria.

Si el propietario rehúsa o retarda el desempeño de estas cargas, podrá el usufructuario para libentar la cosa fructuaria y conservar su usufructo, hacerlas a su costa, y el propietario se las reembolsará sin interés.”

3) Obligaciones del usufructuario una vez extinguido el usufructo.

277. Restitución de la cosa fructuaria. (1)

Art. 787 CC. "... y al fin del usufructo no es obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de aquellas pérdidas o deterioros que provengan de su dolo o culpa."

En el caso del cuasiusufructo, debe restituir igual cantidad y calidad de cosas, o su valor (Art. 789 CC). El usufructuario elige.

278. Derecho legal de retención. (2)

Art. 800 CC. "El usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, es obligado el propietario."

V. DERECHOS DEL NUDO PROPIETARIO.

279. Es dueño de la cosa dada en usufructo. (1)

Como consecuencia de ello, puede celebrar una serie de actos respecto de ella:

- a) Enajenarla, debiendo el adquirente respetar el usufructo.
- b) Hipotecarla, debiendo el acreedor hipotecario respetarlo también.
- c) Transmitirla, con la carga del usufructo (a diferencia del usufructo, que es intransmisible, Art. 773 CC)

280. Acciones que se otorgan al nudo propietario. (2)

Tiene la acción reivindicatoria (Art. 893 CC) y las acciones posesorias si recae sobre inmueble.

281. Derecho a los frutos pendientes al momento de la restitución. (3)

Art. 781 inc. 2º CC. "Recíprocamente, los frutos que aún estén pendientes a la terminación del usufructo, pertenecerán al propietario."

282. Reclamación de la cosa fructuaria. (2)

Tiene además de la reivindicatoria, una acción personal que nace del acto constitutivo del usufructo (y que tiene menos dificultades de prueba).

283. Derecho de indemnizaciones. (4)

Se desprende del Art. 787 CC, que hace responsable al usufructuario por las pérdidas o deterioros de la cosa.

284. Cobro de intereses del dinero invertido en obras mayores necesarias. (5)

Así lo establece el Art. 797 CC.

285. Derecho al tesoro. (6)

Art. 786 CC. “El usufructuario no tiene sobre los tesoros que se descubran en el suelo que usufructúa, el derecho que la ley concede al propietario del suelo.”

286. Derecho a pedir la terminación del usufructo. (7)

Art. 809 inc. 1º CC. “El usufructo termina, en fin, por sentencia de juez que a instancia del propietario lo declara extinguido, por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria.”

VI. OBLIGACIONES DEL NUDO PROPIETARIO.

287. Pago de las expensas extraordinarias mayores.

Así lo establece el Art. 797 CC.

En cuanto a los gastos en que se incurra con motivo de un juicio, corresponden al usufructuario si el juicio se refiere al usufructo, y al propietario si se refiere a la nuda propiedad.

Si el bien está afecto a hipoteca, los intereses de la deuda debe pagarlos el usufructuario, pero la amortización es de cargo del nudo propietario (Art. 796 CC).

Art. 801 CC. “El usufructuario no tiene derecho a pedir cosa alguna por las mejoras que voluntariamente haya hecho en la cosa fructuaria; pero le será lícito alegarlas en compensación por el valor de los deterioros que se le puedan imputar, o llevarse los materiales, si puede separarlos sin detrimento de la cosa fructuaria, y el propietario no le abona lo que después de separados valdrían.”

VII. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO.

288. Por la llegada del día o condición prefijada para que tenga fin. (1)

Art. 804 CC. “El usufructo se extingue generalmente por la llegada del día o el evento de la condición prefijados para su terminación.

Si el usufructo se ha constituido hasta que una persona distinta del usufructuario llegue a cierta edad, y esa persona fallece antes, durará sin embargo el usufructo hasta el día en que esa persona hubiera cumplido esa edad, si hubiese vivido.”

Art. 805 CC. “En la duración legal del usufructo se cuenta aun el tiempo en que el usufructuario no ha gozado de él, por ignorancia o despojo o cualquiera otra causa.”

289. Por muerte del usufructuario. (2)

Art. 806 incs. 1º y 2º CC. “El usufructo se extingue también:

Por la muerte del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijada para su terminación;”

290. Por la resolución del derecho del constituyente. (3)

Art. 806 inc. 3º CC. “Por la resolución del derecho del constituyente, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución;”

291. Por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad. (4)

Art. 806 inc. 4º CC. “Por consolidación del usufructo con la propiedad;”
Ej. Usufructuario hereda del nudo propietario.

292. Por prescripción. (5)

Art. 806 inc. 5º CC. “Por prescripción;”
Se ha concluido que se trata de una prescripción adquisitiva (Art. 2517 CC), es decir, no basta el simple no uso, sino que es necesaria la posesión del derecho por un tercero.

293. Por renuncia del usufructuario. (6)

Art. 806 inc. final CC. “Por la renuncia del usufructuario.”
La renuncia debe inscribirse en el CBR.

294. Por destrucción completa de la cosa fructuaria. (7)

Art. 807 CC. “El usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa fructuaria: si sólo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante.

Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de éste, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo.

Pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de ésta conservará su derecho sobre toda ella.”

295. Por sentencia judicial.

A petición del nudo propietario, de acuerdo al Art. 809 CC que ya vimos.

VIII. DIFERENCIAS ENTRE EL USUFRUCTO Y FIDEICOMISO.

296. A) En cuanto a la naturaleza de ambas instituciones.

- 1) En el usufructo existen 2 derechos reales; en el fideicomiso uno solo.
- 2) En el fideicomiso es indispensable la existencia de una condición, aun cuando sólo sea la existencia del fideicomisario; en el usufructo se requiere un plazo, que es por toda la vida del usufructuario si nada se dice.
- 3) En el fideicomiso no es segura la restitución; en el usufructo siempre la habrá.

297. B) En cuanto a su constitución.

- 1) En el fideicomiso se limitan las cosas sobre las cuales puede recaer; en el usufructo no.
- 2) El fideicomiso entre vivos es siempre solemne; el usufructo entre vivos sobre mueble es consensual.
- 3) El usufructo constituido por testamento sobre inmueble no requiere inscripción; el fideicomiso de estas características sí la requiere.
- 4) No hay fideicomiso por ley ni por sentencia judicial; usufructos sí.

298. C) En cuanto a sus efectos.

- 1) El usufructo requiere inventario y caución; el fideicomiso sólo inventario, y excepcionalmente caución cuando se obliga a ello por sentencia judicial.
- 2) El usufructo es embargable, el fideicomiso no.
- 3) La propiedad fiduciaria es transmisible, el usufructo no.
- 4) En el fideicomiso, el fiduciario debe hacer las expensas extraordinarias mayores, las cuales deben ser reembolsadas por el fideicomisario de acuerdo a las reglas vistas; en el usufructo, debe hacerlas el nudo propietario, pero el usufructuario debe pagarle el interés por los capitales invertidos, durante todo el usufructo.

299. D) En cuanto a su terminación.

- 1) El derecho del fideicomisario no termina por su muerte; el del usufructuario sí.
- 2) El fideicomiso no puede terminar por sentencia judicial; el usufructo sí.

CAPÍTULO XI. EL USO Y LA HABITACIÓN.

300. Definición.

Art. 811 CC. “El *derecho de uso* es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.

Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama *derecho de habitación*.”

301. Semejanzas entre el usufructo y los derechos de uso y habitación.

Son derechos reales, temporales, intransmisibles y limitativos del dominio. El uso y la habitación son usufructos más restringidos.

302. Constitución.

Art. 812 CC. “Los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo.” Pero no hay uso y habitación de carácter legal.

303. Caución e inventario.

Art. 813 CC. “Ni el usuario ni el habitador estarán obligados a prestar caución.

Pero el habitador es obligado a inventario; y la misma obligación se extenderá al usuario, si el uso se constituye sobre cosas que deban restituirse en especie.”

304. La extensión de los derechos de uso y habitación se determina por el título que los constituye.

Art. 814 CC. “La extensión en que se concede el derecho de uso o de habitación se determina por el título que lo constituye, y a falta de esta determinación en el título, se regla por los artículos siguientes.”

305. El uso y habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

Art. 815 CC. “El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos.”

Art. 816 CC. “En las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupa.

Así el usuario de animales no podrá emplearlos en el acarreo de los objetos en que trafica, ni el habitador servirse de la casa para tiendas o almacenes.

A menos que la cosa en que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinada a servirle en ellas.”

Art. 817 CC. “El usuario de una heredad tiene solamente derecho a los objetos comunes de alimentación y combustible, no a los de una calidad superior; y está obligado a recibirlos del dueño o a tomarlos con su permiso.”

306. Obligaciones del usuario y del habitador.

Art. 818 CC. “El usuario y el habitador deben usar de los objetos comprendidos en sus respectivos derechos con la moderación y cuidado propios de un buen padre de familia; y están obligados a contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporten.

Esta última obligación no se extiende al uso o a la habitación que se dan caritativamente a personas necesitadas.”

307. Características.

Art. 819 CC. “Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse.

Ni el usuario ni el habitador pueden arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende el ejercicio de su derecho.

Pero bien pueden dar los frutos que les es lícito consumir en sus necesidades personales.”

En consecuencia, los derechos de uso y habitación son personalísimos; todo acto celebrado respecto de ellos adolece de objeto ilícito (Art. 1464 N° 2 CC). Pero pueden ganarse por prescripción. Son, además, derechos inembargables (Art. 2466 CC).

CAPÍTULO XII. LAS SERVIDUMBRES.

I. GENERALIDADES.

308. Definición.

Art. 820 CC. “*Servidumbre predial*, o simplemente *servidumbre*, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.”

Hay que dejar claro que sólo existen servidumbres prediales.

309. Elementos.

- 1) Es un gravamen impuesto en beneficio de un predio (no de su dueño).
- 2) El gravamen debe soportarlo otro predio. Es una relación de predio a predio, aunque en el fondo sus titulares son los dueños.
- 3) Los predios deben ser de distintos dueños.

II. CARACTERES JURÍDICOS.

310. Es un gravamen. (1)

Art. 821 CC. “Se llama predio *sirviente* el que sufre el gravamen, y predio *dominante* el que reporta la utilidad.

Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama *activa*, y con respecto al predio sirviente, *pasiva*.”

La servidumbre, mirada por el lado de la carga, es sólo una limitación del dominio, que no priva al dueño del inmueble de ninguno de los atributos del dominio.

311. Es un gravamen real. (2)

La servidumbre activa está en la enumeración de los derechos reales (Art. 577 CC). Si uno de los predios cambia de dueño, las servidumbres permanecen inmutables.

312. Es un derecho inmueble. (3)

Recae sobre un predio (Art. 580 CC).

313. Es un derecho accesorio. (4)

Art. 825 CC. “Las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen.”

No puede enajenarse, cederse, hipotecarse o embargarse independientemente del predio al cual accede.

Pero no es una garantía, a diferencia de la prenda y la hipoteca, que acceden a un derecho personal.

314. Es un derecho perpetuo. (5)

Esta característica no es esencial: puede constituirse bajo plazo o condición.

315. Es un derecho indivisible. (6)

No admite ejercicio parcial. Consecuencias:

- a) Si un predio pertenece a varias personas, todas deben consentir para constituir una servidumbre en él.
- b) La interrupción y suspensión de la prescripción respecto de uno de los dueños del predio dominante favorece a los demás (Art. 886 CC).

Art. 826 CC. “Dividido el predio sirviente, no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía.”

Art. 827 inc. 1º CC. “Dividido el predio dominante, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente.”

III. CLASIFICACIÓN.

316. A) Según su origen.

Art. 831 CC. “Las servidumbres o son *naturales*, que provienen de la natural situación de los lugares, o *legales*, que son impuestas por la ley, o *voluntarias*, que son constituidas por un hecho del hombre.

317. B) Según su objeto.

Art. 823 CC. “Servidumbre *positiva* es, en general, la que sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer, como cualquiera de las dos anteriores; y *negativa*, la que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo, que sin la servidumbre le sería lícito, como la de no poder elevar sus paredes sino a cierta altura.

Las servidumbres positivas imponen a veces al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo, como la del artículo 842.” (caso de la demarcación).

318. C) Según su naturaleza.

- 1) Art. 824 CC. “Servidumbre *aparente* es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito, cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él; e

inaparente, la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito, cuando carece de estas dos circunstancias y de otras análogas.”

La apariencia o inapariencia es una cualidad accidental de la servidumbre, que no depende de su naturaleza sino de hechos con ella relacionados como son la señalización, exteriorización y publicidad.

- 2) Art. 822 CC. “Servidumbre *continua* es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante; y servidumbre *discontinua* la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito.”

Aquí se atiende a la forma de ejercer la servidumbre, y no al hecho de que se ejerza continuamente y sin intermitencia.

Tanto la servidumbre continua como la discontinua puede ser aparente o inaparente, y de la combinación de estos elementos surgen 4 especies de servidumbres.

319. Importancia de esta última clasificación.

- a) En materia de prescripción adquisitiva: sólo pueden adquirirse las continuas aparentes (Art. 882 CC).
- b) En materia de extinción por el no uso: Art. 885 CC. “Las servidumbres se extinguen:
5.º Por haberse dejado de gozar durante tres años.
En las servidumbres discontinuas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre.”
- c) En materia de constitución por destinación del padre de familia: sólo procede respecto de las servidumbres continuas y aparentes.

IV. EJERCICIO DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE.

320. Reglas generales.

Art. 884 CC. “El título, o la posesión de la servidumbre por el tiempo señalado en el artículo 882, determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente.”

También hay que tener presente:

Art. 828 CC. “El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título.”

Art. 829 CC. “El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla; pero serán a su costa, si no se ha establecido lo contrario; y aun cuando el dueño del predio sirviente se haya obligado a hacerlas o repararlas, le será lícito exonerarse de la obligación abandonando la parte del predio en que deban hacerse o conservarse las obras.”

Art. 830 CC. “El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo.

Con todo, si por el transcurso del tiempo llegare a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas.”

321. Ordenanza sobre servidumbres.

Art. 832 CC. “Las disposiciones de este título se entenderán sin perjuicio de las ordenanzas generales o locales sobre las servidumbres.”

V. SERVIDUMBRES NATURALES.

322. Servidumbres de libre descenso y escurrimiento de las aguas.

Art. 833 CC. “El predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descienden del predio superior naturalmente, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello.

No se puede por consiguiente dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituido esta servidumbre especial.

En el predio servil no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante, que la grave.

Las servidumbres establecidas en este artículo se regirán por el Código de Aguas.”

Esta es la única servidumbre natural contemplada por el CC.

323. No hay servidumbre legal de aguas lluvias.

Art. 879 CC. “No hay servidumbre legal de aguas lluvias. Los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio a que pertenecen, o sobre la calle o camino público o vecinal, y no sobre otro predio, sino con voluntad de su dueño.”

324. Uso de las aguas corrientes.

Está regulado en el C. Aguas.

VI. SERVIDUMBRES LEGALES.

325. Concepto y clasificación.

Son las impuestas por la ley, aun contra la voluntad del predio sirviente.

Art. 839 CC. “Las servidumbres *legales* son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares.

Las servidumbres legales relativas al uso público son:

El uso de las riberas en cuanto necesario para la navegación o flote, que se regirá por el Código de Aguas;

Y las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivas.”

a) Servidumbres de interés público.

326. Uso de las riberas para los menesteres de la pesca y de la navegación o flote. (1)

Tal como dice la disposición, está regulada en el C. Aguas.

327. Servidumbres establecidas por reglamentos u ordenanzas especiales. (2)

Están en la Ley de Municipalidades y en la Ley de Caminos. No son verdaderas servidumbres pues no hay predio sirviente.

b) Servidumbres de interés privado.

328. Enumeración.

Art. 841 CC. “Las servidumbres legales de la segunda especie son asimismo determinadas por las ordenanzas de policía rural. Aquí se trata especialmente de las de *demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista.*”

La enumeración no es taxativa; existen otras servidumbres contempladas en leyes especiales.

1) Servidumbre de demarcación.

329. Concepto.

Demarcación: operación que tiene por objeto fijar la línea que separa dos predios colindantes de distintos dueños, señalándola por medio de signos colindantes.

Art. 842 CC. “Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes.”

No exige la prueba del dominio, por lo que puede entablar la acción correspondiente el dueño, cualquier poseedor, y en general cualquiera que tenga un derecho real sobre la cosa.

330. Naturaleza jurídica.

Es una servidumbre positiva excepcional, pues impone una obligación de hacer.

Se compone de 2 elementos:

- a) Fijación en un plano de los límites (limitación).
- b) Construcción en el terreno de los hitos que señalan el límite (amojonamiento).

En doctrina, esto no es una servidumbre, pues no existe predio dominante, predio sirviente ni gravamen.

Hay que analizarlo desde 2 puntos de vista:

- 1) Del dueño que tiene interés en fijar los deslindes: es una facultad, consecuencia del dominio. Por ello es imprescriptible. Se entabla una acción real en que los intereses del actor no son contrapuestos a los de los vecinos. Se tramita en juicio sumario.
- 2) De los vecinos: la obligación de concurrir a la demarcación es un deber jurídico derivado de las relaciones de vecindad.

2) Servidumbre de cerramiento.

331. Generalidades.

Art. 844 CC. “El dueño de un predio tiene derecho para cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas a favor de otros predios.

El cerramiento podrá consistir en paredes, fosos, cercas vivas o muertas.”

Art. 846 inc. 1º CC. “El dueño de un predio podrá obligar a los dueños de los predios colindantes a que concurran a la construcción y reparación de cercas divisorias comunes.”

332. Cerca divisoria.

Para determinar quién es el dueño de la cerca divisoria hay que distinguir:

Art. 845 CC. “Si el dueño hace el cerramiento del predio a su costa y en su propio terreno, podrá hacerlo de la calidad y dimensiones que quiera, y el propietario colindante no podrá servirse de la pared, foso o cerca para ningún objeto, a no ser que haya adquirido este derecho por título o por prescripción de cinco años contados como para la adquisición del dominio.”

Art. 846 inc. final CC. “La cerca divisoria construida a expensas comunes estará sujeta a la servidumbre de medianería.”

El derecho de pedir el cerramiento es imprescriptible.

Doctrinariamente, esto tampoco constituye servidumbre en sentido estricto.

3) Medianería.

333. Definición.

Art. 851 CC. “La *medianería* es una servidumbre legal en virtud de la cual los dueños de dos predios vecinos que tienen paredes, fosos o cercas divisorias comunes, están sujetos a las obligaciones recíprocas que van a expresarse.”

334. La medianería no es una servidumbre.

Tampoco existe predio sirviente, predio dominante ni gravamen. En doctrina, se explica como un caso de comunidad forzosa y perpetua.

335. No toda pared divisoria es medianera.

Lo es cuando el cerramiento se ha hecho a expensas comunes (Art. 846 CC).

Art. 852 CC. “Existe el derecho de medianería para cada uno de los dos dueños colindantes, cuando consta o por alguna señal aparece que han hecho el cerramiento de acuerdo y a expensas comunes.”

Art. 854 CC. “En todos los casos, y aun cuando conste que una cerca o pared divisoria pertenece exclusivamente a uno de los predios contiguos, el dueño del otro predio tendrá el derecho de hacerla medianera en todo o parte, aun sin el consentimiento de su vecino, pagándole la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento, y la mitad del valor actual de la porción de cerramiento cuya medianería pretende.”

336. Prueba de la medianería.

- a) Por medio de un título: con el contrato en que ha quedado constancia de que la muralla ha sido construida a expensas comunes. (Art. 852 CC: “cuando consta”).
- b) Por medio de señales exteriores (Art. 852 CC: “o por alguna señal aparece que han hecho el cerramiento de acuerdo y a expensas comunes.”)
- c) Por medio de presunciones: Art. 853 CC. “Toda pared de separación entre dos edificios se presume medianera, pero sólo en la parte en que fuere común a los edificios mismos. Se presume medianero todo cerramiento entre corrales, jardines y campos, cuando cada una de las superficies contiguas esté cerrada por todos lados: si una sola está cerrada de este modo, se presume que el cerramiento le pertenece exclusivamente.

337. Efectos de la medianería.

- 1) Derecho a edificar sobre la pared medianera:

Art. 855 CC. “Cualquiera de los dos condueños que quiera servirse de la pared medianera para edificar sobre ella, o hacerla sostener el peso de una construcción nueva, debe primero solicitar el consentimiento de su vecino, y si éste lo rehúsa, provocará un juicio práctico en que se dicten las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino.

En circunstancias ordinarias se entenderá que cualquiera de los condueños de una pared medianera puede edificar sobre ella, introduciendo maderos hasta la distancia de un decímetro de la superficie opuesta; y que si el vecino quisiere por su parte introducir maderos en el mismo paraje o hacer una chimenea, tendrá el derecho de recortar los maderos de su vecino hasta el medio de la pared, sin dislocarlos.”

- 2) Derechos de elevar la pared medianera:

Art. 857 CC. “Cualquiera de los condueños tiene el derecho de elevar la pared medianera, en cuanto lo permitan las ordenanzas generales o locales; sujetándose a las reglas siguientes:

- 1.ª La nueva obra será enteramente a su costa.

2.^a Pagará al vecino, a título de indemnización por el aumento de peso que va a cargar sobre la pared medianera, la sexta parte de lo que valga la obra nueva.

3.^a Pagará la misma indemnización todas las veces que se trate de reconstruir la pared medianera.

4.^a Será obligado a elevar a su costa las chimeneas del vecino situadas en la pared medianera.

5.^a Si la pared medianera no es bastante sólida para soportar el aumento de peso, la reconstruirá a su costa, indemnizando al vecino por la remoción y reposición de todo lo que por el lado de éste cargaba sobre la pared o estaba pegado a ella.

6.^a Si reconstituyendo la pared medianera, fuere necesario aumentar su espesor, se tomará este aumento sobre el terreno del que construya la obra nueva.

7.^a El vecino podrá en todo tiempo adquirir la medianería de la parte nuevamente levantada, pagando la mitad del costo total de ésta, y el valor de la mitad del terreno sobre que se haya extendido la pared medianera, según el inciso anterior.”

3) Obligaciones recíprocas de los colindantes. Expensas relativas al cerramiento común:

Art. 858 CC. “Las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento serán a cargo de todos los que tengan derecho de propiedad en él, a prorrata de los respectivos derechos.

Sin embargo, podrá cualquiera de ellos exonerarse de este cargo, abandonando su derecho de medianería, pero sólo cuando el cerramiento no consista en una pared que sostenga un edificio de su pertenencia.”

338. Árboles medianeros.

Art. 859 CC. “Los árboles que se encuentran en la cerca medianera, son igualmente medianeros; y lo mismo se extiende a los árboles cuyo tronco está en la línea divisoria de dos heredades, aunque no haya cerramiento intermedio.

Cualquiera de los dos condueños puede exigir que se derriben dichos árboles, probando que de algún modo le dañan; y si por algún accidente se destruyen, no se repondrán sin su consentimiento.”

4) Servidumbre de tránsito.

339. Definición.

Art. 847 CC. Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.

340. Naturaleza jurídica.

Esta es una verdadera servidumbre, que tiene las siguientes características:

- a) Es positiva: el dueño sirviente debe dejar hacer al dominante.

- b) Es discontinua: para ejercerla se requiere un hecho actual del hombre.
- c) Es aparente o inaparente.

341. Condiciones para poder establecerse.

- 1) Que el predio que trata de imponerla esté desprovisto de toda comunicación con el camino público.
- 2) Que esta comunicación sea indispensable para el uso y beneficio del predio.
- 3) Que se indemnice previamente al propietario del predio sirviente.

Art. 848 CC. “Si las partes no se convienen, se reglará por peritos, tanto el importe de la indemnización, como el ejercicio de la servidumbre.”

342. Derecho del predio sirviente para pedir que se le exonere de la servidumbre.

Art. 849 CC. “Si concedida la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno.”

343. Caso del artículo 850.

Art. 850 CC. “Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que lo poseían proindiviso, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna.”

5) Servidumbre de acueducto.

344. Generalidades.

Art. 861 CC. “Toda heredad esta sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de los habitantes, o en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas.

Esta servidumbre consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente a expensas del interesado; y está sujeta a las reglas que prescribe el Código de Aguas.”

En consecuencia, esta servidumbre es el medio que tiene los propietarios no riberanos para servirse de las aguas corrientes.

345. La servidumbre de acueducto es una verdadera servidumbre.

Concurren todos los requisitos para que lo sea. El predio dominante puede ser:

- a) Una heredad que carezca de las aguas para el cultivo.
- b) Un pueblo que requiere las aguas para el servicio doméstico de sus habitantes.
- c) Un establecimiento industrial que las requiera para el movimiento de las máquinas.

346. Características.

- 1) Es positiva.
- 2) Es continua.
- 3) Puede ser aparente o inaparente. Generalmente es aparente.

347. Reglas especiales para la servidumbre de desagüe y drenaje.

Art. 870 CC. “Las reglas establecidas en el Código de Aguas para la servidumbre de acueducto se extienden a los que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes, y para desecar pantanos y filtraciones naturales por medio de zanjas y canales de desagüe.”

Este precepto reglamenta dos servidumbres:

- a) Desagüe: obligación de construir canales para que salgan las aguas sobrantes.
- b) Drenaje: recibir las aguas que provienen de la desecación de los pantanos.

La diferencia con la de acueducto es que en éstas, las aguas no tienen ninguna aplicación útil.

6) Servidumbre de luz.

348. Objeto.

Art. 873 CC. “La servidumbre legal de *luz* tiene por objeto dar luz a un espacio cualquiera cerrado y techado; pero no se dirige a darle *vista* sobre el predio vecino, esté cerrado o no.”

349. Características.

- 1) Es continua.
- 2) Es aparente.
- 3) Es positiva.

350. Cuándo existe servidumbre de luz.

Hay que distinguir:

- 1) Art. 874 inc. 1º CC. “No se puede abrir ventana o tronera de ninguna clase en una pared medianera, sin consentimiento del condueño.”

En este caso no hay servidumbre de luz, sino que es una consecuencia de la de medianería. Es por ello que:

Art. 877 CC. “Si la pared divisoria llega a ser medianera, cesa la servidumbre legal de luz, y sólo tiene cabida la voluntaria, determinada por mutuo consentimiento de ambos dueños.”

- 2) Art. 874 inc. 2º CC. “El dueño de una pared no medianera puede abrirlas en ella, en el número y de las dimensiones que quiera.”
Es simplemente el ejercicio de su derecho de dominio, y *se refiere a una pared no divisoria*.
- 3) Hay verdadera servidumbre de luz cuando la muralla es divisoria y pertenece a uno de los propietarios.

351. Condiciones a que está sujeta la servidumbre de luz.

Art. 875 CC. “La servidumbre legal de luz está sujeta a las condiciones que van a expresarse.

1.^a La ventana estará guarnecida de rejas de hierro, y de una red de alambre, cuyas mallas tengan tres centímetros de abertura o menos.

2.^a La parte inferior de la ventana distará del suelo de la vivienda a que da luz, tres metros a lo menos.”

352. Disposición que viene a destruir en el hecho la servidumbre de luz.

Art. 876 CC. “El que goza de la servidumbre de luz no tendrá derecho para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que le quite la luz.”

7) Servidumbre de vista.

353. Concepto.

Tiene por objeto prohibir que se vea lo que pasa en el predio vecino.

354. Características.

- 1) Es negativa.
- 2) Es continua.
- 3) Es aparente. *Según Peñailillo, todas las servidumbres que consisten en un no hacer son siempre inaparentes.*

355. Prohibiciones.

Art. 878 CC. “No se pueden tener ventanas, balcones, miradores o azoteas, que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no; a menos que intervenga una distancia de tres metros.

La distancia se medirá entre el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana, balcón, etc., y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos planos paralelos.

No siendo paralelos los dos planos, se aplicará la misma medida a la menor distancia entre ellos.”

VII. SERVIDUMBRE VOLUNTARIA.

356. Generalidades.

Art. 880 inc. 1º CC. “Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes.”

Rige el principio de la autonomía de la voluntad. Además, pueden constituirse como voluntarias las servidumbres que no pueden ser legales por falta de algún requisito.

357. Constitución de estas servidumbres.

358. A) Establecimiento por título.

Entendemos título como acto jurídico. Pueden constituirse por testamento o convención, a título gratuito u oneroso.

No requiere ninguna solemnidad especial, aparte de las del acto por el cual se constituye.

Art. 883 inc. 1º CC. “El título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente.” Esto no podría ser posible si la constitución de la servidumbre fuera un acto solemne.

Cualquier clase de servidumbre puede constituirse por título (Art. 882 CC).

359. B) Por sentencia judicial.

Art. 880 inc. 2º CC. “Las servidumbres de esta especie pueden también adquirirse por sentencia de juez en los casos previstos por las leyes.”

Esto es impropio, pues por lo general las sentencias son declarativas. Sólo puede citarse un caso en que se constituye por sentencia judicial:

Art. 1337 CC regla 5.ª “En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce.”

360. C) Por prescripción.

De acuerdo al Art. 882 CC, sólo pueden ganarse por prescripción las servidumbres continuas y aparentes. El plazo es de 5 años, cualquiera sea la posesión.

361. D) Por la destinación del padre de familia.

Art. 881 CC. “Si el dueño de un predio establece un servicio continuo y aparente a favor de otro predio que también le pertenece, y enajena después uno de ellos, o pasan a ser de diversos dueños por partición, subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios, a menos que en el título constitutivo de la enajenación o de la partición se haya establecido expresamente otra cosa.”

Destinación del padre de familia: acto por el cual una persona establece entre dos predios que le pertenecen, un estado de cosas que constituiría servidumbre si los predios fueran de distinto dueño.

362. Requisitos necesarios para que tenga lugar la destinación del padre de familia.

- 1) Que los predios que actualmente separados hayan sido de un mismo dueño.
- 2) Que el servicio se haya constituido por el mismo dueño.
- 3) Que se trate de un servicio continuo y aparente.
- 4) Que en el acto de enajenación o partición no se haya establecido expresamente otra cosa.

363. Casos en que tiene lugar este modo de establecer servidumbres voluntarias. Son dos:

- a) Cuando el dueño de un predio establece entre dos partes del mismo predio un servicio y después esas partes pasan a ser de distinto dueño.
- b) Cuando el predio sirviente y el dominante pasan a manos de un solo dueño, y éste deja subsistente la servidumbre como servicio. Si después vuelven a separarse, subsiste la servidumbre (que es nueva, porque la original se extinguió por confusión).

364. Servidumbres que pueden constituirse por este medio.

Sólo las continuas y aparentes.

VIII. EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES.

365. Diversas causales.

Art. 885 CC. “Las servidumbres se extinguen:

- 1.º Por la resolución del derecho del que las ha constituido; (sólo aplicable a voluntarias)
- 2.º Por la llegada del día o de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos; (también se aplica sólo a las voluntarias)
- 3.º Por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño.

Así, cuando el dueño de uno de ellos compra el otro, perece la servidumbre, y si por una nueva venta se separan, no revive; salvo el caso del artículo 881: por el contrario, si la sociedad conyugal adquiere una heredad que debe servidumbre a otra heredad de uno de los dos cónyuges, no habrá confusión sino cuando, disuelta la sociedad, se adjudiquen ambas heredades a una misma persona;

- 4.º Por la renuncia del dueño del predio dominante;
- 5.º Por haberse dejado de gozar durante tres años.

En las servidumbres discontinuas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre.”

Art. 886 CC. “Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno.” Esto es consecuencia del carácter indivisible de la servidumbre.

Art. 887 CC. “Si cesa la servidumbre por hallarse las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas, revivirá desde que deje de existir la imposibilidad con tal que esto suceda antes de haber transcurrido tres años.”

MPG 2006. Modificaciones noviembre 2010.