

LOS BIENES

Para entender el concepto de bienes se debe partir del concepto de cosa; entre ambas hay una relación de género a especie (cosa es género y bien es especie).

Cosa es todo aquello que existe sin ser persona y además que pueda percibirse por los sentidos, o bien, concebirse mediante la imaginación. Doctrinariamente, se entiende por cosa a todo aquello que teniendo existencia corporal o incorporeal, tiene utilidad para el hombre. Así, hay una clasificación de cosas que las divide en corporales e incorporeales. Entre éstas últimas están los derechos. Si hablamos de un derecho, real o personal, hablaremos de una cosa incorporeal. Dentro de estas cosas hay algunas que tienen la calidad de bienes.

Criterio para determinar si una cosa reviste el carácter de bien.

Podría pensarse que el criterio es la utilidad de la cosa, pero la sola utilidad no es suficiente para caracterizar los bienes, porque lo que en sí le da la característica a un bien es el ser susceptible de apropiación por el hombre. Por eso, cuando las cosas son aptas para satisfacer necesidades, son útiles al hombre y son susceptibles de apropiación, reciben el nombre de bienes.

No todas las cosas son bienes, tampoco lo son las cosas útiles al hombre, sino que son bienes aquellas cosas susceptibles apropiación. Por ello, las cosas comunes a todos los hombres (aire, alta mar), si bien son útiles al hombre, no son bienes, pues no son susceptibles de apropiación (art.585 CC).

Los bienes son importantes porque ellos constituyen el objeto de los derechos reales (art.577). La posesión también se ejerce sobre bienes; también los bienes constituyen el objeto de las obligaciones, debiendo tener presente que en virtud del concepto de cosa, los derechos reales y personales son también bienes (en virtud de la cosificación de los derechos). El art.565 CC dice que son cosas incorporeales los derechos y, como estos son susceptibles de apropiación privada, son bienes.

Clasificación de los Bienes.

- 1.- Corporales e incorporeales.
- 2.- Muebles e inmuebles.
- 3.- Medios de producción y bienes de consumo.
- 4.- Consumibles y no consumibles.
- 5.- Fungibles y no fungibles.
- 6.- Principales y accesorios.
- 7.- Divisibles e indivisibles.
- 8.- Singulares y universales.
- 9.- Presentes y futuros.
- 10.- Comerciables e inkomerciables.
- 11.- Apropiables e inapropiables.
- 12.- Nacionales y privados.

I.- Bienes Corporales y Bienes Incorporeales Art. 565 CC

Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.

Esta clasificación está en relación con las cosas. Tiene importancia porque dentro de los modos de adquirir que la ley señalan hay dos que sólo son aplicables a los bienes corporales: la ocupación y la accesión.

Esta clasificación del art.565 es objeto de críticas doctrinarias porque el legislador ha considerado conjuntamente dos cosas que son esencialmente distintas, como lo son las cosas y los derechos. Realmente no hay similitud entre ellos para asociarlos como el Código lo hace. Otros señalan que la denominación de bienes incorporeales no debería limitarse a los derechos, sino que debe aplicarse a ciertos bienes que carecen de materialidad (obras literarias, creaciones científicas, etc.).

El estudio de la situación jurídica de las obras literarias y creaciones científicas es objeto de una rama distinta; pero, actualmente, estos bienes inmateriales tienen cada día mayor importancia.

Los arts.565 y 576 CC consagran una figura que se conoce como la cosificación de los derechos. Hay autores que rechazan esta concepción de la cosificación de los derechos porque, por un lado, asocia a los derechos con las cosas materiales y, por otro lado, la concepción de cosificación de los derechos trata que abstracciones jurídicas como los derechos participen de las propiedades y características de las cosas materiales, lo que presenta diversas dificultades por la diversa naturaleza que tiene un objeto inmaterial en relación con uno material.

Aplicar a ambas los mismos principios y las mismas reglas crea una serie de problemas generados por su distinta naturaleza material.

Esta cosificación de los derechos no es una creación nueva, sino que viene del derecho romano, sistema jurídico en el cual se concebía que se podía tener derecho sobre los derechos; pero, se tiene entendido que en Roma se excluía de los bienes incorpórale al derecho de dominio. Esa exclusión se debe a que en el derecho romano el derecho se confundía con la cosa u objeto sobre el cual se ejercía, lo que lleva a identificar al objeto con el derecho en si mismo, confusión de la cual deriva el considerar a la propiedad como una cosa corporal (así, no se habla de _mi derecho de propiedad sobre esta casa, sino que de _mi casa_). Pero, en cuanto a los otros derechos reales, los romanos si convenían en una separación entre el derecho y la cosa corporal sobre la que recaía (por ejemplo, se habla de derecho de usufructo sobre la cosa).

En nuestro sistema jurídico, se mantiene la idea de considerar que los derechos son cosas, pero con una característica especial, cual es que no se excluye expresamente al derecho de dominio. Así, el art.576 indica que las cosas incorpórale son derechos reales o personales y el art.582 dice que el dominio es un derecho real..., con lo cual podría entenderse que la cosificación de los derechos también se extiende al dominio. Sin embargo, a la luz del art.583 CC, bien puede entenderse que el dominio est excluido de esta concepción, porque este artículo, al permitir que sobre las cosas incorpórale hay también una especie de propiedad, de no excluirse el dominio se produciría la incongruencia de concebir un derecho de dominio sobre el derecho de dominio.

Derechos Reales Art. 577

Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

El derecho real se concibe como una relación entre una persona y una cosa, relación de carácter absoluto e inmediato.

Algunos dicen que el derecho real es el poder que una persona tiene sobre una cosa; cuando este poder o señorío otorga la suma de facultades posibles a su titular, o sea, cuando el poder es completo o total, se está en presencia del derecho real de mayor importancia: el derecho de dominio.

Este derecho confiere a su titular un poder completo y total sobre la cosa; así, el art.582 dice que confiere el dominio la facultad de uso, goce y disposición.

Por tanto, su titular tiene todas las facultades. Pero, hay derechos reales que no son completos ni absolutos, sino que son parciales e incompletos, porque no confieren la suma de facultades, sino que sólo algunas de ellas: aquíj est n todos los derechos reales con exclusión del derecho de dominio.

En el derecho real la cosa ha de ser siempre determinada y el titular es generalmente una persona, pero pueden ser también varios titulares del mismo derecho (copropiedad).

Considerando la facultad que confieren los distintos derechos reales, ellos se pueden clasificar en: derechos reales de goce y derechos reales de garantía.

Los derechos reales de goce permiten a su titular usar la cosa directamente en su beneficio. El primero de ellos y el m s completo es el derecho de dominio. Junto a él están otros derechos reales de goce con facultades limitadas como el usufructo, el uso y la servidumbre.

Los derechos reales de garantía permiten el uso de la cosa indirectamente en consideración al valor de cambio de la cosa y su finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación principal, propia o ajena, en forma tal que, en caso de no darse cumplimiento a esta obligación, la cosa constituida en garantía, con el auxilio de la justicia, pueda enajenarse para obtener con el producto el cumplimiento de las prestaciones incumplidas. Estos derechos reales de garantía son la prenda y la hipoteca.

Considerando el particular contenido del dominio, puede hacerse una separación entre éste, que confiere un poder total y absoluto, y los otros derechos reales, ya que estos confieren derechos sobre una cosa ajena, denominándose por ello “derechos reales en cosa ajena”.

En los arts.577 y 578 CC el legislador define los derechos reales y personales respectivamente.

- Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.
- 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.

En estas dos clases de derechos se presentan numerosas diferencias debido a la naturaleza misma que ellos presentan; entre estas diferencias hay una que dice relación con la cantidad o número de estos derechos, porque los derechos reales, por la circunstancia de que recaen sobre bienes en forma directa y por el carácter absoluto de ellos mismos, se encuentran establecidos por la ley.

En cuanto a los derechos personales no se da esta característica de estar establecidos por la ley y el número de ellos no puede determinarse, porque principalmente van a depender en su origen de la voluntad de las partes. Así, el mismo CC en el art.577 hace una enumeración de los derechos reales: 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.

Estos derechos reales enumerados en el art.577 no son los únicos que se contemplan por el legislador, es así como en el propio CC el legislador nos señalan otro derecho real en el art.579: el derecho de censo, que tiene una doble característica, por un lado es un derecho personal y, por otro lado, es un derecho real cuando se persigue el inmueble (finca) gravado con el censo. El art.2022 CC define el censo: Se constituye un censo cuando una persona contrae la obligación de pagar a otra un crédito anual, reconociendo el capital correspondiente, y gravando una finca suya con la responsabilidad del crédito y del capital.

Pero, además hay otros derechos reales llamados derechos reales administrativos, contemplados en leyes de carácter especial. Así, en el Código de Minería vigente (art.54) se dice que el pedimento y la manifestación inscritas constituyen derechos reales inmuebles y se le aplican en cuanto a su transferencia y transmisión las mismas reglas que a los demás bienes raíces. El pedimento es la concesión de exploración (autorización para buscar minerales en terreno ajeno), y la manifestación es la concesión de explotación, o sea, la concesión para poder extraer la sustancia minera.

Por otro lado, el Código de Aguas en su art.6 dice que el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de las aguas conforme a las reglas del mismo Código.

El problema que se suscita en esta materia es si los particulares podrían entrar a crear otros derechos reales que los establecidos por la ley o si sólo es la ley la que dice cuales son estos derechos: en nuestro país, las normas referentes a la constitución y organización de la propiedad tienen el carácter de normas de orden público y entre estas normas se encuentran las relativas a los derechos reales, razón por la cual se estima que los particulares no pueden crear derechos reales.

Pero, esto no significa que los particulares están totalmente ajenos a ellos, porque, si bien el derecho real es creado por la ley, generalmente es la voluntad de los particulares la que las origina.

Así, el derecho de hipoteca es un derecho establecido por la ley, pero, para que se dé una hipoteca es necesario que una persona constituya este derecho en favor de otra; para que exista usufructo es necesario que el propietario se lo confiera a otra persona. Es decir, en cuanto al origen de un derecho real en particular, interviene la voluntad de los particulares.

Derecho Personal. (art.578)

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.

El derecho personal es un vínculo obligatorio entre personas, vínculo que se refiere a una prestación determinada, prestación frente a la cual una parte resulta obligada a dar, hacer o no hacer algo.

En el derecho personal hay un vínculo entre una parte que es el acreedor (que es quien puede exigir la prestación) y otra que es el deudor (que es el obligado al cumplimiento de esa obligación). Estos derechos personales pueden surgir de un hecho del deudor, de un acuerdo de voluntades, de la ley, etc. Su creación no está entregada al legislador, sino que ello depende de la voluntad de las personas en la generalidad de los casos

De los derechos reales nacen las acciones reales (art.577 parte final) y de los derechos personales nacen las acciones personales (art.578 parte final).

Tanto los derechos reales como los personales tienen una importancia relevante en el derecho. Por otro lado, el legislador le aplica a estos derechos algunas normas propias de las cosas corporales, como por ejemplo: la clasificación en muebles e inmuebles (art.580) y nos dice el CC que: Los derechos y las 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.

Otro aspecto que debe considerarse es lo que dispone el art.581 CC: Los hechos que se deben se reputan muebles.

II.- Bienes muebles y bienes inmuebles Arts.566, 567, 580 y 581 del CC.

Importancia de esta clasificación:

1. - En lo relativo a la forma en que se perfecciona el contrato de compraventa (art.1801 CC): la regla general es que el contrato de compraventa se perfecciona cuando hay acuerdo en la cosa y en el precio (contrato consensual).

Pero, tratándose del contrato de compraventa sobre bienes raíces (inmuebles) el contrato de compraventa no es consensual, sino que es solemne y la solemnidad es la escritura pública. Si el art.1801 nos da una regla general (la compraventa es consensual), tenemos que entender que se refiere a la compraventa de bienes muebles.
2. - En cuanto a la forma en que se hace la tradición de los derechos sobre muebles o inmuebles: la tradición es un modo de adquirir definido en el art.670 del CC. El legislador da normas distintas en cuanto a la forma de hacer la tradición respecto de los bienes muebles e inmuebles. La tradición de los bienes muebles se hace en la forma que señalan el art.684 del CC, y la tradición de los derechos sobre inmuebles se encuentra reglamentada en el art.686 CC, que rige respecto de todos los inmuebles, menos respecto de la servidumbre: inscripción del título en el Registro del Conservador.
3. - Hay otro modo de adquirir en el cual se presentan diferencias fundamentales respecto de los bienes muebles e inmuebles: esta es la prescripción, tratándose de la prescripción ordinaria, el plazo para adquirir el dominio de la cosa poseída es distinto tratándose de bienes muebles o inmuebles: El tiempo necesario para la prescripción ordinaria es de 2 años para los muebles y de 5 años para los bienes raíces (art.2508 CC).
4. - Influye también esta clasificación en materia de sucesión por causa de muerte: los herederos pueden disponer sin mayores problemas de los bienes muebles, pero para disponer de los bienes inmuebles necesitan cumplir ciertos requisitos que nos señalan el art.688 del CC: 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 proceda.
- 5.a En materia de familia también importa esta clasificación: así, en la sociedad conyugal los inmuebles aportados por uno de los cónyuges o adquirido por éste a título gratuito ingresan al haber propio del respectivo cónyuge, en tanto que los bienes muebles aportados por cualquiera de los cónyuges o adquiridos a cualquier título durante el matrimonio, ingresan al haber de la sociedad conyugal (art.1725 CC).

5.b También en materia de familia esta clasificación tiene importancia en otro sentido: en la sociedad conyugal se distinguen los bienes sociales y los bienes propios; tratándose de los bienes sociales la administración le corresponde al marido. Sin embargo, estas facultades del marido se encuentran limitadas tratándose de la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal, ya que el marido no va a poder enajenar voluntariamente o gravar los bienes raíces sin la autorización de la mujer (art.1749 inc.2 CC). Tampoco podrá sin dicha autorización arrendar los bienes raíces sociales urbanos por más de 5 años, ni los bienes raíces rústicos por más de 8 años (art.1749 inc.3).

También hay diferencias en lo que se refiere a los bienes propios de la mujer, porque aquí hay que distinguir entre los bienes muebles y los bienes inmuebles. El marido también tiene la administración de los bienes propios de la mujer cuando hay sociedad conyugal, pero para gravar o enajenar los bienes inmuebles propios de la mujer necesita autorización judicial con conocimiento de causa y las causas que justifiquen la enajenación o el gravamen sólo pueden ser:

- facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales.
- necesidad o utilidad manifiesta de la mujer.

Además de esta autorización judicial el marido necesita el consentimiento de la mujer (art.1754), en tanto que para la enajenación o gravamen de los bienes muebles el marido necesita sólo el consentimiento de la mujer, que podrá ser suplido por el juez cuando la mujer estuviere imposibilitada de manifestar su voluntad (art.1755). Si se omite cualquiera de estas formalidades la sanción aplicable es la nulidad relativa (art.1757).

5.c También dentro del derecho de familia y tratándose de los bienes raíces del pupilo, el guardador va a necesitar autorización judicial para gravar o enajenar dichos bienes, lo que se debe fundar en utilidad o necesidad manifiesta (art. 393 CC). Para enajenar o gravar los bienes raíces de cualquier naturaleza del hijo de familia, se necesita autorización judicial (art.255 CC).

6.- En la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme: ella sólo es procedente cuando se trata de inmuebles (art.1891 CC). La misma norma se aplica a la permuta de los bienes inmuebles.

7.- Dentro de los mismos derechos reales que enumera el art.577 tiene importancia esta clasificación: hay algunos derechos reales que sólo pueden proceder respecto de bienes inmuebles y otros proceden sólo respecto de bienes muebles. Así, los derechos reales de servidumbre, habitación e hipoteca, sólo pueden recaer sobre los bienes inmuebles.

Por su parte, el derecho de prenda sólo puede recaer sobre bienes muebles (art. 2384: Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.).

8.- También tiene importancia con respecto a las acciones posesorias, puesto que ellas sólo proceden respecto de bienes inmuebles y jamás sobre muebles (art.916).

9.- También tiene importancia esta clasificación en el derecho procesal, ya que la competencia de los tribunales se determina en forma distinta según si la acción que se ejerce es mueble o inmueble.

10.-En materia penal también es importante, porque hay ciertos delitos específicos para cada una de estas categorías de bienes: el hurto y el robo recaen sólo sobre bienes muebles y, respecto de los inmuebles, el delito específico existente a su respecto es la usurpación.

Esta situación, que se da de una mayor importancia a los bienes inmuebles, es propia de la concepción dominante a la época de la dictación del Código. La economía era esencialmente agrícola y la base del dominio agrícola es la tierra, de ahí la importancia que se da a la propiedad raíz, concepción que no corresponde a la realidad de hoy día.

Bienes Muebles

Son los que pueden trasladarse de un lugar a otro sin perder su individualidad (art.567 inc.1 y 574 CC). Estos bienes se subclasifican en dos grupos:

a.- Muebles por naturaleza corresponden al concepto dado, esto es, los que pueden trasladarse de un lugar a otro sin perder su individualidad, sea que se muevan por sí mismos (semovientes) o sea que se muevan por una fuerza externa (cosa inanimada).

b.- Muebles por anticipación son aquellos que son productos o accesorios de un inmueble, pero que se consideran muebles antes de separarse del inmueble para el solo efecto de constituir un derecho sobre ellos a favor de otra persona distinta del dueño (art.571 CC).

Al considerarse muebles antes de su separación y para el solo efecto de constituir un derecho sobre ellos, se le aplican las normas propias de los bienes muebles (art.580 inc. final en relación con el art.571 CC).

Estos bienes que son productos o accesorios de un inmueble se denominan “inmovilizados”, pero en el evento de ser separados del inmueble tendrían la calidad de muebles por anticipación cuando sobre ellos se va a constituir un derecho a favor de un tercero.

Lo que sucede es que el mueble por anticipación, una vez separado del inmueble, recupera plenamente su calidad de bien mueble siempre que la separación sea permanente y no transitoria (art.573 CC).

El legislador también se refiere a los bienes muebles de una casa (art.574 inc.2 CC), estos muebles son los que componen el ajuar de la casa y está constituido por los bienes muebles de uso doméstico, común y continuo en un hogar. Este art.574 inc.2 está en concordancia con el art.1121.

Bienes Inmuebles (fincas o bienes raíces)

Son los que no pueden trasladarse de un lugar a otro. Su característica esencial es la inmovilidad, es decir, el hecho de estar fijos, de carecer de traslación, y en esto es en lo que contrastan con los bienes muebles, que son esencialmente móviles.

El art.568 se refiere a los bienes inmuebles y señala que son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y las minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. El inc.2 nos señala que las casas o heredades se llaman predios o fundos. En este aspecto adquiere importancia una clasificación que distingue entre predios rústicos y urbanos.

Esto nos lleva a ver el problema de los predios urbanos y rurales y los predios rústicos y no rústicos; esta distinción se hace atendiendo a dos criterios diferentes:

- a. a un criterio de situación o ubicación (criterio geográfico).
- b. a un criterio de destinación (criterio funcional).

a.- En este caso se habla de predios urbanos y rurales atendiendo a si el inmueble está ubicado dentro o fuera del radio urbano de la ciudad, respectivamente.

b.- En este caso, la distinción entre predios rústicos y no rústicos atiende a cual es la destinación que se le da al inmueble. Así, predio rústico es aquel susceptible de uso agrícola, ganadero o forestal; y predio no rústico es aquel que no tiene la posibilidad de tal uso.

Luego, estas dos ideas de predio urbano y rural y de predios rústicos y no rústicos pueden superponerse. El legislador establece en distintas leyes esta clasificación y hace referencia a ella. Así por ejemplo: en la Ley de Reforma Agraria (N.16.640 art.1 letra a), se ha definido al predio rústico como todo inmueble susceptible de uso agrícola, ganadero o forestal, está situado en sectores urbanos o rurales; la ley N.11.622 (1954) sobre arrendamiento de inmuebles dice que, para sus efectos se entiende como predio urbano el que está situado en poblado y el edificio que fuera de población se destine normalmente a vivienda y no a menesteres campestres (art.1).

Otra clasificación de bienes inmuebles es la que distingue entre:

- 1.- Inmuebles por naturaleza.
- 2.- Inmuebles por adherencia.
- 3.- Inmuebles por destinación.

1. - Inmuebles por naturaleza. Son específicamente la cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro (art.568 inc.1). Este artículo hace también referencia a los predios y fundos, en los cuales hay tanto bienes inmuebles por naturaleza como por adherencia y destinación.
2. - Inmuebles por adherencia. Son ciertos bienes que, siendo muebles por naturaleza, se reputan inmuebles por estar adheridos permanentemente a un inmueble. Hay aquí; una ficción, porque a ciertos bienes que son muebles, por la circunstancia de estar adherido a un inmueble, la ley les atribuye esta calidad (art.568 inc.1 seg. parte:... y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.).

Para que un bien mueble tenga la calidad de inmueble por adherencia es necesario que cumpla con 2 requisitos:

- Que el bien mueble esté adherido al inmueble formando un solo todo con él (árboles a un bosque).
- Que esta adherencia sea permanente; si la adherencia es ocasional o transitoria el bien no adquiere la calidad de inmueble por adherencia, sino que mantiene el carácter de bien mueble.

Estos inmuebles por adherencia son los que se consideran muebles por anticipación aún antes de estar separados del inmueble al que se adhieren, pero para el solo efecto de constituir un derecho sobre ellos a favor de otra persona distinta del dueño. Estos muebles por anticipación, una vez separados del inmueble a que se adhieren, recuperan su calidad de muebles (art.573 parte final: ...Pero desde que se separan con el objeto de darles diferente destino, dejan de ser inmuebles). La jurisprudencia ha agregado otros casos de inmuebles por adherencia, así por ejemplo: servicio de calefacción, túneles, puentes, líneas férreas.

En los actos jurídicos que se realizan sobre un inmueble se comprenden tanto los por naturaleza como los por destinación.

3.- Inmuebles por destinación. En sí son muebles por naturaleza, pero por el hecho de estar permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de un inmueble. La ley los considera inmuebles, aunque puedan existir separadamente de este último.

Se distinguen de los inmuebles por adherencia ya que en los inmuebles por destinación no hay unión entre mueble e inmueble, la inmovilización es meramente jurídica, no corresponde a la naturaleza misma de las cosas. Para que un mueble pueda considerarse inmueble por destinación es necesario que concurren dos requisitos (art.570 inc.1):

- Que el mueble esté destinado al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, es decir, que sea accesorio al inmueble.

- Que la destinación sea permanente, si fuera transitoria el bien conservaría el carácter de mueble.

El art.570 plantea dos interrogantes: Ser necesario que concurren copulativamente estos requisitos o finalidades (uso, cultivo y beneficio). Duda que se plantea por el uso de la conjunción “y”. La doctrina y jurisprudencia en general estima que debe entenderse que para que un mueble tenga la calidad de inmueble por destinación, basta que tenga cualquiera de estas destinaciones, no siendo necesaria la concurrencia copulativa de ellas.

La Corte Suprema (2 de noviembre de 1945) señaló que al decir la ley que se reputan inmuebles por destinación las cosas muebles que están destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, no obstante el empleo de la conjunción copulativa y, lógicamente, debe entenderse que, para darles esa calidad, basta que están destinadas a una cualquiera de esas finalidades y no es necesario que concurren las tres copulativamente (Revista de Derecho y Jurisprudencia, t.43, secc. primera, p.227).

Ahora, quién debe hacer la destinación? El dueño o un tercero? En general se estima que la destinación del mueble al uso, cultivo y beneficio de un inmueble puede hacerla el dueño o un tercero, salvo casos en los cuales la destinación deba hacerla el dueño y no otro. Tales son los casos de los inc.4, 5 y 6 del art.570. En estos casos, la destinación del mueble debe hacerla el dueño del inmueble, de modo que si la hace el tercero el mueble no tendrá la calidad de inmueble por destinación.

Algunos autores critican la enumeración del art.570 y sostienen que principalmente no todos estos bienes son inmuebles por destinación, sino que otros tienen distinta calidad: las losas de un pavimento y los tubos de las cañerías no serían inmuebles por destinación, sino que serían inmuebles por adherencia, teniendo sólo los restantes tal carácter (inmuebles por destinación).

Los inmuebles por destinación pueden tener la calidad de muebles por anticipación (art. 571) y también recuperan sin problemas la calidad de muebles al separarse del inmueble (art.572).

III.- Bienes de producción y bienes de consumo

Los bienes de consumo están destinados a satisfacer directa e inmediatamente las necesidades de los seres humanos.

Los medios de producción son bienes cuya finalidad es la producción de otros bienes. Por la destinación misma que ellos tienen, los medios de producción son de naturaleza compleja y normalmente tienen un valor considerable; en los medios de producción hay varios bienes organizados según ciertos principios científicos o tecnológicos que en conjunto permiten la elaboración de otros bienes. Cada uno de los componentes del medio de producción es a la vez un bien en sí mismo que tiene su valor propio y es susceptible de clasificación dentro de las categorías tradicionales de los bienes. Por la naturaleza misma y considerando el concepto de inmuebles del legislado, dentro del cual están los inmuebles por adherencia y destinación, los medios de producción -en general- pueden considerarse inmueble como un solo todo.

Esta clasificación tiene importancia por el gran valor de los bienes de producción, que es muy superior a los de consumo.

IV.- Bienes consumibles y bienes no consumibles

Esta clasificación sólo es aplicable a los bienes muebles y el legislador la contempla imperfectamente en el art.575 CC. La noción de consumibilidad tiene su origen fundamentalmente en la naturaleza de la cosa o en la función o fin que ésta desempeña. En doctrina se distingue entre la consumibilidad objetiva y la consumibilidad subjetiva: Son objetivamente consumibles aquellas cosas que al primer uso se destruyen natural o civilmente. La destrucción es natural cuando las cosas desaparecen físicamente o sufren una alteración en su naturaleza misma, alteración que debe ser de importancia. Son civilmente consumibles aquellas cosas en las cuales su primer uso implica su enajenación. De lo anterior se desprende que son objetivamente no consumibles aquellas cosas que no se destruyen ni natural ni civilmente con el primer uso.

Son subjetivamente consumibles los bienes que según el destino que tengan para su titular, su primer uso importa enajenarlos o destruirlos. Por lo anterior, son subjetivamente no consumibles aquellos bienes en que el primer uso no importa enajenación o destrucción.

Esta clasificación tiene importancia porque hay ciertos actos jurídicos que no pueden recaer sobre cosas consumibles. Así sucede, por ejemplo, con el contrato de arrendamiento de cosas corporales: en este contrato el arrendatario obtiene el derecho de goce sobre la cosa, pero sobre ella pesa la obligación de conservar la misma y restituirla al final del contrato (art.1915, 1939 y 1947 CC). Lo mismo sucede con el contrato de comodato, el que tampoco puede recaer en bienes consumibles (art.2174); el mutuo recae sobre cosas consumibles (art.2196 CC).

V.- Bienes fungibles y bienes no fungibles

Si bien el CC incurre en un error, la doctrina es clara en cuanto a los bienes fungibles y no fungibles.

Bienes fungibles son los que pueden reemplazarse recíprocamente en el cumplimiento de la obligación entre las partes. Es decir, la idea de la cosa fungible descansa sobre la noción de equivalencia, de reciprocidad entre una y otra cosa, y no en la destrucción de la cosa, sea natural o civilmente.

Los bienes fungibles tienen un mismo poder liberatorio, o sea, con cualquiera de éstos bienes el deudor puede dar cumplimiento a su obligación, no importando al acreedor cuál de estos bienes reciba en pago de lo que se le debe. El bien fungible puede sustituirse por otro de igual género o calidad.

Hay equivalencia entre todos estos bienes, siempre que sean del mismo género y de la misma calidad (el bien que es esencialmente fungible es el dinero).

Bienes no fungibles son los que por su individualidad no pueden ser reemplazados por uno equivalente. No hay equivalencia en las cosas no fungibles y, por lo tanto, no puede haber reemplazo por otro del mismo género o calidad.

Cuando se trata de cosas no fungibles (por ejemplo: una obligación) el deudor, para cumplir la obligación, deber

entregar específicamente aquella cosa debida, no pudiendo entregar otra.

Relación entre la consumibilidad y la fungibilidad

Aún cuando el CC incurre en una confusión en el art.575, son distintas las cosas fungibles de las consumibles, porque en la clasificación de cosa en consumible y no consumible se atiende a la destrucción de la cosa en el primer uso; mientras que en la clasificación de cosas fungibles y no fungibles se mira al poder liberatorio o a la equivalencia de estos bienes.

VI.- Bienes principales y bienes accesorios

Principales son los que existen por sí mismos, en forma independiente de la existencia de otros bienes. Accesorios son aquellos que para existir necesitan de otros bienes. Asj, el suelo es un bien principal, en tanto que los árboles son accesorios.

En nuestro sistema jurídico debe tenerse presente que los inmuebles por adherencia y por destinación son accesorios del inmueble por naturaleza. Con respecto a los derechos reales encontramos algunos que son accesorios como la prenda y la hipoteca (art.46 CC).

VII.- Bienes divisibles y bienes indivisibles

Desde un punto de vista físico todos los bienes corporales son divisibles; jurídicamente hay otro concepto de divisibilidad: uno físico y otro intelectual.

- a. - Son físicamente divisibles los bienes que pueden separarse en partes sin perder su individualidad, por ejemplo: un líquido como el agua es divisible, en cambio, un animal es físicamente indivisible.
- b. - Son intelectualmente divisibles las cosas o derechos que pueden separarse en partes sociales, aunque no puedan serlo físicamente. Desde este punto de vista todos los bienes, corporales o incorporeales, son divisibles. Lo interesante aquí es destacar que los bienes incorporeales (derechos), por su naturaleza y al no tener consistencia física, sólo son intelectualmente divisibles y, por disposiciones legales, hay ciertos derechos que no pueden dividirse ni siquiera intelectualmente: tal es el caso del derecho de servidumbre (art.826 y 827 CC), porque este derecho no puede pertenecer en partes o cuotas a varios titulares, porque el titular de la servidumbre va a poder ejercer su derecho en su totalidad o integridad; sin embargo, esto no obsta a que existan varios titulares de un derecho de servidumbre sobre un mismo predio, pudiendo cada uno de ellos ejercerlo en su integridad (aquí hay varios derechos de servidumbre con distintos titulares).

VIII.- Bienes singulares y bienes universales

El CC no se refiere a ella, pero la alude en numerosas disposiciones, así por ejemplo, en los arts.1317, 951, 788 y 2504.

Bienes singulares son los que en sí mismos constituyen una sola unidad natural o artificial y pueden ser simples o complejos:

- a) Simples son aquellos que en sí mismos son de una indivisión de carácter unitario, por ejemplo: un caballo.
- b) Complejos o compuestos son aquellos que si bien constituyen una sola unidad, esta se forma por la unión física de diversas cosas de carácter singular, por ejemplo: un edificio.

Bienes universales son agrupaciones de cosas singulares que no obstante conservar su individualidad propia (sin conexión física), forman un todo al estar unidas por un vínculo de igual destino, recibiendo una denominación común. Por ejemplo: una biblioteca.

Las universalidades se clasifican en dos grupos: de hecho y de derecho o jurídicas.

a) universalidades de hecho.

Pueden definirse como el conjunto de bienes muebles de igual o distinta naturaleza que, a pesar de estar separados entre ellos y de conservar la individualidad que le es propia, forman un solo todo y ello por estar vinculados por una común destinación, generalmente de carácter económico.

Es importante resaltar que los bienes que conforman la universalidad de hecho pueden ser de igual o distinta naturaleza; de igual naturaleza sería una colección filatélica, una biblioteca o un rebaño (art.788), cada uno de los bienes que conforman estas colecciones permanece separado de los demás, conservando su individualidad, pero tienen una común destinación. También puede haber universalidad de hecho formada por bienes de naturaleza distinta; ello sucede, por ejemplo, en el establecimiento mercantil o comercial, en el cual se integran un conjunto de bienes de carácter corporal e incorporal (productos para la venta, instalaciones, derecho de llaves, patente comercial, etc.).

Las universalidades de hecho presentan las siguientes características comunes:

1.- Están conformadas por un conjunto de bienes muebles autónomos y distintos entre ellos: el hecho de ser autónomos o independientes diferencia la universalidad de hecho de las cosas singulares compuestas, en las cuales también hay un conjunto de bienes, pero que no conservan su autonomía, sino que existe entre ellos una unión física o material de modo que el conjunto de cosas pasa a formar una cosa distinta. Los bienes que componen la universalidad de hecho tienen individualidad propia, cada uno de los elementos componentes es en sí, conservando aisladamente el valor económico que le corresponde. No tienen el carácter de universalidad de hecho las cosas que solamente en conjunto pueden cumplir la función a que están destinadas, ello porque al tener que cumplir una función en forma conjunta existe una vinculación entre ellas que impide a cada una cumplir una función distinta de la función para la cual se destinó. Ejemplo: un par de zapatos.

En cambio, en la universalidad de hecho cada uno de los bienes que la conforman, considerados en forma independiente, cumplen su función y tienen su valor, pero si se les considera en su conjunto acrecientan la función que cumplen y generalmente aumentan el valor de los bienes.

2.- Lo que caracteriza a la universalidad de hecho es la común destinación de los bienes que la conforman, destinación que muchas veces tiene un carácter económico. Es esta común destinación la que hace aparecer a todos los bienes que conforman la universalidad de hecho como un solo todo.

3.- Dentro de las universalidades de hecho puede hacerse una distinción en dos categorías:

- colecciones: son universalidades de hecho que se caracterizan por tener una composición homogénea, por lo que los elementos que la componen son de igual naturaleza.
- explotaciones (entre ellas está el establecimiento comercial): se caracterizan por estar formadas por bienes diversos, en ellas se comprenden bienes de distinta naturaleza y, aún más, algunos de ellos corporales y otros incorporeales. Lo que constituye los lazos de unión entre todos estos bienes son las relaciones existentes entre ellos, que hace que configuren un medio en su conjunto para obtener un fin determinado.

En las universalidades de hecho no hay elemento pasivo, sólo existe el elemento activo.

b) universalidades de derecho o jurídicas.

Pueden definirse como el conjunto de relaciones (derechos y obligaciones) constituidos sobre una masa de bienes, reguladas de un modo especial por la ley y que forman desde el punto de vista jurídico un solo todo (constituye una abstracción jurídica).

Los elementos de la universalidad jurídica son:

- 1.- Que sobre una masa patrimonial se hayan constituido relaciones jurídicas.
- 2.- Que dichas relaciones se regulen de un modo distinto al común.
- 3.- Que de esta regulación se deduzca que la ley considera el conjunto como si fuera un ente distinto de cada uno de los bienes que individualmente lo componen.

Se caracteriza la universalidad de derecho por encontrarse en ella tanto un activo como un pasivo. Los elementos que conforman el activo están ligados entre sí por la necesidad de responder ante el eventual pasivo que exista; se presenta claramente esta relación de activo a pasivo en la más característica universalidad de derecho, esto es, la herencia.

En esta universalidad tiene plena aplicación la figura de la subrogación, esto consiste en que de ella pueden salir bienes que son reemplazados por otros, ejemplo: sale un libro y entra dinero, esta es una subrogación real, es decir, de cosa a cosa.

Las universalidades de derecho se nos presentan bajo variadas denominaciones en el campo jurídico y no generalmente con el nombre de universalidades de derecho; estas universalidades de derecho tienen su propia regulación, no necesariamente igual en cada caso.

Está fuera de discusión que la herencia es una universalidad de derecho. Hay un sector de la doctrina que también considera universalidades de derecho al patrimonio de la sociedad conyugal, al patrimonio del fallido y al del ausente, al patrimonio reservado de la mujer casada, el peculio profesional de los hijos de familia.

IX.- Bienes presentes y bienes futuros

Esta clasificación se hace atendiendo a si los bienes existen o no al momento de establecer la relación jurídica. Si ellos existen realmente cuando se constituye la relación jurídica, son bienes presentes; aquellos que no existen al momento de constituirse la relación jurídica, pero que se espera que existan, son bienes futuros. En la compraventa se establecen normas sobre este contrato cuando recaen sobre bienes presentes o futuros (art.1813). Según ello, los bienes futuros pueden clasificarse en: de existencia esperada y de existencia no esperada, atendiendo a la posibilidades de existencia que a su respecto se presentan.

X.- Bienes comerciables y bienes in comerciables

Se hace esta distinción atendiendo a si los bienes pueden o no ser objeto de relaciones jurídicas por los particulares.

- a. - Son comerciables aquellos que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, o sea, aquellos sobre los cuales los particulares pueden tener o ser titulares de un derecho determinado. A estos bienes se refiere el art.1461, cuando señalan que las cosas deben ser comerciables para ser objeto de un acuerdo o manifestación de voluntad.
- b. - Son in comerciables aquellos bienes que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas.

La regla general es que las cosas sean comerciables, pero hay ciertas cosas que están sustraídas de las relaciones jurídicas privadas, que no pueden ser objeto de actos jurídicos por parte de los particulares.

Algunas no forman parte de los bienes comerciables en razón de su naturaleza, por ejemplo: alta mar; hay otras que no son susceptibles de dominio por los particulares por el uso que se les da, por ejemplo: los bienes nacionales de uso público (art.589 CC). Lo que caracteriza a las cosas in comerciables es que no pueden ser objeto de ningún derecho privado. No sucede lo mismo con las cosas que están afectas a una prohibición de enajenar, porque no obstante existir esa prohibición, ellas no dejan de ser objeto de derecho privado.

Es distinto el concepto de inalienable con el de in comerciables. Una cosa es inalienable cuando no puede ser enajenada y es in comerciable cuando no puede formar parte de un patrimonio privado.

Lo que sucede es que las cosas in comerciables son inalienables como consecuencia de la imposibilidad de ingresar a un patrimonio privado.

Pero, hay bienes que están en el comercio porque forman parte del patrimonio privado, pero que no pueden enajenarse.

Estos son los bienes de tráfico prohibido: son de este tipo, en general, las cosas sobre las cuales existe una prohibición de enajenación, la que puede ser de carácter absoluto o relativo. Si la prohibición es absoluta, la enajenación no puede efectuarse en forma alguna; si es relativa, puede realizarse la enajenación si concurren ciertos y determinados requisitos. Las cosas inalienables o de tráfico prohibido están contempladas en los Ns.1 y 2 del art.1464, que son de prohibiciones de carácter absoluto, y en los Ns.3 y 4 se refiere a cosas afectas a prohibiciones relativas.

XI.- Bienes Apropiables y bienes inapropiables.

Esta clasificación está íntegramente ligada a la anterior y atiende a si los bienes son o no susceptibles de propiedad.

Entre los bienes Apropiables se puede distinguir entre:

- Bienes apropiados y
- Bienes inapropiados.

También se distingue entre los susceptibles de apropiación por los particulares y los no susceptibles de apropiación por los particulares.

Bienes inapropiados son aquellos que, aún siendo susceptibles de dominio, carecen de dueño. Puede ser que estos bienes no hayan tenido nunca propietario (res nullius), o bien, puede que hayan tenido propietario y que este los haya abandonado con la intención o ánimo de desprenderse de ellos (res derelictae).

Esta clasificación cobra importancia en el modo de adquirir llamado ocupación y hay que tener presente que la existencia de bienes inapropiados se limita exclusivamente a la existencia de bienes muebles (mostrencos) y no inmuebles (vacantes), en virtud de lo dispuesto en el art.590 CC: Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño. La segunda clasificación dentro de este mismo grupo est en:

a.- bienes susceptibles de apropiación por los particulares.

b.- bienes no susceptibles de apropiación por los particulares.

La regla general es que los bienes sean susceptibles de apropiación por los particulares. Pero, hay ciertos bienes que aún cuando por su naturaleza son susceptibles de tal apropiación, quedan sustraídos de ella en razón de intereses generales. Es lo que sucede con las calles, caminos, etc. Entre nosotros se denomina a los bienes de dominio de los particulares como bienes privados o particulares; y a los bienes de la nación, bienes nacionales, como denominación de carácter general.

XII.- Bienes privados y bienes nacionales.

Los bienes nacionales (art.589) se dividen en dos grupos:

1.- Bienes fiscales o del Estado.

2.- Bienes nacionales de uso público.

Art. 589 CC Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.

Si además s su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como las calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

1.- Bienes fiscales o del Estado.

Son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda, pero cuyo uso no pertenece generalmente a todos los habitantes (art.589 inc.3). Estos bienes se encuentran sustraídos al uso general.

No obstante, pertenecen a la nación toda por diversas razones:

Porque ellos se usan en forma exclusiva en el cumplimiento de una función o servicio del Estado (una oficina de correos, oficina de impuestos internos, un cuartel de policía), los cuales pueden ser usados por los particulares cuando hagan uso del servicio al cual están destinados, debiendo ajustarse este uso a la reglamentación del servicio respectivo.

Hay otros bienes que están sustraídos al uso general por su naturaleza, como sucede con los yacimientos que pertenecen al Estado. Pero éste puede conceder su uso, goce y aprovechamiento a los particulares con las condiciones y requisitos que se establezcan en las leyes respectivas.

Hay otros bienes que también pertenecen al Estado como las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (art.590 CC); las nuevas islas que se formen en el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de 100 toneladas (art.597 CC); los impuestos y contribuciones que recibe el Estado, los bienes que conforme a la ley caen en comiso y las multas que se aplican a beneficio fiscal, entre otros.

La característica que permite distinguir un bien fiscal de un bien nacional de uso público es justamente si el uso de ellos pertenece o no a todos los habitantes. En general, puede decirse que los bienes del Estado o fiscales están sujetos a las reglas del derecho privado, sin perjuicio de las excepciones que establezcan las leyes particulares al respecto (ver art.60 N.10 CPE). Es decir, estos bienes fiscales están en la misma situación que los bienes de los particulares, por consiguiente, pueden enajenarse, gravarse o ganarse por prescripción (art.2497 CC).

2.- Bienes nacionales de uso público.

De acuerdo con el art.589 CC estos bienes son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas.

Por esta razón de que el uso pertenece a la nación toda, estos bienes tienen que administrarse en forma de asegurar el uso y goce público de ellos, correspondiendo su administración a los servicios públicos respectivos. Estos bienes nacionales de uso público no pueden ser objeto de apropiación por los particulares, ni tampoco pueden ser gravados con derechos que importen una limitación o desmembramiento del derecho que sobre ellos corresponde a la totalidad de la nación.

Sin embargo, la autoridad puede otorgar autorización a ciertos particulares para el uso privativo de estos bienes (arts.598 y 602 CC); la forma en que se concede este uso privativo es materia reglamentada por las normas de derecho administrativo.

Los bienes nacionales de uso público admiten diversas clasificaciones, y aquí; hay que distinguir entre dominio público marítimo, dominio público fluvial y lacustre, dominio público terrestre y dominio público aéreo.

a. - dominio público marítimo: aquí hay que distinguir entre el mar adyacente, el mar territorial, la zona contigua y la alta mar. Dentro del mar adyacente se encuentra la clasificación del mar territorial y la zona contigua.

La alta mar se extiende desde las 24 millas marinas medidas desde las respectivas línea de base hacia adentro.

La alta mar es cosa común a todos los hombres, su uso es universal y es reglamentado por el derecho internacional.

La regla general es que la línea de base coincide con la línea de m s baja marea, salvo en costas desmembradas, en que se toma de la parte que m s sobresale del territorio.

El mar adyacente es el que se encuentra m s próximo a la costa y queda comprendido dentro de las 24 millas marinas medidas desde la respectiva línea de base. Dentro de éste es posible distinguir al mar territorial que se extiende hasta las 12 millas marinas medidas desde las respectivas línea de base, este mar territorial se establece para los efectos de la sanción de infracción de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios, como asimismo por razones económicas (reserva del cabotaje y la pesca en los límites del mar territorial a los nacionales y extranjeros domiciliados, art.611 inc.1 CC).

En general, se puede decir que este mar territorial forma parte del territorio nacional, de manera que ejerce plena jurisdicción el Estado sobre el mar territorial, constituyendo un bien nacional de uso público.

Pero el derecho de policía, para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de 24 millas medidas desde la respectiva línea de base: aquí; estamos en presencia de la zona contigua o complementaria de que habla la doctrina y a la cual nuestro CC se refiere en su art.593 segunda parte, pero sin darle un nombre específico. Entonces, esta disposición del art.593 CC alude al mar adyacente, o sea, el mar inmediato a la costas y lo divide en 2 zonas: a la m s próxima la llama mar territorial; a la otra zona, limitada para el derecho de policía, no le da un nombre, pero es la zona complementaria de que habla la doctrina.

Pero en esta materia hay que tener presente que el mar adyacente se extiende hasta 200 millas marinas contadas en igual forma. Este espacio toma el nombre de zona económica exclusiva. En esta zona, el Estado ejerce derecho de soberanía para la exploración, explotación y conservación de recursos naturales, tanto de las aguas como del lecho del mar, vivos o no vivos, pudiendo el Estado desarrollar cualquier actividad económica en esta zona y teniendo además la soberanía exclusiva sobre la plataforma continental para su explotación, conservación y exploración (art.596 CC).

Hay que tener presente que el art.593 fue sustituido por la ley 18565 (23 de octubre de 1986) y que el art.596 fue incorporado al CC por dicha ley. Antes, para el mar territorial se hablaba de una legua marina y para la zona contigua de 4 leguas marinas y el CC no hablaba de las 200 millas marinas, sino que éstas eran un producto de un tratado internacional entre Chile, Perú y Ecuador, sobre conservación y explotación de las riquezas marítimas del Pacífico Sur, que ampliaba a zona contigua hasta 200 millas para la exploración, explotación y conservación de riquezas marinas.

Este tratado fue aprobado por el D.S. 432 del 23 de septiembre de 1954, publicado en el Diario Oficial el 22 de noviembre de 1954, no obstante que este acuerdo se suscribió el 18 de agosto de 1952 en Santiago. Este acuerdo ha tenido trascendencia internacional, porque estos fueron los primeros países en extender a 200 millas, principio que fue fuertemente resistido, especialmente por las dos grandes potencias.

También son bienes nacionales de uso público las playas de mar (art.589 CC) que se definen en el art.594 en una definición que ha recibido elogiosos comentarios: Se entiende por playa de mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las m s altas mareas. Los art.612, 613 y 614 CC facultan a los pescadores para hacer uso de las playas y tierras contiguas hasta la distancia de 8 metros y medio para pescar, todo esto medido desde la línea de m s baja marea.

b.- Dominio público fluvial y lacustre: comprende todas las aguas territoriales y a él se refiere el art.595: Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.

c.- Dominio público terrestre: comprende todos los bienes nacionales de uso público que se encuentren en la superficie de la tierra (arts.589 y 592). El uso y goce de estos queda sujeto a la utilidad pública y se encuentra reglamentado en diversas leyes como la ley orgánica de municipalidades.

Ahora, en relación con los caminos y puentes, hay que tener presente que no todos son bienes nacionales de uso público, sino que algunos son de dominio particular y también pueden tener esta calidad otros bienes, aun cuando su uso sea público.

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

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

d.- Dominio público aéreo: está formado por todo el espacio aereo sobre el territorio nacional, el cual está sujeto a la soberanía chilena. Uno de los problemas que se está actualmente planteando es determinar hasta dónde llega, sobre todo por la proliferación de los satélites,.

El derecho real de dominio

Los derechos que recaen sobre bienes se denominan derechos patrimoniales porque representan un valor en dinero; y se llaman reales porque se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Entre los derechos reales tenemos al dominio, también denominado por algunos autores como la suma de todos los derechos reales, porque en el dominio se conjugan todas las facultades que confieren los demás s derechos reales. Los derechos reales distintos del derecho de dominio se caracterizan, en general, por ser desmembramientos o fraccionamientos del derecho de dominio. Por ello, el titular de uno de estos derechos reales sólo tendrá alguna o algunas de las facultades que el derecho de dominio confiere, las que le han sido conferidas por el dueño para ser ejercidas en una cosa ajena: ello sucede en el usufructo, uso o habitación, prenda, hipoteca y servidumbres activas. En lo que se refiere al derecho real de herencia, merece una mención aparte, pues ,l no recae sobre una cosa singular, sino que su objeto es una universalidad jurídica, cual es el patrimonio de una persona difunta.

El derecho de dominio es el que confiere al titular las m s amplias facultades sobre la cosa, no hay otro derecho real que confiera a su titular facultades de tal extensión.

Art. 582 CC El dominio (que se llama también propiedad) es un derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad._

Debe entenderse no sólo el dominio circunscrito a las cosas corporales, sino también sobre las incorporales (art.583).

No es que haya una propiedad especial distinta del dominio, sino que como es ejercido sobre una cosa incorporal, tendrá sus particularidades. Debemos establecer una relación entre el art.583 y el art.19 n.24 de la Constitución que confiere el derecho de propiedad sobre bienes corporales e incorporales. Otra protección constitucional que garantiza el derecho de propiedad es el art.19 n.23 que confiere la libertad para adquirir toda clase de bienes, salvo que una ley de quórum calificado limite esta facultad.

Se usan los términos dominio y propiedad como sinónimos, este es en general el sentir mayoritario de la doctrina moderna que se inclina por hacer sinónimas ambas expresiones.

Sin embargo, hay quienes les dan significados diversos, reservando la expresión dominio para el derecho que recae sobre las cosas materiales, y la voz propiedad se considera de carácter más amplio para denominar todo género de derecho susceptible de apreciación pecuniaria. Pero, la opinión mayoritaria (que también sigue el CC), es la de darles el mismo sentido a ambas expresiones.

Caracteres del Dominio

1.- Es absoluto, lo que puede tomarse en dos sentidos:

- a) como que el dueño o titular de este derecho puede ejercer sobre la cosa todas las facultades posibles; esto significa que el titular posee la suma de facultades que le son conferidas por la ley.
- b) como que el titular del derecho de dominio tiene un poder soberano para usar, gozar y disponer de la cosa a su arbitrio sin que nadie pueda limitarle su ejercicio.

Esta concepción de que el derecho de dominio confiere a su titular un poder ilimitado, es decir, una facultad que le permita hacer lo que a él le plazca, es considerada como una concepción exagerada, porque debe tomarse en cuenta que el titular del derecho de dominio, según la ley, tiene efectivamente facultades libres y exclusivas; pero sólo dentro de los límites que el mismo dominio fija con anterioridad. Estos límites dentro de los cuales puede ejercerse el derecho de dominio son impuestos para determinar el real contenido del derecho de dominio, o sea, no son limitaciones externas que vienen a restringir en alguna forma el derecho de dominio, como sucede en aquel caso en que se establezcan algunos derechos reales que limiten las facultades del titular, como sucedería si se constituyera un usufructo sobre un inmueble, pues en tal caso, el titular del dominio vería limitado el ejercicio de su dominio, porque un tercero es titular del derecho de usufructo sobre el mismo inmueble.

No es a esta clase de limitación a la que nos referimos, sino a las limitaciones establecidas por la ley para determinar el sentido y alcance de las facultades que confiere el derecho de dominio. Del tenor del art.582 puede concluirse que es esta la concepción que consagra el legislador, porque, si bien es cierto que entre nosotros el derecho de dominio confiere facultades a su titular que pueden ser ejercidas en forma absoluta, también establece limitaciones dentro de las cuales van a poder ejercerse esas facultades. Estas limitaciones son: la ley y el derecho ajeno.

2.- Es exclusivo. Significa que el derecho de dominio supone un solo titular que va a ejercer las facultades que confiere este derecho y dotado de la potestad suficiente como para impedir que terceros se inmiscuyan, limiten o coarten el ejercicio de sus facultades.

Esta exclusividad no obsta a que conjuntamente con el derecho de propiedad puedan existir sobre la misma cosa otros derechos reales con titulares distintos. Nada obsta a que una persona sea titular del dominio de una casa y que otra tenga un derecho de usufructo sobre ella.

Es perfectamente posible que dos o más personas sean titulares de un derecho de dominio sobre una misma cosa, correspondiendo a cada uno una parte o cuota de ese derecho. Lo que no puede haber son dos o más personas como titulares de un derecho de dominio total sobre la cosa.

Se dice que cuando dos o más personas son titulares de un derecho de dominio sobre una misma cosa, estarían siempre dentro del derecho de propiedad contemplado en el CC. Existe una sola diferencia: que en un caso pertenece a una sola persona y, en el otro, a varias personas. Cuando el derecho de dominio tiene varios titulares hablaremos de copropiedad o condominio y, al respecto es necesario establecer si este condominio o copropiedad es el mismo derecho de dominio al cual se refiere el art.582:

Algunos estiman que son derechos distintos, porque en el condominio desaparecería la característica de exclusividad propia del dominio. Sin embargo, el sentir mayoritario es que no son cosas distintas, sino que el dominio y el condominio son una clase de derecho, existiendo una distinción solamente en que en un caso hay un solo titular de un derecho y en el otro hay varios titulares, y que esto, en manera alguna se opone al carácter exclusivo del dominio, porque cuando hay copropiedad existe un solo derecho con varios titulares cuotativos del mismo, los cuales podrán ejercer las facultades inherentes al dominio. Porque a lo que se opone el carácter exclusivo del dominio es a que sobre una misma cosa existan dos o más derechos de dominio totales, absolutos y además independientes uno del otro. La exclusividad se opone a que dos o más personas sean titulares de la totalidad del derecho de dominio, situación que no se presenta en la copropiedad, pues en ella cada dueño o copropietario, individualmente considerado, no es titular de la totalidad del derecho de dominio, sino que sólo de una parte o cuota de un mismo derecho de dominio.

3.- Es perpetuo. El nombre de esta característica nos indica en que consiste, esto es, en que no hay a su respecto limitación en cuanto al tiempo. En principio, el dominio dura tanto como dura la cosa.

No se extingue este derecho por su no uso o por su no ejercicio, pues el dominio se pierde cuando, entre otras causales, la persona deja de tener la posesión de la cosa y ella es adquirida por un tercero, quien la posee durante el tiempo necesario para que opere la prescripción adquisitiva, teniendo lugar lo dispuesto en el art.2517: Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.

Facultades que confiere el Dominio

Son los atributos que otorga el derecho de dominio y tienen su fundamento en los caracteres que este derecho tiene. Estas facultades son tres: uso, goce y disposición. Todo propietario tiene estas tres facultades, salvo que haya constituido un derecho real limitativo del dominio en favor de un tercero, en cuyo caso se está disponiendo de algunas de estas facultades.

1.- Facultad de Uso. consiste en aplicar la cosa a los servicios que ella proporciona, sin entrar a aprovecharse de los frutos de la cosa ni tampoco a la destrucción de la misma, porque si entra a la apropiación de los frutos de la cosa estaríamos ante la facultad de goce y si se produjera la destrucción de la misma estaríamos frente al consumo de la cosa, que es una posibilidad conferida por la facultad de disposición. Ahora, que el propietario se aproveche de los frutos o destruya la cosa no tiene mayor trascendencia porque tiene todas las facultades sobre la cosa, pero sí tiene importancia cuando el uso excede de los límites de dicha facultad cuando ella corresponde a un tercero, porque existe un derecho que da a su titular sólo la facultad de uso, sin que tenga participación de ninguna especie en los frutos de la cosa. Por otro lado, el usufructo confiere la facultad de uso y goce de la cosa, pero no atribuciones para el consumo de la misma.

El propietario puede ejercer su facultad de uso en la forma que a él más le plazca, y así incluso podrá destinar la cosa para fines a los cuales no está naturalmente destinada y ello porque la única limitación que el propietario tiene es la ley y el derecho ajeno (art.582). La regla general es que la facultad de uso no se manifieste en forma aislada, sino que unida a la facultad de goce, con la cual, por regla general, entra a confundirse y por eso no es extraño que el art.582, al definir al derecho de dominio, no mencione al uso dentro de las facultades que este derecho confiere a su titular (no lo señalan como algo distinto del goce). Al parecer, el legislador estimó en esta disposición que la facultad de uso quedaba comprendida dentro de la facultad de goce.

Esta idea del legislador no siempre es efectiva, porque hay ciertos derechos que recaen sobre una cosa que no produce frutos y, en tal caso, dichos derechos se limitan al mero uso de la cosa, como sucedería con una biblioteca.

2.- Facultad de Goce. Es aquella que habilita para apropiarse de los frutos y productos de la cosa. Es en virtud de esta facultad que el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce; pero debemos tener presente que en el CC no se justifica la adquisición de los frutos de una cosa por el dueño por el ejercicio de la facultad de goce, sino que a través de un modo de adquirir que es la accesión, que según el art.643: 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 la cosa pueden ser naturales o civiles.

Esta concepción del CC de justificar la adquisición de los frutos por el propietario a través, s de la accesión no presenta mayor utilidad, porque en verdad el propietario de la cosa pasa a serlo de lo que ella produce no en virtud de la accesión, sino por el ejercicio de la facultad de goce.

3.- Facultad de Disposición. En virtud del ejercicio de esta facultad el propietario puede destruir, transformar, degradar, enajenar o transferir la cosa que le pertenece, es decir, en el ejercicio de esta facultad el propietario puede realizar sobre la cosa cualquier acto que signifique la transformación de la misma, siempre que dicho acto no sea contra ley o derecho ajeno. También en ejercicio de esta facultad el propietario puede transferir este derecho, transmitirlo por causa de muerte o bien limitarlo constituyendo un derecho a favor de terceros (prenda, hipoteca, por ejemplo).

Este atributo faculta al propietario para realizar prácticamente, sin otros límites que el derecho ajeno y la ley, toda clase de actos que alteren la forma o sustancia de la cosa o que impliquen su detrimento, que lleven a su transformación o consumo, que conduzcan a su transferencia o transmisión, etc.; es decir, la expresión “disponer” se toma en un significado sumamente amplio. Se sostiene por algunos que esta facultad de disposición es esencial del derecho de dominio en tal forma que, sin esta facultad, este derecho no podría concebirse. Es perfectamente concebible un derecho de propiedad separado del uso y goce (usufructo), en tal caso tenemos un titular de un derecho de dominio que se ha desprendido de las facultades de uso y goce en favor de un tercero, conservando para síj solamente la facultad de disposición (art.764 y 582 inc.2).

Luis Claro Solar nos dice que la facultad de disposición comprende tanto la disposición de la cosa por actos físicos, como también por medios jurídicos.

Esta facultad de disposición nos lleva a ver un principio que consagra el CC, cual es el principio de la libertad de disposición. La facultad de enajenar es por principio irrenunciables, es una facultad de orden público. Se dice que la facultad de disposición es tan inherente al derecho de dominio que sin esta facultad no tendría existencia.

En el CC encontramos diversas disposiciones que contemplan y cautelan la libertad de disposición, así por ejemplo: la norma del art.747 que establece la supresión de los fideicomisos perpetuos y de los mayorazgos, instituciones que atentaban contra la libertad de disposición desde el momento en que los bienes sobre los cuales éstos se constituían quedaban en manos de ciertas personas, no pudiendo ser transferidos a terceros. Otras normas que persiguen el mismo fin son los arts. 1126, 1964, 2031, 2415, etc.

Pero, no obstante consagrarse el principio de la libertad de disposición, hay ciertos casos en que el legislador autoriza en forma expresa las prohibiciones de enajenar, así por ejemplo: el art.751 faculta a quien constituye una propiedad fiduciaria para prohibir la enajenación entre vivos; igual situación contempla el art.1432 en relación con las donaciones entre vivos y el art.793 inc.3 en virtud del cual el constituyente del usufructo puede prohibir al usufructuario ceder o enajenar su usufructo.

Cláusulas de no enajenar

El principio de la libertad de disposición nos plantea un problema en aquellos casos en que el legislador no ha permitido el establecimiento de la prohibición de enajenar. Podrá n las partes, por su sola voluntad disponer prohibiciones de enajenar? Esto nos enfrenta al problema de la validez de las cláusulas convencionales de no enajenar, es decir, la limitación convencional de la facultad de disposición.

- Un sector de la doctrina se inclina por la validez de estas cláusulas y se basan en que se está en materia de derecho privado, en el cual puede hacerse todo aquello que no está prohibido por la ley, luego, nada obsta a que pueda convenirse una cláusula de no enajenar, a menos que exista una disposición expresa que lo prohíba, añadiendo que no hay una disposición de carácter general que prohíba las cláusulas convencionales de no enajenar, sino que al contrario, hay algunos casos particulares en que el legislador prohíbe las cláusulas de no enajenar (arts.1964, 2031, 2415 CC); concluyen diciendo que si el legislador prohíbe estas cláusulas en determinados casos, ello es porque la regla general es la de la libertad para convenir estas cláusulas.

Indican que el dueño puede desprenderse de todas las facultades que le confiere el derecho de dominio y es justamente eso lo que hace cuando enajena la cosa, cuando transfiere el derecho real de dominio; y si puede desprenderse de todas las facultades que el dominio confiere -que es lo mismo-, también, puede renunciar al ejercicio de una de esas facultades como es la disposición -que es lo menos-.

Finalmente, argumentan con el art.53 N.3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, que señalan: Pueden inscribirse: 3.- Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar...; dicen que aquí; el legislador está reconociendo implícitamente la validez de las cláusulas de no enajenar. Ahora, si se acepta la validez de estas cláusulas, cuál sería la consecuencia de su infracción?

Para algunos se trataría aquí de una institución similar al embargo ordenado por el juez y, por consiguiente, el acto en que se procede a la enajenación de la cosa contraviniéndose la prohibición convencional adolecería de nulidad absoluta, conforme al art.1464 n.3.

Otros estiman que en este caso no puede haber nulidad, porque la nulidad es una sanción establecida por la ley para la infracción de sus propias disposiciones y no para la violación de los pactos entre las partes, estiman que las cláusulas de no enajenar constituyen una obligación de no hacer y que su incumplimiento daría derecho a la indemnización de perjuicios conforme al art.1555 CC: Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

- Otro sector de la doctrina sostiene que dichas cláusulas no tienen validez. Se fundan, entre otras cosas, en el principio de la libre circulación y disposición de los bienes, el cual está consagrado en el propio texto del CC y en su mensaje, con la característica muy especial de que las normas que cautelan la libre circulación de los bienes son de orden público y es justamente este carácter el que impide que la voluntad de las partes pueda establecer limitaciones a dicha facultad. Señalan que sólo el legislador podría establecer excepciones a estas normas de orden público que consagran la libre circulación de los bienes.

En segundo lugar, indican que si pudiera pactarse libremente las cláusulas de no enajenar, no habría razón alguna para que el legislador las hubiera autorizado expresamente para ciertos y determinados casos.

En tercer lugar, hay diversas disposiciones del CC de carácter general que se oponen a esta cláusula, como sucede con los arts.582 y 1810: Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no está prohibida por ley.

Indican que el art.582 tiene una parte de la cual cabe desprender que no pueden establecerse cláusulas de no enajenar: "...disponer de ella arbitrariamente...".

El cuarto argumento que se da tiene por objeto destruir uno de los fundamentos principales de la tesis anterior, que es la disposición del art.53 n.3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Tomando como base el mismo artículo, dice que no puede concluirse que el legislador está, aceptando la validez de las cláusulas usuales de no enajenar; al contrario, este artículo está permitiendo hacer una inscripción, pero no significa que la está, exigiendo. Por lo tanto, la infracción a este precepto no tiene sanción; además se señalan que el art.53 n.3 está contenido en un reglamento - aunque es discutible, pues la dictación de este reglamento se realizó en virtud del propio CC (art.695) y tendría fuerza de ley- y las disposiciones contrarias a la cláusula están contenidas en la ley (CC) y el reglamento no puede sobrepasar las disposiciones de la ley.

Ahora, de acuerdo con esta tesis, ¿qué sucede si se pacta una cláusula convencional de no enajenar? Se estima que esa cláusula sería nula absolutamente por adolecer de objeto ilícito, porque contraviene normas de orden público al impedir la libre circulación de los bienes.

La jurisprudencia ha resuelto en el caso de estas cláusulas usuales que si se contraviene el pacto no habría nulidad absoluta por objeto ilícito fundado en una contravención del art.1464 n.3, como sustentan algunos partidarios de la validez de estas cláusulas usuales. Sostiene que el art.1464 n.3 señalan que hay objeto ilícito cuando se contraviene una prohibición judicial de enajenar y en estas cláusulas usuales se estaría solamente ante prohibiciones de carácter convencional, la cual no se incluye en el art.1464 n.3. Sostienen los tribunales que estas cláusulas usuales comprenden una obligación de no hacer y que si se infringe una obligación de no hacer, es decir, si se hace aquello que no debía hacerse, la otra parte tiene el derecho de demandar indemnización de perjuicios (art.1555). Hay otro sector que estima que cuando se conviene una cláusula se habría establecido una condición resolutoria, que consistiría en el incumplimiento de una obligación contractual: la de no disponer de la cosa; de tal manera que si se contraviene la prohibición de no enajenar se estaría incumpliendo la obligación y operaría la condición resolutoria y se estaría concluyendo el contrato, pudiendo también alegarse su cumplimiento.

Es importante tener presente que nos referimos a las cláusulas convencionales de no disponer, esto es, a aquellas cláusulas usuales convenidas e incorporadas en el acto jurídico por la sola voluntad de las partes; porque hay prohibiciones de no disponer establecidas por la ley, las cuales tienen plena e indiscutida eficacia y su infracción adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito (art.1464 parte final).

Estas prohibiciones legales se encuentran en diversas leyes y normalmente persiguen fines específicos, por ejemplo: la ley que prohíbe enajenar la vivienda adquirida por subsidio habitacional. Esto para que la persona tuviera casa donde habitar y no hiciera uso lucrativo de ella. Hay que tener cuidado, ya que a veces en el contrato en que se celebran estas compraventas de viviendas, se repite normalmente la norma que establece la prohibición legal y si esta cláusula tiene su origen en la ley, es indudable que la sanción a su infracción es la nulidad absoluta, aunque ésta figure en el contrato.

Por último, hay que tener presente que las cláusulas convencionales de no enajenar pueden concebirse en términos relativos o absolutos. En términos relativos, cuando la persona queda obligada a no disponer de la cosa durante cierto período de tiempo, por ejemplo: mientras dure el contrato de arrendamiento. Sería en términos absolutos cuando la persona se compromete a no disponer jamás de la cosa. Los tribunales de justicia, sin excepción, rechazan la validez de las cláusulas convencionales de no disponer concebidas en términos absolutos, porque afirman que respecto de ellas no cabe la menor duda que éstas entran o limitan la libre circulación o disposición de los bienes. Las concebidas en términos relativos también constituyen una limitación a esa facultad, pero, concebidas durante un cierto lapso de manera que, transcurrido el período, habrá plena posibilidad de disponer.

Limitaciones al dominio

El CC al definir el derecho de dominio en el art.582 pareciera a primera vista indicar que ese derecho no tiene prácticamente limitaciones, pero a continuación el legislador señala dos grandes limitaciones al derecho y al ejercicio de las facultades que confiere el dominio, que son la ley y el derecho ajeno.

1.- La Ley.

A través de la ley son numerosas las limitaciones que se han impuesto al derecho de dominio, las que persiguen diversas finalidades: seguridad, estática, bien público, etc.; algunas se encuentran en la ley Orgánica de Municipalidades, en la ley de servicios eléctricos, en la ordenanza general de construcción y urbanización. Entre las limitaciones establecidas por la ley, una muy importante es la posibilidad de expropiación de los bienes por causa de utilidad pública. La limitación es tan grande que se llega a privar al titular del derecho de dominio por causa de utilidad pública, de acuerdo con la ley.

2.- El Derecho Ajeno.

Es una limitación que hay que considerar con detención y cuidado, porque puede ser fuente de diversos problemas. Al decir el legislador que puede el dueño disponer y gozar de sus bienes arbitrariamente, no siendo contra derecho ajeno, en el fondo está señalando que el titular del derecho de dominio puede ejercer su derecho; pero siempre que ese ejercicio o derecho no coarte los derechos de los demás..

Este es uno de los aspectos de la llamada teoría del abuso del derecho, de acuerdo con la cual, si una persona que es titular de un derecho lo ejerce en forma abusiva causando daño o perjuicio a otra persona, esto constituiría un delito o cuasidelito civil y, por lo tanto, originaría la obligación de indemnizar perjuicios. En materia de derecho de dominio es donde esta teoría ha tenido mayor aplicación, especialmente por lo dicho en el art.582 CC.

Clases de Propiedad

1.- Se pueden hacer varias distinciones en relación con la clase de dominio, distinciones que se hacen en consideración a la facultad que otorga a la persona titular del derecho y también al objeto del derecho. En relación a la facultad hay una distinción que se contempla en el art.582 CC:

- a) propiedad plena se produce cuando el titular del derecho de dominio tiene la suma de facultades que éste le confiere.
- b) nuda propiedad se produce cuando el titular se ha desprendido de las facultades de uso y goce, conservando para sí sólo la facultad de disposición. Esta situación la encontramos cuando el propietario ha constituido un derecho de usufructo a favor de un tercero.

También en relación con las facultades del dominio, éste puede ser absoluto o fiduciario:

- a) absoluto se presenta cuando no está sujeto a condición cuyo cumplimiento implique la extinción del derecho de dominio.
- b) fiduciario si el dominio está sujeto a una condición en virtud de cuyo cumplimiento se extingue el derecho del titular pasando la propiedad a manos de una tercera persona, estamos ante la propiedad fiduciaria, cuya constitución se llama fideicomiso.

♣ Dominio exclusivo se produce cuando pertenece a una sola persona, que puede ser natural o jurídica.

♣ Dominio proindiviso es aquel en que un mismo derecho de propiedad pertenece cuantitativamente a diversas personas y sobre una misma cosa, siendo cada uno de ellos titulares de una cuota.

2.- También se puede clasificar el derecho de dominio en consideración al titular y, en forma más precisa, atendiendo al número de titulares.

A este respecto no debe olvidarse que cuando enfrentamos este dominio proindiviso hay un solo derecho de propiedad que tiene varios titulares y que recae sobre una sola cosa, situación que no debe confundirse cuando respecto de una misma cosa hay dos o más derechos, como sucede cuando una persona tiene el derecho de dominio sobre una cosa y otra el usufructo sobre la misma, pues estamos aquí frente a derechos distintos y con titulares distintos, situación ajena a la propiedad proindiviso. Tampoco debe confundirse con la propiedad fiduciaria, en la cual hay un solo derecho de dominio, pero está radicado primero en una persona y después en otra, cambio que se produce por el cumplimiento de una condición.

Cuando hay varios titulares de un mismo derecho de dominio, están sometidos a un régimen jurídico que es la comunidad, salvo que entre ellos exista algún contrato diferente (art. 2304 CC).

3.- Por último, se clasifica al dominio atendiendo al objeto sobre el cual recae. Así se habla de propiedad civil, propiedad minera, propiedad intelectual y propiedad industrial.

a) Propiedad civil. Es justamente el objeto del derecho civil y se encuentra definida en el art. 582 del CC. Esta propiedad civil adquiere ribetes particulares cuando asume la forma de la llamada propiedad horizontal, que es una forma especial de propiedad aplicable a aquellas situaciones en que los distintos pisos de un edificio o los departamentos en que se encuentra dividido cada piso, pertenecen a distintos propietarios.

Pero no sólo a estos se aplica el régimen de propiedad horizontal, sino que también a los conjuntos habitacionales y edificios aislados o adosados de uno o más pisos, aunque tengan salidas individuales.

Propiedad horizontal.

Esta propiedad horizontal esta regulada en normas especiales que aparecen en el apéndice del CC (ley 6071). En la llamada propiedad horizontal encontramos que la persona es dueña exclusiva de su piso o departamento o de la casa habitacional que le corresponde, pero es comunero de los bienes que la ley indica como de uso común. Ahora, es muy importante en materia de propiedad horizontal determinar cuáles son las cosas de uso común: en general son todas aquellas indispensables para la existencia, seguridad y conservación del edificio y las que permitan al propietario el uso y goce exclusivo de su departamento. Son cosas comunes (las señalan la ley): el terreno sobre el cual est construido el edificio, los cimientos, los muros exteriores y soportantes, la obra gruesa de los suelos, la techumbre, las instalaciones generales de calefacción, energía eléctrica, alcantarillado, gas y agua potable, las escaleras, ascensores, pasillos de circulación, terrazas, etc.

Todos estos son bienes comunes y no pueden dejar de tener esa calidad, no pudiendo tampoco efectuárseles modificaciones si no est n permitidas en la ley o reglamento de copropiedad.

En qué proporción los comuneros son dueños de las cosas comunes?

La ley nos dice que el derecho de cada uno de ellos en las cosas comunes es proporcional al valor del piso o departamento del que es dueño (art.47 ley 6071). En relación a las cosas comunes, este es un caso de indivisión forzosa, pudiendo cada propietario usar a su arbitrio las cosas comunes, pero, de acuerdo con el destino que les corresponda en y sin que puedan obstaculizar el legítimo uso que a los otros propietarios corresponde.

Otro aspecto a considerar es que el dominio exclusivo del departamento, piso o casa, es inseparable del dominio de los bienes comunes. De tal manera que si se enajena el piso o departamento, se enajenan también los derechos sobre las cosas comunes. La ley establece que el propietario tiene que usar el piso o departamento en forma adecuada y tranquila, en consecuencia, no puede hacerlo servir para otros objetos distintos de aquel para el cual est destinado o del que se señale en el respectivo reglamento de copropiedad (art.51 ley 6051). La ley dice que cada propietario no puede ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás s propietarios o que comprometa la seguridad, solidez o salubridad del edificio.

Ahora, el edificio tiene que tener administración y ésta debe establecerse en el reglamento de copropiedad que al efecto acuerden los copropietarios, reglamento en el cual se establecen los derechos y obligaciones de los distintos propietarios, las limitaciones a que ellos est n sujetos y, en general, todo aquello que se considere necesario para el buen funcionamiento del edificio.

Las normas de este reglamento tienen que ser acordadas por la unanimidad de los interesados y el reglamento tiene que reducirse a escritura pública e inscribirse en el registro de hipotecas y gravámenes del respectivo departamento. Cumplido esto, el reglamento tiene fuerza respecto de terceros adquirentes, cualquiera que sea el título de adquisición.

Puede ocurrir que los interesados no acuerden este reglamento. A falta de reglamento o en los casos no reglamentados en ,l, rigen las disposiciones de la ley de propiedad horizontal y su reglamento (art.55 y 56 ley 6051).

b.- Propiedad minera es una forma especial de dominio que se refiere a los yacimientos mineros y cuya constitución y organización est reglamentada en el Código de Minería.

c.- Propiedad intelectual es la que recae sobre productos del ingenio o del talento humano (obras literarias, musicales, cinematográficas, etc.). Es discutido en doctrina si ésta es en realidad o no una especie de propiedad o si tiene un carácter distinto. Pero, en nuestra legislación nos encontramos con la norma del art.584 CC que regula esta situación y la ley n.17336.

d.- Propiedad industrial dentro de ella se comprenden los modelos industriales, las marcas comerciales y patentes de invención. Esto es de bastante importancia porque le otorga la protección correspondiente a aquel que ha inventado algo, de manera que pueda obtener provecho de sus beneficios.

La Copropiedad o Condominio.

Al respecto, debe tenerse presente que también puede denominarse como comunidad, pero no puede que la comunidad y la copropiedad sean totalmente sinónimos; en general se habla de copropiedad cuando el derecho de dominio pertenece a varias personas sobre cosas singulares, reservándose la expresión comunidad para hacer referencia al estado de indivisión que recae sobre las universalidades jurídicas, como sería el caso de la herencia. La comunidad existe cuando dos o m s personas tienen derechos de igual naturaleza sobre un conjunto de bienes que configuran o conforman una universalidad jurídica; en tanto que, existe copropiedad cuando dos o mas individuos tienen en común el derecho de dominio sobre una especie o bien determinado.

La llamada propiedad horizontal nos plantea aquí; un problema: en ella se da la situación de que una persona es dueña con exclusividad del departamento que le corresponde, pero a la vez, tiene un derecho en común con los demás s copropietarios sobre las cosas o especies comunes del departamento.

Situación esta que no sólo puede plantearse en la ley de propiedad horizontal, sino que también en otras situaciones jurídicas. Aquí estaríamos ante la situación de que en un bien determinado varias personas tendrían, por un lado, el derecho de dominio, y por otro lado, el derecho común con los demás propietarios respecto de las cosas comunes del edificio o construcción. En este caso, se dice que se trata de una comunidad pro diviso, es decir, aquella en que el derecho de los comuneros no abarca la totalidad de la cosa, sino que sólo parte de ella, y en la otra parte se ejercen derechos individuales. La otra forma de comunidad o copropiedad, esto es, aquella que recae sobre la totalidad de la especie se llama comunidad pro indiviso.

El CC reglamenta a la comunidad en materia de partición de bienes (art.1317) y en el cuasicontrato de comunidad (art.2304 y siguientes).

El principio de la legislación chilena es de ser contraria al sistema de propiedad común, e incluso más, el legislador tiende a obtener que se produzcan las divisiones de esta propiedad común y es así como cualquiera de los copropietarios puede pedir en cualquier momento la división de la cosa común y al pedirse la división de la cosa común se está instando por el término del régimen de comunidad. Solamente no se podría pedir la división cuando se hubiese convenido expresamente que ello no pudiese hacerse, esto es, cuando se ha pactado la indivisión entre los distintos comuneros; pero aún más, incluso en este pacto de indivisión el legislador señalan limitaciones, porque no puede este pacto durar más de 5 años (art.1317 CC).

Respecto de la comunidad hay dos concepciones distintas, las cuales tienen importancia por las consecuencias que ellas generan, especialmente las relativas al accionar de los distintos comuneros, son la doctrina romana y la doctrina germana.

1.- Doctrina Romana. La copropiedad es una especie de derecho de propiedad que se caracteriza porque cada uno de los que concurren en la comunidad tienen derecho a la totalidad de la cosa y, además, tiene una cuota o parte en la cosa común. Pero, esta cuota o parte no se singulariza o recae sobre la especie en sí misma, porque ésta es indivisible, sino que es de carácter abstracto.

Así, según esta doctrina, si tres personas son comuneros por igual de un automóvil, cada una de ellas va a ser dueño exclusivo de una cuota abstracta e ideal (un tercio), pero ese tercio no está radicado en parte alguna del automóvil; por eso es que, considerada la cosa en su totalidad, todos los comuneros tienen un derecho sobre ella, pero limitado por los derechos de los demás comuneros, de tal manera que en el ejercicio de sus facultades, uno de los comuneros va a tener siempre que considerar la situación o el derecho de los comuneros restantes y para ejecutar actos de disposición que afecten a la totalidad de la cosa, va a necesitar el concurso de los demás comuneros.

De acuerdo con esta concepción, si bien es necesario del concurso de todos para disponer de la totalidad de la cosa, cada uno de ellos puede disponer libremente de la parte o cuota que le corresponde. Ahora, esta concepción de carácter individualista presenta un problema al requerir para la disposición de la cosa el consentimiento de todos los comuneros, al igual que lo requiere para la realización de actos administrativos, ya que basta la oposición de uno solo para que el acto no pueda realizarse.

En la doctrina moderna se pretende solucionar este problema estableciendo el juego de mayoría o minoría para actos de administración o disposición, de tal manera que el acuerdo de la mayoría sobre la disposición o administración de la cosa pasa a ser obligatorio para la minoría.

2.- Doctrina Germana. Esta no tiene un carácter individualista como la Romana, sino más bien un carácter de derecho colectivo que le da un enfoque bastante particular a la comunidad. Esta doctrina se llama “gesamte hand” o “de las manos juntas”.

En la Doctrina Germana se considera a todos los comuneros como si fueran un solo titular, es decir, la cosa pertenece a todos ellos como si éstas fueran una sola persona y, al considerar a todos los comuneros como un solo titular, desaparece necesariamente la noción de cuota. Incluso, se ha extremado esta disposición diciéndose que los comuneros no podrían pedir la división o partición de la cosa común. Para la doctrina germana, todos los comuneros en conjunto tendrían un derecho igualitario para el goce de la cosa.

Para el derecho alemán la idea de cosa común corresponde al patrimonio de afectación, es decir, al patrimonio destinado a cumplir un fin determinado.

En CC chileno está claro que se acepta la idea de cuota, e incluso más, no sólo se acepta esta idea, sino que cada comunero puede disponer de la cuota que le corresponde; así se desprende, por ejemplo, del art.2417 del CC que dice que el comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota...

Clases de Comunidad

1.- Atendiendo al objeto sobre el cual recae la indivisión de la comunidad, puede haber:

- comunidad sobre una universalidad.
- comunidad sobre una cosa singular.

Esta es la única clasificación de la comunidad contemplada en el CC (arts.1317 y 2304).

El problema que se plantea en esta materia es sobre cuál clase de universalidad puede recaer la comunidad, y al respecto no hay acuerdo entre los distintos autores.

Se estima por algunos que puede haber comunidad sobre una universalidad jurídica, como por ejemplo la herencia, a la cual se refiere expresamente el art.2306: “Si la cosa es universal, como una herencia, cada uno de los comuneros es obligado a las deudas de la cosa común, como los herederos en las deudas hereditarias”. También la comunidad que queda al disolverse la sociedad conyugal o la que se produce a la disolución de las sociedades civiles; sosteniéndose que habría comunidad sobre universalidad cada vez que la comunidad recae sobre un patrimonio indiviso, el cual tiene su pasivo y activo, y es en este aspecto en el que se fundan algunos para negar la posibilidad de la comunidad sobre universalidades de hecho, porque la comunidad supone necesariamente la existencia de 2 elementos: el activo y el pasivo; y sucede que en estas universalidades de hecho sólo hay activo, no existiendo la posibilidad de que haya comunidad respecto del pasivo, porque las universalidades jurídicas ya que el pasivo se dividen entre los distintos comuneros por el solo ministerio de la ley (arts.1354 y 2306).

Se señalan en estos casos que la comunidad existe sólo sobre el activo de la herencia, ya que el pasivo se ha dividido entre los distintos herederos y por el solo ministerio de la ley, división que se hace entre ellos en proporción a la cuota que a cada heredero corresponde de la herencia, ejemplo: art.1354 inc.2. La comunidad sobre universalidades jurídicas presenta además otro tipo de problemas, el que deriva principalmente de la aceptación entre nosotros de la teoría romana de la comunidad, la cual incorporando el concepto de cuota, lleva necesariamente a que si en una comunidad hay bienes, cada uno de los comuneros ser titular de la cuota del derecho sobre cada uno de los bienes.

En Chile, la doctrina si bien acepta que el legislador siguió la teoría romana, afirma que no lo hizo ajustándose estrictamente a ella en todos sus puntos, afirmándose que en el caso de la comunidad sobre universalidades no se produce la comunicabilidad de la cuota a los distintos bienes, y así, el derecho de cada comunero recae sobre el todo de los bienes considerados en forma abstracta y no sobre las especies materiales o partes de las mismas. Se fundan para ello en lo que dispone el art.1909 que nos dice que el heredero que cede su derecho de herencia se hace única y exclusivamente responsable de su calidad de heredero, es decir, que lo único que interesa en este aspecto es que quien ceda el derecho de herencia sea efectivamente heredero y responde el cedente de tener esa calidad y, por consiguiente, su responsabilidad no se extiende a que la herencia comprenda ciertos y determinados bienes, porque lo que está cediendo es el derecho que tiene sobre la universalidad y no sobre bienes determinados.

Por otro lado, esta posición se fundamenta también en lo que dispone el art.686 CC, norma que establece que la tradición del derecho de dominio y de otros derechos reales sobre inmuebles, se hace mediante la inscripción, no mencionando entre ellos a la herencia. Luego, según esta opinión, cuando se hace la tradición del derecho real de herencia no es necesario practicar la inscripción, aún cuando en la herencia haya bienes inmuebles y ello no obstante que de acuerdo con el art.686 la forma de hacer la tradición de los derechos sobre inmuebles es la competente inscripción. Al no exigirse la inscripción para la tradición del derecho de herencia, aun cuando

comprenda bienes inmuebles, se está significando que ella no comprende bienes determinados, sino esta universalidad de carácter abstracto, que no tiene el carácter de mueble ni inmueble.

Pero, hay otros autores (Enrique Silva) que dicen que el CC acepta en todos sus aspectos la teoría romana y que la comunicabilidad de la cuota a cada uno de los bienes forma parte del sistema del CC, afirmando que lo que tienen los comuneros en la comunidad son derechos sobre bienes determinados y no sobre una abstracción jurídica. Señalan como fundamento los arts.951 inc.2 y 580 del CC; además s, en una comunidad hereditaria hay que distinguir dos situaciones distintas:

- Una es el derecho de herencia en sí mismo que recae sobre la universalidad jurídica (la herencia).
- La otra es una comunidad de dominio entre todos los herederos y respecto de la totalidad de bienes dejados por el causante.

El aceptar una u otra teoría no deja de tener importancia. Si se acepta la primera posición, aquella en la cual no se produce la comunicabilidad de la cuota de los distintos bienes, ello se traduce necesariamente en que la cuota no participa de los caracteres de los bienes que forman la comunidad, por consiguiente, no va a participar del carácter de mueble o inmueble de esos bienes, y eso tiene sus consecuencias, ya que aún cuando en la herencia haya bienes inmuebles, la tradición de la cuota de un heredero no va a requerir de inscripción, porque la inscripción se exige para la tradición de los bienes inmuebles y la cuota no tiene ese carácter desde el momento en que no participa de las calidades de los bienes muebles o inmuebles que conforman la comunidad. De acuerdo con esta posición, la tradición de una cuota hereditaria deber hacerse en la forma general indicada en el art.684 inc.1.

Por otro lado, el no participar de la calidad de muebles o inmuebles tiene otra consecuencia: por ejemplo, para la enajenación de bienes raíces de un incapaz debe necesariamente cumplirse con ciertas formalidades (formalidades habilitantes) prescritas para dicha enajenación, si la cuota no participa del carácter mueble o inmueble de los bienes que conforman la comunidad, aun cuando en la comunidad hereditaria haya inmuebles, no ser necesario cumplir con estas formalidades.

A la inversa, si se acepta la comunicabilidad, esto es, que la cuota participa de los bienes que conforman la universalidad, las concepciones son totalmente inversas. Habría que atenerse a lo dispuesto en el art.686 CC para hacer la tradición de la cuota cuando en el dominio est,n comprendidos los inmuebles, y en la misma situación para la enajenación de la cuota de un incapaz, habrá que cumplir con las formalidades exigidas por la ley. El problema se nos plantea cuando la comunidad recae sobre una universalidad, porque si recae sobre una cuota singular, la cuota de cada comunero se va a radicar en esa cosa singular y va a participar, por consiguiente, de los caracteres de esa cosa. Así, si tres personas son dueños en común de un automóvil, cada uno tendrá una cuota de derecho sobre el vehículo, cuota que se radica en el vehículo en sí mismo y que tendrá el carácter propio de éste. Como en este caso se trata de un bien mueble la cuota va a ser mueble y va a estar sujeta a las reglas de estos.

Por el contrario, si 3 personas son dueñas en común de un inmueble, la cuota de cada uno se va a radicar en el inmueble participando de los caracteres del mismo y se va a sujetar a las reglas que la ley establece para los inmuebles (art.580 CC).

2.- Desde otro punto de vista, la comunidad se puede clasificar en atención al origen de la misma, y así puede nacer de un hecho, de la voluntad o de la ley:

- a) Nace de un hecho la comunidad hereditaria, la cual surge por la muerte del titular de la herencia.
- b) Nace por la voluntad de los titulares de la comunidad cuando 2 o m s personas adquieren en común el mismo bien.
- c) Nace de la ley en el caso de la propiedad horizontal, en que por disposición de la ley hay ciertos casos en que se mantiene en comunidad indivisa y en las cuales tienen derecho todos los copropietarios de la propiedad horizontal.

3.- Desde otro punto de vista pueden ser también temporales o perpetuas. La regla general es la de la temporalidad de la comunidad, no teniendo una duración determinada en el tiempo, ya que las partes interesadas pueden pedir la división de la comunidad sin limitaciones. Pero pudieran llegar a tener una duración determinada si los interesados en la comunidad han celebrado el llamado pacto de indivisión, en virtud del cual convienen en no pedir la división de la cosa en común por un plazo determinado; dicho plazo no puede exceder de 5 años, pudiendo renovarse dicho pacto (art.1317 CC). Si no existe pacto de indivisión, conforme al art.1317 los interesados pueden pedir la partición en cualquier tiempo.

La única limitación al ejercicio de este derecho es el pacto de indivisión. Esta disposición es una manifestación de la forma en que el legislador considera entre nosotros la comunidad; en general, el CC no es partidaria de ella, lo cual queda de manifiesto en la facultad de pedir siempre la división. Las comunidades perpetuas se encuentran establecidas por la ley, pero en general derivan de la naturaleza misma de la cosa, por ejemplo: los bienes comunes de una propiedad horizontal, mientras subsista el inmueble afecto a propiedad horizontal se mantienen en indivisión las cosas que la ley declara comunes.

La Cuota

Se entiende por cuota una porción ideal determinada o determinable que cada uno de los comuneros tiene sobre la cosa común, es decir, sobre la cosa objeto de la comunidad. Las cuotas pueden ser iguales o distintas entre sí; pero la suma de todas ellas debe representar la unidad de la cosa. Normalmente, estas cuotas se expresan en fracción (arts.1908 y 2307 CC).

En el sistema chileno, cada uno de los herederos puede disponer de la cuota que le pertenece con la más absoluta libertad, puede hacerlo por acto entre vivos, lo que en algunos casos nos va a enfrentar al problema de la tradición del derecho sobre la cuota, o puede hipotecarla. (En general, todo lo relativo a la comunidad se regula por las normas del cuasicontrato de comunidad arts.2304 y siguientes).

Modos de adquirir el dominio

En el CC (art.588) se señalan los modos de adquirir el dominio, pero dentro del sistema acordado por el legislador no basta que opere el modo de adquirir para que se produzca la adquisición del dominio u otro derecho real, porque en el sistema chileno la adquisición del dominio y otros derechos reales es un fenómeno complejo que no opera por un sólo elemento, sino que para que se produzca la adquisición del dominio y demás s derechos reales deben concurrir 2 elementos:

1.- Título

2.- Modo de adquirir.

En otros sistemas jurídicos como el francés, la adquisición del dominio se produce solamente por medio del título, no requiriéndose que opere el modo.

Esta distinción entre el título y modo de adquirir es muy clara respecto de algunos modos, por ejemplo: la tradición, en que est perfectamente separado el título del modo de adquirir tradición; en los otros modos de adquirir el título se confunde con el modo, e incluso, hay autores que niegan esta dualidad para los modos de adquirir que no sean tradición.

En el sistema francés, por la sola celebración del contrato de compraventa el comprador adquiere el dominio de la cosa que le fue vendida. En cambio, en el sistema chileno por el contrato de compraventa el comprador no adquiere el dominio de la cosa vendida, sino que pasa a ser titular de ciertos derechos y contrae ciertas obligaciones: tiene derecho a que se le entregue la cosa y tiene la obligación de pagar el precio. Para que se adquiriera el derecho de dominio es necesario que además s del título opere el modo de adquirir, en este caso, la tradición. La forma de hacer la tradición va a depender de si la cosa es mueble o inmueble.

El Título es el hecho o acto jurídico que habilita para la adquisición del dominio o derecho real respectivo (e incluso derechos personales), porque justifica jurídicamente dicha adquisición. Así, son títulos el contrato de compraventa, la donación, la permuta, etc. Viene a ser la causa remota de la adquisición del dominio.

EL modo de adquirir es el hecho o acto jurídico eficaz para hacer operar la adquisición del dominio o derecho real correspondiente, o sea, es el mecanismo por el cual opera esta adquisición. Los modos de adquirir est n señalados en el art.588, pero esta enumeración es incompleta.

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

Es incompleta porque falta el modo de adquirir que es la ley, que se da en la expropiación por causa de utilidad pública.

A través de estos modos de adquirir puede adquirirse en general a todos los derechos reales, pero hay ciertas excepciones: la ocupación y la accesión sólo sirven para la adquisición del derecho de dominio, las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes no pueden ganarse por prescripción adquisitiva (art.882 CC). Las servidumbres se clasifican en continuas y discontinuas (art.822) y en aparentes e inaparentes (art.824).

Es importante dejar constancia que para adquirir un bien sólo se puede utilizar un modo de adquirir. Además s, sólo la ley puede establecer modos de adquirir, las partes no.

Campo de aplicación de los modos de adquirir

- Ocupación: bienes corporales muebles.
- Accesión: bienes corporales muebles o inmuebles.
- Tradición: bienes corporales muebles e inmuebles, derechos reales y personales, cosas singulares y universales.
- Sucesión por causa de muerte: bienes corporales muebles e inmuebles, cosas singulares y universales, otros derechos personales y reales.
- Prescripción: bienes corporales muebles e inmuebles, bienes singulares y universales, derechos reales con limitaciones (usufructo). Los derechos personales no, porque no admiten posesión.

El CC en el Libro II se ocupa de tres de estos modos de adquirir (ocupación, accesión y tradición), en el Libro III se ocupa de la sucesión por causa de muerte y en el Libro IV se ocupa de la prescripción.

Doctrinas que aceptan y que rechazan la dualidad título-modo

Esta distinción entre título y modo es muy patente cuando se adquiere por tradición, allí está claramente separado el título o contrato de la tradición respectiva. En los otros modos de adquirir esta separación no es patente porque el modo de adquirir es al mismo tiempo título, es decir, opera la adquisición y la justifica (arts.675, 703 inc.2 y 704 CC).

Esta situación de que no aparezca clara la separación entre título y modo de adquirir ha llevado a algunos autores a sostener que la dualidad título-modo sólo se presenta cuando la tradición es modo de adquirir, es decir, el CC sólo exige el título cuando el modo de adquirir es la tradición (art.675 CC). Señalan que en los otros modos de adquirir el CC no exige título (Hugo Rosende). Quienes mantienen esta posición se fundan en las siguientes razones:

- a) Si se ve el art.588 se comprueba que éste habla de modo de adquirir y no hace mención al título, con lo cual ha de concluirse que para que opere la adquisición del dominio y los demás derechos reales, basta con el modo de adquirir, salvo en el caso de la tradición, respecto de la cual la ley exige expresamente la concurrencia de un título traslativo de dominio. Pero, quienes participan de esta opinión, creen que esta es una situación especial para la tradición, sostienen que si se analizan las normas de la ocupación, accesión, prescripción y sucesión por causa de muerte, podrá comprobarse que en ninguna parte se requiere la concurrencia del título. Indican que en materia de sucesión por causa de muerte se puede suceder a una persona difunta por lo dispuesto en el testamento; a falta de él, habrá que atenerse a la ley. Pero, puede darse una tercera alternativa, ya que puede ser que la sucesión sea en parte testada y en parte intestada. Añaden que si se aceptara la teoría que exige título respecto de todos los modos de adquirir y la sucesión fuera en parte testada y en parte intestada, estaríamos ante una situación ilógica de que se estaría sucediendo por 2 títulos: testamento y la ley; lo cual es errado según ellos porque no puede haber dos títulos en una misma adquisición.
- b) Señalan también que la doctrina que exige título respecto de todos los modos de adquirir, adolece de un vacío, porque cuando el modo de adquirir es la ley no puede indicar cuál es el título en este caso.
- c) Finalmente, desvirtúan una argumentación en contra de su posición que se funda en el art.703, el cual sostiene que los justos títulos son constitutivos y traslativos de dominio, y dentro de los primeros están la ocupación, la accesión y la prescripción. Luego, estos modos de adquirir también serían títulos justos para adquirir, además de la calidad de modo de adquirir.

Sin embargo, se sostiene que el art.703 no se refiere a la adquisición del dominio u otro derecho real, sino que se refiere a los títulos en relación con la posesión y, específicamente, con un requisito de la posesión regular, que es el justo título (aparte de la buena fe y tradición si el título es traslativo de dominio).

La opinión contraria sostiene que el título concurre respecto de todos los modos de adquirir, lo que sucede es que en la ocupación, accesión y prescripción, el título se confunde con el modo de adquirir, juega dos roles; y en la sucesión por causa de muerte el título va a ser el testamento o la ley en el caso de la sucesión intestada. no explica cuál es el título en el caso del modo adquirir ley.

Sostienen además que es efectivo que no existe en el CC una disposición general que requiera expresamente título respecto de todos los modos de adquirir, pero que necesariamente se llega a esa conclusión combinando varias disposiciones.

Así, el art.588 enumera los modos de adquirir, el art.675 exige para la validez de la tradición un título traslativo de dominio, los art.702, 703 y 704 (relativos a la posesión) se refieren al justo título (art.702), el art.703 dice cuales son los justos título y el art.704 enumera los títulos injustos, especialmente argumentan con el n.4 de este artículo, para concluir la exigencia del título, específicamente en la sucesión por causa de muerte. Si el heredero aparenta título injusto, hay que concluir que el verdadero heredero tiene un título justo y así, en la sucesión por causa de muerte se presenta la dualidad título-modo.

Se hace cargo esta posición de la observación que hace la doctrina contraria en orden a que estas materias relativas al título están reglamentadas en lo referente a la posesión. Esta circunstancia no tiene mayor importancia ya que la posesión es la apariencia del dominio y tan apariencia es, que el legislador presume dueño al poseedor en el art. 700 inc.2 del CC. Señalan también que el art.703, al hablar de justo título, especialmente en el inc.1, al decir que pueden ser traslativos o constitutivos de dominio, no está refiriéndose a títulos que confieren posesión, sino a título que la legitiman, y si estos legitiman la posesión significa que a través, s de ellos puede llegarse a la adquisición del dominio.

Sostiene Alessandri que sustentar la existencia de la dualidad título-modo respecto a todos los modos de adquirir es un aspecto importante por lo siguiente: la posesión de una cosa puede ser con derecho o sin derecho; será con derecho cuando el modo de adquirir coloca en posesión y produce la adquisición del dominio; ser sin derecho cuando el modo de adquirir no produzca la adquisición del dominio, sino que solamente coloca en posesión de la cosa y, en este caso, tiene importancia que el modo de adquirir (que no es tradición) sea al mismo tiempo título, ya que al serlo va a legitimar la posesión, teniendo ésta el carácter de regular, pudiendo conducir a la adquisición del dominio por prescripción.

En relación con lo mismo, señalan que denegarse la calidad de título a los modos de adquirir distintos a la tradición implica que quien adquiere la cosa por alguno de dichos modos no tendrá título y, por consiguiente, no va a ser poseedor regular porque el art.702 nos señalan como un requisito de la posesión regular el del justo título y el art.703 sostiene que son justos títulos los traslaticios y los constitutivos, indicando que son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.

Clasificación de los Modos de Adquirir

- 1.- Modos de adquirir originarios y derivativos.
- 2.- Modos de adquirir a título universal y a título singular.
- 3.- Modos de adquirir a título gratuito y a título oneroso.
- 4.- Modos de adquirir por acto entre vivos y por causa de muerte.

1.- Modos de adquirir originarios y derivativos.

Se dice que el modo es originario en los casos que produce la adquisición del dominio independientemente del derecho anterior de otra persona; no hay en este caso una derivación de un derecho de un titular a otro. En estos casos, el derecho es creado por el modo de adquirir en el titular. Son de esta categoría: la ocupación, la accesión y la prescripción, que opera respecto a cosas que antes pertenecían a otro dueño, pero sucede que quien adquiere la cosa por prescripción no deriva su derecho del dueño anterior, sino que al contrario, lo adquiere en contra del titular anterior; luego, no hay una derivación del anterior titular al nuevo titular, sino que hay una creación del derecho en el nuevo titular.

A la inversa, el modo es derivativo cuando la adquisición del derecho de dominio se produce fundada en un derecho anterior que tendría otra persona, por ejemplo: la tradición y la sucesión por causa de muerte. En el modo de adquirir derivativo hay una relación entre el antiguo titular del derecho y el nuevo titular del mismo.

La distinción tiene importancia para determinar el alcance y las características del derecho del adquirente: cuando éste se adquiere por un modo derivativo no sólo se debe examinar al actual titular, sino que también habrá que analizar los derechos de los anteriores titulares, por una razón sencilla que es una aplicación del principio de que “nadie puede transferir más derechos de los que realmente tiene”.

Así, el que tiene un derecho afecto a condición resolutoria y lo transfiere, el nuevo titular lo adquiere afecto a la condición resolutoria, si el bien está afecto a gravamen sucede lo mismo. En cambio, si el modo de adquirir es originario, para ver el alcance y extensión de ese derecho sólo habrá que estarse a la situación del actual titular y basta examinar el acto o hecho que configura el modo y la cosa sobre la que recae.

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

Modos a título singular cuando a través de él se adquieren bienes determinados o cuotas en los bienes determinados. Es a título universal cuando se adquieren universalidades jurídicas o una cuota de ellas.

El modo de adquirir a título universal produce adquisición de la totalidad del patrimonio de la persona o de una cuota de ese patrimonio; en tanto que el modo de adquirir a título singular produce la adquisición de determinados bienes o derechos.

Los dos modos de adquirir que son siempre a título singular y nunca a título universal son la ocupación y la accesión. Hay un modo que puede darse en ambos títulos indistintamente, que es la sucesión por causa de muerte: ser a título universal cuando opera la adquisición de una herencia y a título singular cuando produce la adquisición de un bien determinado. Hay dos modos de adquirir que generalmente son a título singular, son la tradición y la prescripción, pero que toman el carácter de modo de adquirir a título universal cuando se trata de la prescripción del derecho de herencia (cuando un heredero aparente llega a adquirir por prescripción la herencia del que está en posesión) y de la cesión del derecho de herencia.

3.- Modos de adquirir a título gratuito y a título oneroso.

Esta clasificación se hace según el sacrificio pecuniario que importa el modo. Así, si quien adquiere el derecho no ha hecho ningún sacrificio pecuniario, el modo de adquirir es a título gratuito, ejemplo: la ocupación. En cambio, si para la adquisición del derecho la persona ha tenido que hacer un sacrificio pecuniario, el modo de adquirir será a título oneroso.

La sucesión por causa de muerte y la prescripción son modos de adquirir a título gratuito siempre. La tradición podrá ser a ambos títulos (si el antecedente es la donación, será a título gratuito; en cambio, si el antecedente es la compraventa será a título oneroso).

4.- Modos de adquirir por acto entre vivos y por causa de muerte.

Esta clasificación se hace atendiendo a si es o no necesario para que opere el modo de adquirir el fallecimiento del titular del cual se deriva el derecho. Si el modo de adquirir requiere para operar la muerte de la persona de quien éste se deriva, se trata de un modo de adquirir por causa de muerte o por acto de última voluntad, por ejemplo: la sucesión por causa de muerte.

El modo de adquirir es por acto entre vivos cuando para que opere el modo no es necesaria la muerte del titular, por ejemplo: la ocupación, la accesión, prescripción y tradición.

La tradición

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 la otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.

Este modo de adquirir es importante tanto en los derechos reales como en los personales, ya que en ambos opera y puede operar la tradición como modo de adquirir.

En doctrina se da un concepto distinto del que da el CC en el art.670 y se dice que la tradición es un modo de adquirir y una convención, por el cual una persona llamada tradente transfiere el dominio, o bien, constituye un derecho real o sólo confiere posesión a otra persona llamada adquirente, y que consiste en la entrega de la cosa con la intención compartida de que el adquirente adquiriera el derecho. Este requisito de la intención compartida queda también manifestado en la definición que da el art.670, el cual exige en el tradente la intención de transferir el dominio y en el adquirente la intención de adquirirlo. Ello es así porque este modo descansa en la voluntad de las partes que en él intervienen.

Algunos autores señalan que la tradición es traslativa en cuanto a la tradición del derecho de dominio y constitutiva en cuanto a los otros derechos reales distintos del dominio.

Características de la tradición

1.- Es una convención porque para que haya tradición es indispensable el acuerdo de voluntades que debe tener por objeto la transferencia del dominio o la constitución de un derecho real. Esta convención presenta también la característica de que ella extingue obligaciones, no las crea como el contrato y las obligaciones que la tradición extingue son las que emanan del contrato o título; obligaciones que son de dar, porque se trata de transferir el dominio o constituir un derecho real y que emana directamente de ese contrato o título.

Justamente por esta característica de extinguir obligaciones mediante su efectivo cumplimiento, es que la tradición es un pago, ya que calza perfectamente en la definición que el art.1568 da de el pago: _El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

2.- Es un modo de adquirir el dominio y demás s derechos reales tratándose del dominio y del derecho real de herencia la tradición es traslaticia, en tanto que respecto de otros derechos reales es constitutiva.

Es traslaticia porque hace derivar el derecho de un titular a otro, en tanto que en los demás s derechos reales la tradición es constitutiva porque crea el derecho en el adquirente.

3.- La tradición puede ser a título universal o singular es a título singular cuando su objeto es cualquier derecho real, salvo el derecho de herencia. Es a título a universal cuando su objeto es el derecho real de herencia, porque en este caso la tradición no recae sobre especies o bienes determinados, sino sobre una universalidad jurídica.

4.- Puede ser a título gratuito u oneroso calificación que depende de la naturaleza que la anteceda. Así, ser a título gratuito cuando haya sido precedida por la donación y ser a título oneroso cuando la preceda la permuta o la compraventa.

5.- La tradición se refiere tanto a bienes corporales como a los incorporales si lo que se transfiere es el derecho de dominio y éste recae sobre cosas corporales muebles o inmuebles, la cosa tradida ser un bien corporal mueble o inmueble; pero la situación es diferente en el caso de que por medio de la tradición se constituye un derecho real diferente del dominio, porque la cosa tradida ser un derecho, esto es, una cosa incorporal. Lo mismo suceder cuando la tradición recaiga sobre un crédito que también tiene el carácter de incorporal (arts.699 y 670 inc.2).

Entrega y tradición

Normalmente se dice que la tradición se efectúa mediante la entrega de la cosa, aun cuando esta no es la única forma de efectuar la tradición, ya que hay otras maneras de realizarla como lo indican los arts.684 y 686 del CC. Existe si una estrecha vinculación entre la tradición y entrega, no obstante haber entre ellas substanciales diferencias. La entrega no es otra cosa que el traspaso material de una cosa de una persona a otra y este traspaso material puede constituir una entrega propiamente tal o una tradición; son estas diferencias las que imprimen el carácter de cada una, dándole una diferente calificación jurídica:

1.-En la tradición se realiza la entrega de la cosa debiendo tener el tradente la intención de transferir el dominio y el adquirente la intención de adquirirlo, es decir, debe haber voluntad de las partes que intervienen en la tradición para operar una transferencia del derecho de dominio del tradente al adquirente. Si se trata de otro derecho real debe existir la intención de constituirse ese derecho real en favor de aquí,l. En la entrega, en cambio, no existe esta intención no obstante que el acto material que se realiza es el mismo, es decir, tanto en la entrega como en la tradición hay un acto que es el traspaso material de una cosa de una persona a otra, pero en la tradición debe haber además s la intención a que se ha hecho referencia.

2.- Esta intención se manifiesta en la tradición por la existencia de un título traslativo de dominio, de tal modo de que si ha habido una compraventa se deduce que hay tradición. En cambio, en la entrega hay un título de mera tenencia que la precede.

3.- En la tradición, en virtud de la entrega, el adquirente pasa a ser dueño o poseedor y si llega a ser poseedor podrá adquirir el dominio por prescripción. En tanto, cuando hay simple entrega, quien recibe la cosa tendrá la calidad de mero tenedor y como tal va a reconocer dominio ajeno y, además s, esa persona no va a poder adquirir el dominio por prescripción. La simple entrega no opera la adquisición del dominio ni coloca en posesión.

No obstante las diferencias entre entrega y tradición es frecuente que el propio legislador se confunda con los términos. Así, en el art.1443 se dice que los contratos reales son los que se perfeccionan por la tradición de la cosa, debiendo decir que se perfeccionan con la entrega; lo mismo sucede en el art.2174 inc.2 al dar una definición de comodato, diciendo que el contrato de comodato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa, debiendo decir que se perfecciona por la entrega (otros casos: arts.1824, 2212, 2196, etc.).

Requisitos de la tradición

- 1.- Un tradente y un adquirente capaces.
- 2.- Consentimiento de ambos.
- 3.- Existencia de un título traslativo.
- 4.- Entrega de la cosa.

- 1.- Un tradente y un adquirente capaces.

Al hablar de las características de la tradición dijimos que ella era una convención, o sea, un acto jurídico bilateral el cual por su propia naturaleza requiere de la concurrencia de a lo menos dos partes en la tradición: el tradente (aquella parte que transfiere el derecho) y el adquirente (aquella parte que lo adquiere).

El art.671 CC dice que el tradente es el que por tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por ,l o a su nombre. Pero, para que el tradente pueda transferir el dominio es necesario que sea titular del derecho, ya que se pueden dar dos situaciones:

- Que el tradente sea titular del derecho del derecho de dominio.
- Que el tradente no tenga tal calidad.

Si el tradente es dueño de la cosa que entrega por la tradición transfiere el derecho. Si no lo es, la tradición como acto jurídico es perfectamente v lida, no adolece de vicio que afecte su validez, pero esa tradición por quien no es dueño, no surte el efecto de transferir el dominio, no produce el efecto que señalan el art.670 CC, porque el tradente carece de ese derecho de dominio y nadie puede transferir m s derechos de los que realmente tiene.

Los arts.682 y 683 CC dejan en claro que la tradición hecha por quien no es dueño de la cosa no produce el efecto de transferir el dominio, no obstante ser v lida, produciendo otras consecuencias de relevancia jurídica: el adquirente por la tradición adquiere la posesión de la cosa, porque la recibe con ánimo de señor y dueño y, teniendo la calidad de poseedor de la cosa, puede llegar a adquirirla por prescripción.

Por otro lado, si quien hizo la tradición no era dueño de la cosa y con posterioridad este tradente adquiere el dominio de la misma, se reputa que el adquirente es dueño desde que se hizo la tradición (art.672 en relación con el 1819), así por ejemplo: si A vende a B una casa de que no es dueño y se la entrega, B adquiere sólo la posesión, pero no el dominio; pero si en seguida A adquiere el dominio de la casa, se reputa que B es dueño, no desde el día en que A adquirió el dominio, sino desde el día en que se efectuó la tradición; si después de haber adquirido el dominio A hubiese vendido la casa a W, subsistir no obstante el dominio de B sobre la casa. Ahora, el art.670 señalan que el tradente tiene que tener la facultad de transferir el dominio. Esta expresión se refiere al poder de disposición que el tradente debe tener, poder que entre otros supuestos implica el tener capacidad de ejercicio, es decir, lo que aquí requiere el legislador es que el tradente tenga aptitud legal para disponer del dominio de la cosa por sí; sólo. Por su parte, el adquirente debe tener capacidad para adquirir la cosa. El art.670 exige capacidad tanto en el tradente como en el adquirente.

Hay autores que fundados en el art.670 sostienen que el legislador no exige la misma capacidad para ambos; esto de acuerdo en que se les exige capacidad al tradente y al adquirente, pero esta capacidad exigida no es la misma. Según Alessandri, el tradente debe tener capacidad de ejercicio, es decir, aptitud para disponer de la cosa, y el adquirente debe tener capacidad de goce, esto es, debe estar investido de ese atributo de la personalidad que lo habilita para adquirir derechos. Pero lo anterior no es válido, puesto que para ambos se trata de un acto jurídico, y si no se tiene la capacidad plena de ejercicio, la tradición va a ser nula.

Pero, según Somarriva, la capacidad que la ley requiere en el adquirente es la capacidad de administración y en el tradente la de disposición, la plena capacidad de ejercicio, lo que se vería corroborado por dos disposiciones: art.1575 inc.2 tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar y este pago no es otra cosa que la tradición y la facultad de enajenar de que habla supone la capacidad de disposición; la otra disposición es el art.157 n.1, según el cual el pago hecho al acreedor es nulo si el acreedor no tiene la libre administración de sus bienes (esta disposición está en relación al adquirente).

2.- Consentimiento de ambos (tradente y adquirente)

Siendo la tradición un acto jurídico bilateral, el consentimiento de las partes es un requisito esencial, de tal manera que si no hay consentimiento la sanción en nuestro derecho positivo ser la nulidad absoluta, conforme al art.1682. En doctrina este acto sería inexistente por falta de un requisito de existencia.

El consentimiento en la tradición consiste en la intención compartida entre tradente y adquirente de transferir el uno y adquirir el otro el derecho de que se trata, o sea, la intención compartida en orden a que se produzca una traslación del derecho del adquirente al tradente; esto queda claro por los arts.670, 672 y 673 CC.

Puede suceder que haya consentimiento pero que el tradente no sea el verdadero dueño de la cosa, o incluso, puede darse un caso que el adquirente no sea el verdadero adquirente. En este caso, la tradición es v lida, pero inoponible al verdadero dueño y al verdadero adquirente, y siendo inoponible, ellos pueden ratificar esa tradición haciéndola v lida retroactivamente por la ratificación (art.672 y 673), y por ende, haciéndola producir todos sus efectos a su respecto.

En esta materia del consentimiento se deben ver 3 situaciones:

- a.- tradición por medio de representante.
- b.- representación del tradente en la venta forzosa.
- c.- vicios del consentimiento en la tradición.

a.- Tradición por medio de un representante. Hay que considerar que por medio de un representante puede en general realizarse todo aquello que pueda hacerse personalmente, salvo casos en que existe prohibición legal a este respecto, situación que no es la que se da en materia de tradición, porque aquí no sólo no hay prohibiciones, sino que la ley autoriza expresamente la representación a su respecto (art.671 incs.2 y 4).

Además, el art.674 dice relación con la tradición hecha por mandatario o representante legal, y sostiene que para que esa tradición sea v lida es necesario que el mandatario o representante actúe dentro de los límites de su mandato.

En el art.674 el legislador repite principios legales en materia de representación, porque es un principio general, que para que el acto del representante obligue al representado, este debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones. Si se extralimita ese acto ser inoponible al representado.

b.- Representación del tradente en las ventas forzosas. Son ventas forzosas aquellas que se producen como consecuencia de un litigio (decreto judicial) que se hacen en pública subasta; estas ventas se efectúan a requerimiento del acreedor para obtener el pago o la indemnización con el producto que se obtenga del remate.

En la venta forzosa también nos encontramos con un tradente y un adquirente: el adquirente es el tercero que en la subasta se adjudicó la cosa subastada, y el tradente es el deudor, o sea, el dueño de la cosa que se remata.

Pero, se plantea el problema de que a esta enajenación forzosa no concurra el deudor, dueño de la cosa subastada, por ello la ley establece que concurra a esta tradición el juez como representante legal del deudor (art.671 inc.3).

La representación del juez se justifica con la teoría de la voluntad de la representación, en la cual, la voluntad que concurre es la del representante y, en este caso, el juez. Un segundo argumento se encuentra en que el deudor dio su consentimiento en forma t cita a esta venta forzosa en virtud de su contratación de la deuda, quedando con ello el acreedor con el derecho de prenda general sobre todos los bienes del deudor (arts,2465 y 2469).

Hay ventas que no son forzosas pero que se hacen por medio de la justicia, ejemplo: venta de derechos del pupilo (art.399).

c.- Vicios del consentimiento. En la tradición la tradición es un acto jurídico bilateral y, por lo tanto, a su respecto deben concurrir los elementos o condiciones de todo acto jurídico, pudiendo también ser afectada por los vicios de que un acto jurídico puede adolecer.

Así, también pueden presentarse en la tradición los vicios del consentimiento, en cuyo caso, la tradición adolecer de nulidad.

El legislador reglamentó especialmente el error en materia de tradición y así, se contienen normas sobre el error en la tradición, el que puede recaer en la cosa tradida (art.676), el error en cuanto a la identidad de la especie produce nulidad absoluta, ejemplo: esto acontece si A compra un caballo determinado, y B en vez de entregarle dicho caballo le hace entrega de otro; también puede recaer en la persona, si recae sólo sobre el nombre la tradición es válida (art.676 inc.2), esto es lógico porque la tradición es un pago y no es necesario que para que el pago sea válido este se efectúe por el deudor (arts.1572 y 1576), pero para que el pago sea válido si que debe hacerse al acreedor, ya que hecho a otra persona significa que el deudor no ha cumplido la obligación; también puede recaer en el título (art.677): el error en el título invalida la tradición, cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio, como cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato y por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación, o sea, cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero distintos.

3.- Existencia de un título traslativo de dominio

Lo exige expresamente el art.675 inc.1: Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación. La exigencia de un título traslativo de dominio queda fuera de toda discusión y es en la tradición en la que se presenta con mayor claridad la dualidad título-modo. En los casos en que el título es traslativo de dominio, o sea, en que genera una obligación de dar (la obligación de dar son las de transferir el dominio o constituir un derecho real); cuando el título justifica la transferencia del dominio se denomina título traslativo de dominio (art.703 inc.3): Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo. El título traslativo, no obstante su denominación, no opera la adquisición del dominio del actual al nuevo titular, sino que la transferencia se va a producir por la tradición, es decir, por ese acto jurídico distinto del título y que opera con posterioridad a éste. El título o contrato genera derechos y obligaciones. Así, si entre dos personas se genera una compraventa y recae sobre cosa mueble, el contrato quedar perfecto desde que haya acuerdo en la cosa y en el precio, y si se trata de un inmueble, desde el otorgamiento de escritura pública.

En ambos casos, de la compraventa surgen obligaciones y también derechos, para uno la obligación de dar la cosa vendida (vendedor) y para el otro la de pagar el precio (comprador); para el vendedor surge una obligación de dar, o sea, de transferir el dominio, y esa obligación de dar la cumple el vendedor mediante la tradición del bien respectivo.

El título traslativo es un contrato; en cambio, la tradición es una convención distinta al contrato y que opera con posterioridad a éste. Los títulos traslativos más frecuentes son: la compraventa, la permuta, la donación, el aporte en propiedad a una sociedad, dación en pago, etc.

El art.675 inc.2 exige que este título traslativo además debe ser válido, esto es, que no debe adolecer de un vicio de nulidad, porque, si el título es nulo, su nulidad impide que pueda operar la tradición, porque los defectos del título repercuten en la tradición.

La nulidad de la tradición procede generalmente cuando se ha declarado la nulidad del título que la precede; si el título traslativo es nulo, la tradición no opera la transferencia del dominio. Así, de acuerdo con el art.1796 está prohibido el contrato de compraventa entre padre e hijo de familia; ahora bien, si un padre le vende al hijo una casa y después se inscribe esta transferencia en el Registro del Conservador del Bienes Raíces, este título no es válido y, por lo tanto, tampoco ha existido tradición (al hablar de título nulo nos referimos tanto a la nulidad relativa como a la absoluta).

4.- Entrega de la cosa

Este hecho material que consiste en poner la cosa a disposición del adquirente confiriéndole posesión, es el hecho externo que pone en clara evidencia la circunstancia de haber tradición. El adquirente tendrá un apoderamiento material de la cosa y tendrá ánimo de señor y dueño sobre ella, lo que se desprende que el título es traslativo y de haber recibido la cosa por tradición. Por estas dos circunstancias, el adquirente va a tener la posesión de la cosa porque va a reunir los requisitos para ella (art.700 CC).

Pero, no toda entrega constituye tradición, sólo tiene la calidad de tal la entrega cuando existe la situación a que se refiere el art.670 de transferir el dominio, por una parte, y de adquirir el dominio, por otra. Si el título es traslativo de dominio la entrega constituye tradición y confiere posesión; pero si no lo es de dominio, sino de mera tenencia, entonces la entrega no constituye tradición y no confiere posesión, y quien recibió la cosa tendrá la mera tenencia de ella, porque estar reconociendo dominio ajeno y la entrega constituir sólo una simple entrega y no tradición (tiene un carácter de título de mera tenencia: el arrendamiento, el depósito, el comodato. Ver art.714).

La entrega en la tradición sirve para figurar la transferencia del dominio, pero hay ciertos casos en que esta entrega no concurre, no obstante lo cual hay tradición, situación que ocurre con ciertas cosas incorpóreas que no pueden entregarse materialmente, ejemplo: el derecho de servidumbre, derecho real de herencia (ya que en ellos la tradición se hace en forma especial).

Efectos de la Tradición

Los efectos van a ser distintos según si la persona que efectúa la tradición es o no dueña de la cosa que entrega, debemos distinguir entonces:

1.- Caso en que el tradente es dueño de la cosa que entrega.

En este caso, la tradición opera como modo de adquirir el dominio o derecho real, es decir, el adquirente va a adquirir el derecho de dominio o el correspondiente derecho real y además va a entrar en posesión de la cosa y esta va a ser una posesión con derecho a ella. Es decir, tratándose del dominio, el adquirente va a ser poseedor y dueño; tratándose de otro derecho real ser poseedor y titular del derecho real.

El derecho de dominio se traspaasa del primitivo al nuevo titular por medio de la tradición, pero no sucede lo mismo con la posesión pues ella se adquiere personalmente por cada individuo (art.717 CC): Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor, principia en él...

Ahora, si el tradente tenía un derecho afecto a condición resolutoria, o un derecho afecto a un gravamen (como la hipoteca), el adquirente lo recibe en idénticas condiciones, sin que su situación mejore en algo; es decir, si el derecho del tradente era resoluble, el adquirente lo adquiere con la misma calidad; y si el derecho del tradente estaba afecto a un gravamen, el adquirente lo recibirá en las mismas condiciones (todo ello es consecuencia de ser la tradición un modo de adquirir derivativo).

2.- Caso en que el tradente no es dueño de la cosa que entrega.

En tal caso, la tradición es válida, pero no opera como modo de adquirir, porque el tradente no puede transferir un derecho que no tiene (art.682 inc.1). Pero la tradición así efectuada es importante en los siguientes aspectos:

- a) coloca al adquirente en posesión de la cosa tradida, porque habiendo tradición se van a cumplir los requisitos del art.700 para estar en posesión de la cosa. Este efecto no sólo se produce cuando el tradente no es dueño, sino que también en el caso anterior queda en posesión de la cosa.
- b) no importa si el tradente tiene o no la posesión, incluso. adquiere posesión aún cuando el tradente haya sido mero tenedor, lo que es una consecuencia importante de que la posesión es personal.
- c) es importante que el adquirente entre en posesión de la cosa, porque teniendo posesión puede llegar a adquirir el dominio por prescripción, aun cuando el tradente hubiese carecido de dominio (art.683).

Si el tradente no es dueño, el adquirente va a ser un poseedor sin derecho, pero puede ocurrir que el tradente no haya sido dueño de la cosa al tiempo de la tradición y que la adquiere con posterioridad.

En tal caso, el efecto propio de la tradición se produce desde que ésta se hace y no desde que el tradente adquirió el dominio (es decir, su efecto se retrotrae, art.682 inc.2).

Época para pedir la tradición

Lo normal es que la tradición se realiza tan pronto como se celebra el contrato, o sea, inmediatamente después. Esto se desprende del 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.

Pero, esta regla general de que se puede pedir la tradición en forma inmediata tiene 3 excepciones:

- 1.- Cuando existe pendiente una condición en el título es decir, cuando el título es condicional (condición suspensiva); ejemplo: ofrezco al José regalarle una casa si se recibe de abogado, naturalmente que José no puede pedir la entrega mientras no se reciba.
- 2.- Cuando hay un plazo pendiente para el pago en este caso, no puede pedirse la tradición sino hasta después del cumplimiento del plazo respectivo.
- 3.- Cuando existe un decreto judicial en contrario que ordena no efectuar el pago o retener el pago hay dos posiciones que justifican esta disposición: art.1578 n.2, de acuerdo con el cual es nulo el pago que se hace al acreedor si por el juez se ha mandado retener el pago; el art.1464 n.3 señalan que hay objeto ilícito en la enajenación de la cosa embargada por decreto judicial. Como la tradición constituye enajenación, habría objeto ilícito y, por lo tanto, nulidad absoluta.

De tal manera que cuando hay un decreto judicial que ordenó retener el pago o cuando se ha embargado la cosa con la que debe pagarse, el deudor no podrá hacer la tradición y el acreedor estar impedido de demandarlo. Hemos visto que algunos de los casos en que no puede hacerse la tradición tan pronto se celebra el contrato, son aquellos en que el título es condicional. También la tradición puede ser condicional, según se desprende del art.680 CC, que dice que _la tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese.

No es la tradición la que esta sujeta a modalidades, son los efectos de ella los que est n afectados a determinada modalidad.

Tradición bajo condición resolutoria

En realidad, donde puede concurrir la tradición es en el título y no en la tradición, como se desprendería del art.680; como tal, no puede estar bajo condición resolutoria.

La condición resolutoria existe en el título traslativo de dominio que ha precedido a la tradición, por ejemplo: le doy a Tomascic una casa hasta que se reciba de abogado, en este caso yo hago la tradición de la casa y Tomascic adquiere el dominio bajo condición resolutoria, porque si se recibe de abogado va a dejar de ser dueño de la casa. La condición resolutoria en este caso, existe en el título, y como toda alteración o modificación en el título se extiende a la tradición, resulta que ésta también quedar sujeta a la misma condición; pero la condición en sí misma estar contenida en el título.

El art.680 dice: con tal que se exprese. Las condiciones, en la generalidad de los casos, se expresan porque son una modalidad y estas son elementos accidentales del acto jurídico (art.1444). El problema se plantea con el art.1489 que establece la condición resolutoria tácita: En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por los contratantes lo pactado. La duda es si a la luz de lo dispuesto en el art.680 inc.1 se aplica también cuando opera la condición resolutoria t cita. La doctrina est dividida:

- Un sector sostiene que el art.1489 no es aplicable a la tradición, porque el art.680 inc.1 dice: ...con tal que se exprese; señalando que el art.1489 establece una condición resolutoria tácita, y siendo tácita, no habría expresión de ella y, por lo tanto, no podría afectar a la tradición al tenor del art.680.
- Otro sector, estima que el dominio se puede transferir tanto bajo condición expresa -tal como lo exige el art.680inc.1-, como también bajo condición resolutoria tácita y argumentan en la siguiente forma: la tradición, dicen, requiere de un título traslativo de dominio, y este título puede estar afecto a condición resolutoria expresa o tácita. En el caso que ese título se resuelva, significar que ese título dejar de existir y ese efecto es el propio de la condición resolutoria tácita. Si el título deja de existir, mal podría subsistir la tradición que una consecuencia de ese título; si así no fuere se estaría aceptando la existencia de un efecto sin la causa previa.

Tradición bajo condición suspensiva

Esta tradición es una situación mas bien de carácter teórico, de escasa aplicación práctica, y ello porque la condición suspensiva es el acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un derecho, de modo que mientras la condición no se cumpla, el derecho no nace y, por lo tanto, la tradición generalmente se hará después de cumplida la condición suspensiva.

Pero, el art.680 pareciera decir otra cosa, en realidad se ha entendido que este artículo se refiere a la situación en que con anterioridad al cumplimiento de la condición se entregue la cosa a quien no es su adquirente y, en tal caso, cuando se cumpla la condición, el adquirente va a pasar a ser dueño de la cosa sin necesidad de una nueva entrega, pues ésta se hizo previamente.

Se dice que la tradición bajo condición suspensiva no transfiere naturalmente el dominio, porque el propietario no se ha desprendido de ella en favor del adquirente, sino que la transferencia se va a producir sólo una vez que haya acaecido el hecho futuro e incierto en que consiste la condición, teniendo lugar de pleno derecho y sin necesidad de ningún acto o manifestación de voluntad ulterior (esta es la opinión de Luis Claro Solar).

Clasificación de la tradición

La tradición se clasifica atendiendo a la forma como ella se efectúa y para ello debe atenderse al derecho que se transfiere o constituye mediante la tradición y a la naturaleza mueble o inmueble de la cosa sobre la cual dicho derecho recae, y así distinguiremos entre:

- 1.- tradición del dominio sobre muebles.
- 2.- tradición del dominio sobre inmuebles
- 3.- tradición de otros derechos reales (menos el de herencia).
- 4.- tradición de los créditos o derechos personales.

1.- Tradición del dominio sobre muebles (art.684 CC)

Se hace esta tradición del dominio sobre muebles en forma que la cosa tradida quede a disposición del adquirente, o sea, se le confiere posesión al adquirente. Lo que se desea figurar es la transferencia del dominio y es para este objeto que se hace la entrega de la cosa (art.684 inc.1).

La entrega puede revestir 2 formas: real y ficta o simbólica.

- a.- Es real cuando se hace física o naturalmente, bien sea porque se permite su aprehensión material (art.684 n.1: permitiéndole la aprehensión material de la cosa presente), o porque se le muestra al adquirente (art.684 n.2: mostrándosela).

b.- Es ficta o simbólica cuando la entrega de la cosa se hace figurar mediante un símbolo que representa la cosa sobre la cual va a recaer la tradición y que la pone bajo el poder o acción del adquirente.

Las situaciones contempladas en el art.684 ns.3, 4 y 5 se refieren justamente a la entrega ficta o simbólica, de estos 3 números el legislador contempla 4 casos de tradición ficta o simbólica, en una enumeración que se sostiene que no tendría carácter taxativo. Estos casos son:

1. - Art.684 n.3: Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que est, guardada la cosa.
2. - Art.684 n.4: Encargándose el uno (tradente) de poner la cosa a disposición del otro (adquirente) en el lugar convenido.
3. - Art.684 n.5: Por la venta, donación u otro título de enajenación (título traslativo) conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario o a cualquier título no traslativo de dominio (es decir, al adquirente, si éste ya era mero tenedor de la cosa mueble: traditio brevi manum); y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.

Es decir, consiste en el título de mera tenencia otorgado al tradente, primitivo dueño, y además en un título traslativo otorgado en favor del adquirente: constitutio provisoria.

2.- Tradición del dominio sobre inmuebles

Se hace por la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces (arts.686 inc.1, 696 y 724 CC). Es decir, la tradición del derecho de dominio sobre bienes inmuebles es solemne y la solemnidad es la inscripción del título. Si se omite esta inscripción el adquirente no adquiere el dominio, ni tampoco la posesión del inmueble. Lo que sucede es que la inscripción del título simboliza la entrega y confiere posesión, cual es la posesión inscrita. Esta inscripción representa a 2 de los elementos de la tradición que son el consentimiento y la entrega, debiendo concurrir también los otros requisitos de ésta como lo son la capacidad de las partes y el título traslativo.

Cuando el dominio se adquiere por un modo de adquirir distinto de la tradición también se practica la inscripción, pero ello no tiene por objeto operar la adquisición del dominio, sino que juega un rol distinto, por ejemplo: en la sucesión por causa de muerte cuando entre los bienes hereditarios hay inmuebles, debe practicarse la inscripción de esos inmuebles a nombre de los herederos, pero, esa inscripción, no tiene por objeto operar la adquisición del dominio, sino que su finalidad es la de conservar la historia de la propiedad raíz (art.688 CC), ya que si no se hiciese no habría una adecuada continuidad entre todas las inscripciones.

Cuando la tradición se efectúa mediante inscripción, lo que se inscribe es el título, o sea, el contrato que consta en la respectiva escritura.

3.- Tradición de otros derechos reales (menos el de herencia)

Los otros derechos reales distintos del dominio recaen algunos sobre bienes muebles, otros sobre inmuebles y otros, indistintamente sobre muebles e inmuebles.

a.- Tratándose de derechos reales que recaen sobre bienes muebles (la prenda) la tradición se efectúa mediante la entrega real de la cosa constituida en prenda por el deudor al acreedor. El art.2384 define al contrato de prenda o empeño como aquel en que se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito (la cosa entregada se llama prenda). Los arts.2386 y 2389 nos indican la forma en que se perfecciona este contrato:

- Art.2386: Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor.
- Art.2389: Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero ser necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos.

b.- Hay otros derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles (hipoteca, servidumbre, censo y el derecho de habitación)

b.1 La tradición de los derechos reales de hipoteca, censo y habitación se efectúa por la inscripción del título en el Registro Conservador de Bienes Raíces (art.686 inc.2). El título ser en este caso el contrato de hipoteca, censo o el acto constitutivo del derecho de habitación.

b.2 Tratándose del derecho real de servidumbre la tradición no se hace por la inscripción del título en el Registro, sino que se hace mediante escritura pública en que el tradente expresa constituirla y el adquirente aceptarla: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato en que se constituye la servidumbre (art.698 CC).

Pero, tratándose de la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos, la tradición se hace por la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, y el título es el contrato en que consta la constitución de la servidumbre que debe otorgarse por escritura pública (Ley 6977 publicada en el Diario Oficial del 16 de julio de 1941), es decir, se vuelve en este caso a la regla del art.686 CC.

c.- Derechos reales que recaen sobre muebles o inmuebles indistintamente (derechos de usufructo y uso). Cuando recae sobre muebles, se le aplica lo dispuesto en el art.684, referente a la tradición del dominio sobre muebles. Cuando recaen sobre bienes inmuebles su tradición se efectúa mediante la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces (art.686 inc.2).

La tradición del derecho real de herencia

El problema que nos plantea este derecho es que a diferencia de los otros derechos reales este no se ejerce sobre un bien determinado, sino que recae sobre una universalidad jurídica, que es el patrimonio del causante o una parte alicuota del mismo.

El derecho de herencia es el que tiene el heredero sobre un patrimonio dejado por un difunto o sobre una parte alicuota de ese patrimonio. El heredero no adquiere el derecho de herencia por tradición, sino que por sucesión por causa de muerte, pero este heredero, una vez que tiene la calidad de titular del derecho real de herencia, puede transferir a un tercero ese derecho, y en este caso, tendrá que hacer la tradición de este derecho.

El heredero que le transfiere el derecho de herencia a un tercero se denomina cedente y el tercero que lo adquiere se denomina cesionario, y la tradición se denomina cesión.

La tradición, tratándose del derecho de herencia, supone necesariamente un título traslativo de dominio (art.675 CC), si el título traslativo es la compraventa, ese contrato va a ser solemne, debiendo constar por escritura pública según el art.1801 del CC, que señalan:

La venta de los bienes raíces, servidumbres, censo y los de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se haya otorgado escritura pública.

Tratándose de la cesión del derecho de herencia, esta norma no recae sobre bienes determinados que est,n comprendidos en la herencia, sino que sobre la universalidad del patrimonio o una parte alicuota del mismo.

El art.1909 deja en claro que la cesión del derecho de herencia se refiere a la universalidad de ésta y no a bienes determinados comprendidos en ella, por lo tanto, si en una compraventa y en la posterior tradición se especifican los bienes hereditarios y se cede un derecho sobre ellos, no hay cesión del derecho real de herencia, sino de un derecho denominado fraccionario y eventual sobre bienes determinados, y la tradición se hará conforme a la naturaleza de esos bienes. El problema que se nos plantea con el derecho de herencia es que no recae sobre bienes determinados, sino que sobre una universalidad jurídica y comprendidos en esa universalidad jurídica pueden haber muebles e inmuebles y, siendo así, en qué forma habrá de hacerse la tradición de este derecho de herencia como universalidad jurídica?

El art.686 del CC no comprende el derecho de herencia al señalar aquellos derechos cuya tradición se efectúa mediante la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Por lo tanto, la tradición del derecho de herencia no sería de esta forma. El problema consiste en determinar en qué forma se hace la tradición del derecho de herencia y, para ello, se han elaborado dos doctrinas que tratan de resolver el problema:

1.- Sustentada por José Ramón Gutiérrez, quien estimaba que el derecho de herencia sigue la aplicación que el CC da a los derechos reales en el art.580: Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe...; o sea, el derecho de herencia ser mueble o inmueble según la cosa en que se ejerza o recaiga. Por consiguiente, la tradición del derecho de herencia tendría que hacerse conforme al art.684 para los muebles, y según el art.686 para los inmuebles.

Esta posición ha sido ratificada por ciertos fallos de los tribunales, que han expresado que si la herencia comprende bienes raíces, la cesión de ella no puede hacerse sin la correspondiente inscripción en el Registro del Conservador (Corte de Valdivia, 10 de enero de 1913: Gaceta de los Tribunales, 1913, t.1, n.114, p.309; Corte de Talca, 18 de diciembre de 1926: Gaceta 1926, seg. semestre, n.129, p.574).

2.- Doctrina sustentada por Leopoldo Urrutia, que sostiene que el derecho de herencia no tiene por objeto bienes muebles o inmuebles determinados, sino que su objeto es la universalidad jurídica de la herencia o una parte alicuota de la misma, de ello concluye que a la tradición del derecho de herencia no se le aplican las normas dadas para los muebles o inmuebles que son normas especiales, sino que se aplica la regla general del inc.1 del art.684, es decir, la tradición del derecho de herencia basta para efectuarla cualquier manifestación en que conste la intención de transferir el dominio. Una de las formas que señalan Urrutia sería que el cesionario (adquirente) reclamara la posesión efectiva de la herencia o pidiera la partición de la comunidad hereditaria en virtud del art.1320. Esta posición ha sido seguida mayoritariamente por los tribunales que han señalado que la entrega de un derecho de herencia cedido entre vivos, aun cuando en la herencia haya inmuebles, no requiere la inscripción del título es el Registro del Conservador.

Para determinar si las disposiciones generales relativas a la tradición inscrita deben también aplicarse a la transferencia de una cuota hereditaria hecha por un asignatario a favor de otra persona, es necesario establecer si por este acto se enajenan o no determinadamente los bienes muebles o inmuebles de la sucesión. No enajenándose en la cesión de un derecho hereditario bienes raíces determinados, no se requiere para la tradición que se inscriba el título.

La herencia es una asignación a título universal y, por tanto, los coasignatarios de una herencia proindiviso no son dueños singulares de cada uno de los bienes hereditarios sino de la universalidad o de una cuota de ese patrimonio. De tal modo que si se venden o ceden su derecho hereditario no transfieren propiedad alguna particular, sino la cuota que les corresponda en dicha universalidad.

No existe disposición legal alguna que exija para la entrega de un derecho hereditario cedido entre vivos, la inscripción referida, aunque en la herencia existan bienes raíces.

Del texto del art.686 del CC como del siguiente y de los arts.54 y 78 del Reglamento del Conservador, que determinan los bienes cuya tradición debe efectuarse por la inscripción y reglan la forma y solemnidades de ella, aparece con claridad que esas disposiciones se refieren a inmuebles singulares, individualmente especificados, requisitos que no se encuentran reunidos en la tradición del derecho hereditario, puesto que estos derechos por su naturaleza jurídica no comprenden bienes determinados sino una universalidad, un conjunto de bienes indeterminados,

o una cuota de ellos, entre los cuales aun en el supuesto de existir bienes raíces, no se transmiten por la cesión otros derechos que los que pueden corresponder al cedente para que el cesionario los haga valer por sí; solo en el juicio de partición, o fuera de éste, conjuntamente con los demás coherederos.

Se critica esta teoría en este último aspecto, porque deja muy indeterminada la fecha de la tradición y porque separa mucho en el tiempo la manifestación de voluntad del adquirente respecto de la del tradente, siendo que se trata de una convención.

Por ello, hoy en día, aceptándose que esta doctrina tiene razón en cuanto que la tradición del derecho de herencia se efectúe de cualquier forma que exprese la intención de transferirlo y de adquirirlo (no siendo necesaria la inscripción del título en el Registro), se agrega que dicha manifestación puede estar en el mismo título o acto en que se cede el derecho de herencia, por lo cual, se da certidumbre a la fecha de la tradición. Por lo demás, ello no constituye una innovación, porque la misma situación está establecida para las servidumbres en el art.698 CC.

4.- Tradición de los créditos o los derechos personales.

El crédito que tiene una persona puede cederse y su cesión es también una forma de tradición, y al igual que toda tradición requiere la existencia de un título.

Esta 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.699); queda ahí perfecta la relación entre el cedente o acreedor y el cesionario. Pero la relación en el crédito es entre el acreedor y el deudor, y este último debe tener conocimiento que el crédito que debe ha sido cedido a otra persona para cumplir con ella. Por ello es que el legislador dispone en el art.1902 que 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. Si no se cumple este requisito la cesión será válida entre el acreedor (cedente) y el cesionario, pero será inoponible al deudor y a terceros.

Tradición de cuotas

Cuando la tradición recae sobre la totalidad de una cosa no hay ningún problema, pero si lo hay cuando recae sobre una cuota de ella. Así, hay que distinguir:

1.- Si la tradición recae sobre una cuota en una cosa singular la doctrina y la jurisprudencia han estimado que la cuota participa del carácter de mueble o inmueble de la cosa respectiva; entonces, se concluye que si se trata de la tradición de una cuota de un inmueble, ella se efectuará según el art.684, en tanto que si se trata de la tradición de una cuota en un inmueble la tradición se hará según el art.686.

Esta es la ocasión de hacer una referencia al problema de la enajenación de una cuota dentro de una universalidad jurídica, pero referida a un bien determinado de la comunidad hereditaria, planteándose el problema al momento en que se pone término al estado de indivisión, porque habrá que diferenciar si el bien al cual se refiere la cuota enajenada se le adjudica o no al comunero que hizo la enajenación.

Si se le adjudica a él mismo no habrá mayores problemas, pero en el evento que ese bien le sea adjudicado a un tercero estaríamos ante la venta de cosa ajena, la cual es válida en nuestro derecho (art.1815).

En otro sentido, puede observarse que -en teoría- esta disposición de cuota en cosa determinada de una universalidad, armoniza mejor con la doctrina que sostiene la comunicabilidad de la cuota con los bienes específicos, que con la teoría que la rechaza. En fin, hay que dejar establecido que en este caso, la forma de efectuar la tradición de esta cuota es la misma que para la tradición de una cosa singular, recién mencionada, distinguiéndose según la cosa sea mueble o inmueble.

2.- Si la tradición recae sobre una cuota en una cosa universal el sector de la doctrina que acepta la comunidad en la universalidad jurídica y que niega la comunicabilidad, estima que la tradición se efectúa significando la intención de transferir y el ánimo de adquirir por cualquiera forma de las indicadas en el art.684 inc.1, y que no es necesaria la inscripción aun cuando haya inmuebles dentro de la universalidad. Se sostiene que estaríamos frente a una abstracción que no puede incorporarse en la clasificación de muebles o inmuebles y, por lo tanto, al no poder catalogarle de mueble o inmueble, su tradición tendrá que hacerse conforme a la regla general del art.684, ya que la inscripción es una forma especial de tradición (Corte de Concepción, 20 de noviembre de 1934: Gaceta 1934, seg. semestre, n.116, p.469).

Sin embargo, hay quienes no aceptan la existencia de la comunidad en la universalidad jurídica y sostienen que ella se presenta solamente en la universalidad de hecho, y afirman que existe comunicabilidad entre la cuota y los bienes de que se compone la universalidad, concluyendo que la tradición de la cuota en este caso debe efectuarse de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos, y habrá que aplicar la norma del art.684 para los bienes muebles y la del art.686 para los inmuebles, si es que los hay en la comunidad (Corte Suprema: R., t. VII, secc. primera, p.240).

Funciones de la inscripción en relación con los modos de adquirir.

Según lo dispuesto en el art.686 la tradición del dominio sobre inmuebles como también de otros derechos reales, salvo las servidumbres, se realizan mediante la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Pero, sucede que no sólo opera como modo de adquirir (en la tradición), sino que además se puede jugar los siguientes papeles:

- 1.- Opera como tradición, es decir, como un modo de adquirir.
- 2.- Puede operar como formalidad de publicidad.
- 3.- Puede tener por objeto mantener la historia de la propiedad raíz.
- 4.- Puede operar como requisito, garantía y prueba de la posesión de los bienes inmuebles.

1.- Opera como tradición

Por medio de la inscripción del título en el Registro se efectúa la tradición del dominio y otros derechos reales sobre inmuebles, salvo el de servidumbre (art.686). Al practicarse esta inscripción, lo que se inscribe es el título traslativo respectivo que debe constar por escritura pública, o bien, del acto constitutivo del respectivo derecho real que también debe constar por escritura pública.

Hemos dicho que la tradición es una convención, y por ello requiere el acuerdo de voluntades de ambas partes y la tradición se hace mediante la inscripción. Ahora, este acuerdo de voluntades debe manifestarse al momento de la inscripción y, para ello, deben concurrir las dos partes a requerir la inscripción y deben firmarlo. Por ello, se acostumbra a conferir un mandato que se da, bien a una de las partes o a un tercero para efectuar esta inscripción.

Este mandato (u oferta de mandato a persona indeterminada, según otros) se incluye en el título respectivo y su redacción frecuentemente dice que se faculta al portador de copia autorizada de este instrumento para requerir y firmar todas las inscripciones, sub inscripciones y anotaciones que sean procedentes. Se sostiene que esta cláusula importa una oferta de mandato a persona indeterminada, mandato que se cumple cuando el portador del instrumento requiere y firma la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Aquí hay dos oferentes (las dos partes que celebran el contrato), de modo que si una de las partes fallece antes de efectuarse la inscripción caducaría su oferta de mandato y, por lo tanto, el portador del título no podría hacer la inscripción y sólo podría hacerlo acudiendo por los herederos o por medio de mandato otorgado por estos.

El único modo de adquirir en el cual el propio modo es la inscripción es la tradición del dominio sobre inmuebles y la constitución de derecho real sobre inmuebles, salvo el caso de las servidumbres (con su contraexcepción). En los restantes modos de adquirir la inscripción no opera como tal, sino que desempeña otros roles, operando el modo de adquirir en forma totalmente independiente de la inscripción:

- en la ocupación no interviene la inscripción, porque la ocupación nunca puede recaer sobre inmuebles.
- en la accesión de inmueble a inmueble la inscripción de lo principal se extiende a lo accesorio.
- en la prescripción la inscripción de la sentencia que la declara es una formalidad de publicidad, puesto que dicha sentencia, hace las veces de escritura pública y no valdrá contra terceros sin la competente inscripción.
- en la sucesión por causa de muerte también hay que practicar inscripciones, pero ellas no configuran el modo de adquirir, sino que su finalidad es mantener la historia de la propiedad raíz. El modo de adquirir sucesión por causa de muerte opera en forma totalmente independiente de la inscripción y si no se practican las inscripciones se producen consecuencias especiales.

Hay autores que sostienen que la inscripción, en algunos casos, además s de su tradición jugaría un rol de solemnidad, que es lo que sucede en el contrato de hipoteca (art.2409: La hipoteca deber otorgarse por escritura pública...; art.2410:

La hipoteca deber además ser inscrita en el Registro Conservatorio; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contar su fecha, sino desde la fecha de su inscripción).

También, en el contrato de donación de inmuebles (art.1400 inc.1), se señala que no valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el competente Registro.

En el censo (art.2027), se establece que la constitución de un censo deber siempre constar por escritura pública inscrita en el competente Registro y sin este requisito no valdrá como constitución de censo....

En la constitución de usufructo sobre inmuebles por acto entre vivos (art.767), se señala que el usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito.

En la constitución de fideicomiso sobre inmuebles (art.735 inc.2), se establece que la constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deber inscribirse en el competente registro.

Según esta opinión, si no se procede a esta inscripción, el acto o contrato adolecería de la falta de una solemnidad legal y, por lo tanto, estaría afectado de un vicio de nulidad absoluta. Pero, esta opinión no es aceptada por la mayor parte de la doctrina, la cual da los siguientes argumentos:

a) El sistema adquisitivo de derechos reales es complejo y requiere la concurrencia de un título y de un modo de adquirir, teniendo cada uno de ellos una existencia autónoma. De tal modo, puede existir con plena validez el título traslativo de dominio en forma total y absolutamente independiente de la inscripción en la tradición. Lo que sucede es que la tesis que afirma que la inscripción juega un rol de solemnidad incurre en un error de interpretación de las disposiciones legales en que se funda, porque los arts.2409, 2410, 1400, 2027, etc.; no exigen la tradición como solemnidad del contrato, sino como requisito del derecho real que se va a constituir por la inscripción.

b) Además, de aceptarse esta teoría de dar a la inscripción el carácter de solemnidad, sería dejar al adquirente entregado totalmente a la voluntad de el tradente, porque si el tradente no quiere hacer la tradición (inscripción) el adquirente no va a poder exigírselo, porque para ello tendría que fundarse en el contrato, y a éste le faltaría una solemnidad, por lo cual sería nulo y no habría nacido el derecho personal o crédito del adquirente que le permita exigirle al tradente que cumpla la obligación que sobre él recae (una obligación de dar), que es la de transferir el dominio o constituir el derecho real.

Por todo ello es que la mayor parte de la doctrina no acepta que la inscripción en estos casos juegue el doble papel de solemnidad y de tradición afirmando que sólo es la forma de hacer la tradición del derecho real respectivo.

2.- Puede operar como formalidad de publicidad

Los registros del Conservador de Bienes Raíces son públicos, lo cual significa que pueden ser examinados o consultados por cualquier persona, lo que hace que cualquiera pueda tener acceso y conocimiento de los cambios que haya experimentado el dominio de los bienes inmuebles o que pueda imponerse de los gravámenes o limitaciones que los afecten. Por ello es que a veces se exige la inscripción, no para que sea la tradición del respectivo derecho real, sino como formalidad de publicidad o de oponibilidad, ya que ello permitir a los interesados tomar conocimiento de limitaciones, gravámenes, etc., que afecten a los inmuebles.

Estas inscripciones por vía de publicidad son en ciertos casos de carácter obligatorio y, en otros, quedan entregadas a la libre voluntad de las partes. Los casos mas frecuentes de inscripción como formalidad de publicidad son:

- a) la inscripción de la sentencia firme o ejecutoriada que declara la prescripción adquisitiva del derecho real de dominio o de otro derecho real sobre inmueble (art.689 y 2513).
- b) la inscripción que debe hacerse de la renuncia de un derecho real sobre inmuebles (art.52 n.3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces).
- c) inscripción de las resoluciones judiciales que declaran la interdicción provisoria o definitiva del disipador o el demente.
- d) inscripción de la resolución judicial que confiere la posesión definitiva de los bienes del desaparecido (art.52 n.4 del Reglamento del Registro Conservatorio).
- e) inscripción de la resolución judicial que confiere el beneficio de separación (art.52 n.4 del Reglamento del Registro).
- f) la inscripción de todo gravamen que recaiga sobre inmuebles, por ejemplo: la servidumbre (art.53 n.3 del Reglamento del Registro).
- g) la inscripción que se haga de toda prohibición, embargo o retención convencional, legal o judicial, que limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar (art.53 n.3 del Reglamento del Registro).

En estos casos, la inscripción es formalidad de publicidad; si se omite la inscripción el acto será perfecto y plenamente válido, pero no podrá hacerse valer respecto de terceros mientras no se practique la inscripción, pues les será inoponible.

3.- Puede tener por objeto mantener la historia de la propiedad raíz.

Conservando la relación armónica de las mutaciones o cambios que experimente la propiedad raíz. Cuando una persona va a adquirir el dominio de un inmueble o aceptar un gravamen o derecho real constituido sobre ese inmueble, se practica normalmente el examen o revisión de títulos de dominio. Los títulos de dominio son el conjunto de escrituras públicas, inscripciones y demás instrumentos públicos que testimonian la historia del dominio del inmueble y de los derechos reales que lo gravan. Se dice que los títulos están perfectos o ajustados a derecho cuando hay regularidad en esas escrituras o instrumentos, si no es así, los títulos presentan reparos, los cuales deben ser subsanados.

En el examen de títulos normalmente se analizan aquellos comprendidos en una etapa de 10 años de inscripciones posesorias, contados hacia atrás desde la fecha del examen. La razón de esto es que éste es el plazo máximo de prescripción adquisitiva de los inmuebles, como también de la absoluta, acción reivindicatoria, etc.

En cuanto al derecho de herencia, el modo de adquirir no es la tradición. El derecho de herencia se adquiere por sucesión por causa de muerte al deferirse la herencia del causante, aun cuando el heredero lo ignore. La regla general, es que la herencia se defiende al momento de morir el causante y, excepcionalmente, cuando la asignación respectiva es condicional, al momento del cumplimiento de la condición. La inscripción no es requisito para la adquisición del derecho de herencia, ni tampoco lo es para la adquisición del dominio por sucesión por causa de muerte, pero es necesario mantener en el Registro Conservatorio una cierta relación entre las distintas mutaciones que sufre el dominio del inmueble, es decir, hay que mantener la historia de la propiedad raíz. Este es el rol que juegan las inscripciones del art.688, ya que mediante ellas se puede saber cómo adquirió el inmueble el heredero, o de quién adquirió el tercero a quien el heredero enajenó o transfirió el inmueble.

Sin estas inscripciones habría una variación en la historia de la propiedad raíz. Estas inscripciones presentan las siguientes características:

- a) No son tradición, lo que se inscribe no es el título traslativo de dominio.

- b) Tiene que practicarla el heredero, no el legatario. Si a una persona se le lega un inmueble se otorga la escritura de entrega del legado, la cual le es otorgada por los herederos, y con el m,rito de esa escritura se procede a la inscripción del inmueble, debiendo practicarse sólo la inscripción del n.1 del art.688 del CC; no se exige la del n.2 porque la entrega del legado no es enajenación que haga el heredero, sino que el cumplimiento del testamento.
- c) estas inscripciones deben practicarse sólo cuando hay inmuebles en la masa hereditaria, y exclusivamente respecto de inmuebles. No se exigen estas inscripciones para los muebles ni para su disposición. Estas inscripciones deben practicarlas él o los herederos antes de disponer de los inmuebles hereditarios.

Esta norma del art.688 mira a la organización del Reglamento del Registro Conservatorio y su finalidad es la de mantener la continuidad de la inscripción, la que desaparecería si al fallecer una persona dueña del inmueble no se anotare las transmisiones de dominio de éste.

Inscripciones del art.688 CC

A.- Art.688 n.1. Debe inscribirse el auto de posesión efectiva de la herencia. Este auto es la resolución judicial que reconoce a ,l o los herederos su calidad de tal, y les confiere la posesión efectiva de la herencia. Pero, este auto no confiere la calidad de heredero, ya que ésta se adquiere de pleno derecho al momento de la delación de la herencia; este auto sólo reconoce la calidad de heredero.

Esta resolución judicial, decreto judicial o auto de posesión efectiva debe inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente al departamento del otorgamiento de dicho decreto, es decir, el departamento en que ejerce jurisdicción el tribunal que dictó dicho decreto y ese tribunal va a ser normalmente el del último domicilio del causante (art.688 n.1 CC y 883 inc.1 CPC).

En el caso en que no haya inmuebles o si sólo los hay en el departamento en que se otorgó la posesión efectiva, se practica la inscripción del auto de posesión efectiva sólo en dicho departamento; pero, si hay inmuebles en otros departamentos distintos, el auto de posesión efectiva, tendrá que inscribirse en todos ellos.

B.- Art.688 n.1. Asimismo, debe inscribirse el testamento si lo hubiere. En caso de que la sucesión sea testamentaria, debe inscribirse el testamento. La ley nos señala que esa inscripción debe practicarse al mismo tiempo que la del auto de posesión efectiva.

La inscripción de este testamento la exige la ley sólo en el Registro del departamento en que se dictó el auto, no siendo necesaria su inscripción en otros departamentos aun cuando en estos se encuentren situados otros bienes inmuebles.

C.- Debe practicarse la inscripción especial de herencia. Esta consiste en inscribir, fundado en el auto o testamento, si lo hubiere, los inmuebles a nombre de la totalidad de los herederos. Esta inscripción se practica en el Registro del Conservador correspondiente al lugar de ubicación del inmueble. Si el inmueble, por su ubicación, quedase situado en varios departamentos, la inscripción tendrá que hacerse en todos ellos y si hay varios inmuebles ubicados en departamentos distintos, tendrá que practicarse la inscripción respecto de cada inmueble en el departamento que corresponda. Practicada esta inscripción, los herederos pueden de consuno (de común acuerdo) disponer del inmueble (art.688 n.2).

D.- Hay que inscribir la adjudicación: esto es, inscribir la adjudicación de un inmueble determinado efectuada en favor de uno de los herederos. El estado de indivisión en que en un comienzo se encuentran los herederos termina por la partición, si en esta partición se adjudica un inmueble a uno o varios de los herederos, tendrá que inscribirse este acto de adjudicación a nombre de él o los herederos beneficiados en el Registro de Propiedad de él o los departamentos en que se encuentren situados los inmuebles (art.687 inc.3 y 688 n.3 CC).

Con esta inscripción se mantiene una relación de continuidad en la historia de la propiedad raíz, porque el inmueble que estaba inscrito a nombre del difunto, en merito de la inscripción del auto de posesión efectiva, del testamento (si lo hubiere) o del derecho especial de herencia, va quedar inscrito a nombre de la totalidad de los herederos. Luego, si el inmueble se adjudica a uno de ellos vamos a tener la inscripción de la adjudicación a nombre de él.

Es para mantener esta historia que la ley establece que los herederos no pueden disponer en manera alguna de estos bienes hereditarios mientras no se efectúen estas inscripciones. Si el legislador no los exigiera se produciría un vacío notorio en la cadena de inscripciones respecto de un inmueble, que impediría establecer en forma adecuada la relación entre la inscripción de dominio de una persona y la de sus antecesores, porque pudiese suceder que el inmueble inscrito a nombre del difunto pudiera aparecer a nombre de un tercero, sin poder determinar la relación del traspaso del inmueble a ese tercero. También sería difícil analizar la situación jurídica de los herederos que enajenaron el inmueble al tercero.

El art.688 nos plantea también otro problema y es que nos dice que mientras no se practiquen las inscripciones en el señaladas los herederos no pueden disponer en manera alguna de los inmuebles hereditarios.

Por un lado, hay que tener presente que el legislador no señala plazo alguno para practicar estas inscripciones y al no señalarse plazo alguno, significa que su práctica queda entregada a la voluntad de los herederos, quienes podrá n realizarla cuando lo estimen conveniente, pudiendo permanecer todo el tiempo que quieran sin practicar esas inscripciones, lo cual no presentar ningún problema en caso que ellas no dispongan de ninguno de los inmuebles comprendidos en la herencia. Sin embargo, podrá n disponer de los bienes muebles sin practicar las inscripciones, pero no de los inmuebles.

Ahora, el problema que se plantea es qué sucede si él o los herederos disponen de un inmueble hereditario sin haber practicado las inscripciones del art.688 (al hablar de disposiciones se hace en sentido amplio: gravamen y disposición):

Como la ley no es clara al respecto, la jurisprudencia se ha encargado de dar una interpretación de cuál es la sanción y, esta interpretación, ha sido en realidad bastante variable porque la Corte Suprema ha dado 5 soluciones distintas al problema de la sanción:

- primera solución la pronuncia en relación con una hipoteca y fundándose en que la disposición del art.688 tendría el carácter de norma de orden público, porque se encuentra establecida en el interés general, desde el momento en que establece normas relativas a la organización de r, gimen de propiedad inmueble en Chile, el cual se encuentra reglamentado en el CC y en el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Todas estas normas cautelan el interés colectivo y, por ello, son de orden público.

Por consiguiente, la sanción a la infracción de una norma de orden público, como la del art.688, ser la nulidad absoluta. De esta forma se pronunció la Corte Suprema el 12 de mayo de 1905 (Gaceta, t.1, n.292, p.449), que expresó que la prohibición establecida por el art.688 tiene por objeto manifiesto organizar el Registro de Bienes Raíces y mantener regularmente su continuidad, lo cual quedaría frustrado si al fallecimiento del dueño de los predios no se anotaran las transmisiones de dominio. Las que rigen este Registro son, pues, de orden público y su infracción vicia de nulidad absoluta los actos o contratos celebrados sin sujeción a las solemnidades prescritas.

- Segunda solución fue a propósito de una venta. La Corte Suprema, analizando el art.688 inc.1, concluye que es una norma prohibitiva, cuando la ley dice *en manera alguna* en el inc.1 debe entenderse que está prohibiendo la disposición del inmueble en esta situación; luego, si se infringe una norma prohibitiva, la sanción es la nulidad absoluta.

Esta posición fue seguida por la Corte Suprema el 26 de noviembre de 1908, que señaló lo siguiente: El heredero no puede disponer, en manera alguna, de un inmueble mientras no tenga posesión efectiva debidamente inscrita. Esta prohibición del art.688 es general y absoluta y comprende toda enajenación voluntaria o forzada. Las ventas efectuadas en juicio ejecutivo, aunque realizadas contra la voluntad del deudor, constituyen verdaderos contratos de compraventa.

La condición de forzados es una peculiaridad procesal que no modifica ni altera el fondo del contrato y que mira únicamente a la manera de otorgarse el consentimiento por parte del vendedor ejecutado. Este consentimiento, por lo demás, se presta virtualmente desde el instante mismo en que el deudor ejecutado contrae la obligación. Una interpretación distinta del art.688 burlaría el propósito de interés público que tuvo en vista el legislador al crear el Registro Conservatorio de Bienes Raíces (R., t.6, secc. primera, p.266).

- Tercera solución manteniendo el mismo razonamiento, pero con una variante, la Corte Suprema sostiene que lo nulo es la enajenación o el gravamen, porque lo que prohíbe el art.688 inc.1 es la disposición del inmueble, y al hacer esto está prohibiendo o imponiendo que esta sea enajenada o gravada, y la enajenación o gravamen se produce al momento en que opera el modo de adquirir y no el solo contrato. Por consiguiente, lo que la ley prohibir sería la tradición y no la celebración del respectivo contrato, porque el contrato no importa enajenación, sólo genera derechos y obligaciones. Luego, de acuerdo con esta interpretación, lo nulo sería la tradición y, como se trata de bienes inmuebles, la inscripción del mismo.

De esta forma se pronunciaron la Corte Suprema (16 de noviembre de 1910) y la Corte de Valdivia (26 de junio de 1912), expresando lo siguiente: “La palabra disponer empleada en el art.688 está tomada en el sentido de enajenar, esto es, transferir el dominio de una persona a otra”, “La venta no importa acto de transferencia de dominio, sino un simple contrato, que tiene existencia propia sin necesidad de que haya entrega, la que debe verificarse por acto posterior e independiente”, “En consecuencia, el contrato de venta celebrado con prescindencia del art.688 no es nulo” (R., t.11, secc. primera, p.319).

- Cuarta solución la norma del art.688, en cuanto a prohibir la disposición en manera alguna de los inmuebles hereditarios sin practicar las inscripciones respectivas, sería aplicable única y exclusivamente a las ventas voluntarias, pero no a las realizadas en un litigio en virtud de una disposición judicial y con el objeto de pagar una deuda al acreedor. No tendría aplicación el art.688 en las ventas forzosas (a esta posición adhiere don Tomás Ramírez).

De esta manera se pronunció la Corte Suprema el 24 de agosto de 1909: No es nula la venta forzada de un bien raíz hecha por el ministerio de la justicia en juicio seguido contra un heredero sin haberse obtenido la posesión efectiva de la herencia de la persona de quien hubo ese inmueble el deudor ejecutado. La prohibición del art.688 se refiere, manifiestamente, a los actos voluntarios de disposición entre vivos por parte de los herederos o de sus causahabientes y no a las enajenaciones forzadas que efectúa la justicia en ejercicio de su ministerio.

Dicho artículo expresa con claridad que los herederos son los que no pueden disponer en manera alguna de los inmuebles aunque llegaran a ser adjudicatarios por acto de partición (R., t.7, secc. primera, p.117).

- Quinta solución es una interpretación bastante extraña, dice que el no practicar la inscripción del art.688 no afecta la validez del contrato o título y tampoco afecta la validez de la tradición, ambos son plena y perfectamente válidos; pero, con una característica peculiar, cual es que la tradición no produce el efecto que le es propio, cual es el de transferir el dominio o el derecho real correspondiente y el de colocar al adquirente en posesión del inmueble. Como no coloca al adquirente en posesión de la cosa, pero ha habido entrega de ella y el adquirente va a tener su tenencia material, entonces este adquirente va a ser un mero tenedor de la cosa. Esta interpretación de la Corte Suprema es bastante particular porque no considera en sí mismos los elementos propios de la posesión.

La Corte Suprema se funda para concluir que la sanción es la que ella señala (la de no poseer, sino sólo tener la mera tenencia) en el art.696 CC. Si bien, el art.696 nos señala como sanción a la falta de inscripción de los títulos que en él se señalen, que no se dar la posesión del respectivo derecho, no es menos cierto que no puede obligarse lo dispuesto en los arts.700 y 714 CC. Ejemplo: si mañana A me compra un inmueble que yo adquirí por herencia sin haber realizado la correspondiente inscripción, queda como mero tenedor, pero cuando A lo adquirió lo hizo con el ánimo de señor y dueño.

Esta ha sido la posición mas seguida por los tribunales; así, la Corte de Concepción la ha seguido en seis oportunidades y la Corte Suprema la ha seguido en siete oportunidades, señalando lo siguiente:

“El art.688 del CC se refiere a la tradición del dominio de los bienes raíces por estar comprendido en el párrafo que de ella trata, y no puede atribuírsele un sentido diverso, extraño al de dicho párrafo; de manera que la prohibición de disponer impuesta a los herederos por el artículo citado, no puede aplicarse al título, como la escritura de compraventa, sino al modo de adquirir, esto es, a la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces.”

“El sentido legal de la expresión no podrá disponer en manera alguna no es otro que significar que el heredero no puede transferir el dominio de lo vendido sin que previamente se practiquen las inscripciones ordenadas por dicho art.688 del CC.”

“Esta interpretación mantiene la debida armonía que debe existir entre la disposición legal en estudio y las demás s que forman el párrafo aludido y está de acuerdo con el art.696 del CC, el cual, refiriéndose a los arts. anteriores, entre los que se encuentra el art.688, dispone que los títulos cuya inscripción en ellos se prescribe no van a transferir la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena.”

“Confirma esta doctrina el Mensaje con que el Presidente de la República sometió el Código Civil a la aprobación del Congreso, que en la parte pertinente dice: La transferencia o transmisión del dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como se ha dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio.”

“Interpretado de otro modo el art.688, se llegaría a la conclusión de que un contrato de compraventa perfecto podría quedar sujeto, en cuanto a su validez, a diligencias posteriores que no miran a su esencia ni a su naturaleza, porque son bien diferentes el contrato de compraventa y la tradición de la cosa vendida; y el primero puede existir sin que llegue a realizarse la segunda.”

“En la hipótesis de que fuera absolutamente nulo el contrato por no haberse practicado previamente las inscripciones a que se refiere dicho art.688, el vendedor conforme al art.1683 del CC no podría alegar semejante nulidad, pues no podía ignorar a la fecha del contrato, el hecho de no haber solicitado la posesión efectiva de la herencia.” “Si se prescinde de alguno o algunos de los requisitos legales para que pueda efectuarse la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, la sanción no es la nulidad absoluta del título innecesario a la tradición, sino la señalada en el art.696” (Gaceta, 1876, n.2484, p.1281, C.2; Gaceta, 1922, primer semestre, n.210, p.803; R., t.27, secc. primera, p.78; R., t.28, secc. primera, p.205 y 350).

Hay otras interpretaciones, una es la que analiza la naturaleza misma del art.688, cuál es el rol que juegan las inscripciones del art.688: algunos estiman que ellas son formalidades que la ley exige a los herederos en atención a su calidad de tales. Luego, si se omiten, la sanción que se impone es la nulidad relativa de la respectiva enajenación. Esto nos enfrenta a varios problemas:

a) la nulidad relativa se sana por el transcurso del tiempo (4 años) y este saneamiento viene a ser contradictorio con lo dispuesto en el art.688, ya que esta norma no admite que la enajenación adquiere efecto alguno mientras no se practiquen las inscripciones que dispone el art.688.

b) por otro lado, es un poco forzado sostener que estas inscripciones del art.688 son formalidades exigidas en consideración a la calidad del heredero; mas bien son solemnidades que el legislador ha establecido para la regulación del régimen de propiedad inmuebles de nuestro país.

Su finalidad sería la de cautelar la administración de la propiedad raíz, no pudiendo pretenderse que su fin sea amparar o proteger a los herederos.

Una última opinión doctrinaria es que éstas son solemnidades que están dirigidas para la enajenación de los inmuebles hereditarios, se funda en esto porque el art.688 CC no impide que el heredero no realice ningún acto sobre el inmueble, salvo la enajenación.

Es decir, lo que no puede hacer el heredero sin cumplir previamente las solemnidades del art.688 es disponer del inmueble. Luego, debe concluirse que las inscripciones del art.688 son solemnidades que el legislador exige para la enajenación de inmuebles hereditarios y, por consiguiente, la sanción que se aplique por su omisión tiene que ser aquella que el legislador haya señalado para la omisión de tales solemnidades, porque el legislador ha señalado una sanción especial en este caso (art.679): Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas. Concluyen estos autores que la enajenación que hagan los herederos de un inmueble hereditario, esto es, su tradición, no va a adolecer de nulidad, sino que ser perfectamente valida; pero, por no haberse cumplido las inscripciones del art.688 no produce su efecto propio que es el de transferir el dominio o, en su caso, constituir un derecho real. Pero, el efecto que no se produce por la tradición es la no transferencia del dominio solamente, porque si va a producir su otro efecto, que es poner al adquirente en posesión.

Lo que dispone el art.679 CC debe entenderse en relación con lo estatuido en el art.696.

Los autores entienden que el art.696, cuando establece que los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no dar n o transferir n la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena...; no se está refiriendo a la posesión en sí; misma, sino a la adquisición del dominio o de otro derecho real.

Lo que si es cierto, es que si no se cumplen las inscripciones del art.688 y se efectúa la respectiva enajenación a un tercero, de acuerdo con esta última posición, el tercero va a tener la posesión del inmueble, teniendo la posibilidad de adquirir el derecho respectivo (dominio o derecho real en su caso) una vez que se practiquen las inscripciones contempladas en el art.688.

4.- Otro papel de la inscripción es el de requisito, garantía y prueba de la posesión de los inmuebles

- Que la inscripción en el Registro Conservatorio es un requisito para la posesión de los inmuebles, se desprende del art.724 CC el que se entiende en relación con el art.686.

Esto está ratificado por una parte del Mensaje del CC: la inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor.

- En segundo lugar, la inscripción es garantía de la posesión de los inmuebles, y ello lo dice el art.728 inc.1: 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 transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial.

El inc.2 de el art.728 reafirma el carácter de garantía: 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.

- Por último, la inscripción es prueba de la posesión del inmueble (art.924 CC): La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción...; o sea, si una persona desea probar su calidad de poseedor tendrá que acreditar su posesión mediante la inscripción, y aún más, si la posesión tiene más de un año de antigüedad y mientras ésta subsista, no es admisible ninguna prueba de posesión material mediante la cual se pretenda impugnar de alguna forma la posesión inscrita. El art.924 CC dice que la posesión se prueba mediante la inscripción, porque la inscripción no prueba el dominio del inmueble.

El dominio (en Chile) se acredita mediante la prescripción, es decir, quien pretenda ser dueño de un inmueble tendrá que probar que a su respecto concurren los requisitos exigidos por la ley para que opere el modo de adquirir prescripción que, tratándose de inmuebles, es posesión inscrita, continua e ininterrumpida durante el plazo de la prescripción.

La razón de que la inscripción acredite posesión y no dominio, es que no hay ninguna certeza en orden a que ,l o los antecesores en la posesión del inmueble hayan sido dueños de la cosa (recordar que si el tradente no era dueño de la cosa no podía transferir el dominio, sino sólo la posesión).

Estas circunstancias que la inscripción acredite sólo posesión y no dominio tiene importancia en varios aspectos:

1.- En relación con ella debe tenerse el art.700 inc.2: El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo.

2.- Por el hecho de tener que acreditarse el dominio por la prescripción es que al examinar el título de dominio hay que analizar una serie continua de inscripciones de títulos de dominio y escrituras públicas que abarcan el plazo máximo de prescripción (10 años a lo menos).

Lo que sucede en cuanto a la inscripción prueba de posesión y no de dominio, es que en el sistema ideado por Bello se pensaba que con el transcurso del tiempo todos los inmuebles del país iban, en una forma u otra, acceder al sistema de la inscripción.

Bello pensaba que al efectuarse enajenación de los inmuebles había que proceder a hacer la inscripción del respectivo inmueble para que hubiera enajenación, pero aún m s, pensaba que aun cuando no se hiciera enajenación del inmueble, ésta, de todas maneras, iba a tener que acceder a la inscripción (nadie es eterno y en algún momento los herederos debían efectuar la inscripción del decreto de posesión efectiva o del testamento, si lo hubiere). Esto iba a permitir que inscripción, posesión y dominio (tratándose de los inmuebles) significar n una misma cosa y que, por consiguiente, la inscripción en algún momento llegaría a ser prueba del dominio de los inmuebles. Pero, esta idea de Bello no se concretó, porque se produjo una dualidad de inmuebles y así nos encontramos con inmuebles inscritos e inmuebles no inscritos, materia que ha creado serios problemas.

Sistema del Registro

Conservatorio de Bienes Raíces

Todo el sistema de propiedad inmueble chileno tiene como base de su organización el Registro Conservatorio de Bienes Raíces. El Registro Conservatorio lo crea Bello en el CC, en numerosas disposiciones hace referencia al Registro Conservatorio: así, en el art.686 inc.1 dice se efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador; también en otras disposiciones como los arts.689, 690, etc.

Bello dejó que la organización misma del Registro Conservatorio fuese regulada por un reglamento especial, en que sería un reglamento el que determinaría las funciones de los conservadores, sus atribuciones y la forma y solemnidades de las inscripciones, así lo establece en el art.695. En cumplimiento de esto, en 1857 se dicta el respectivo reglamento (apéndice del CC), que empezó a regir el 1 de enero de 1859.

Aquí surge el problema de determinar cuál es la naturaleza jurídica de este reglamento: el reglamento lleva el nombre de tal y fue dictado por el Presidente de la República, luego, en apariencia, formalmente sería un decreto supremo de carácter reglamentario, pero se sostiene que este reglamento fue dictado por el Presidente en virtud de lo establecido en el art.695, luego fue dictado en virtud de una ley como lo es el CC, que habría delegado en el Presidente de la República la facultad de dictar las normas relativas a la organización del Registro Conservatorio y, en consecuencia, al haber una delegación de facultades por medio de una ley del Parlamento en el Presidente de la República, estaría éste dictando un decreto con fuerza de ley, por consiguiente, éste tendría la misma fuerza obligatoria que una ley. Esto es muy importante por algunos aspectos de aclaración en relación con el CC: entre el momento en que se dictó y entró en vigencia el CC hubo un lapso de 2 años estableciéndose un período de transición en cuanto a las inscripciones y se estableció un sistema especial para proceder a las inscripciones en el plazo en que mediaría entre la vigencia del CC y aquel en que se dictó el reglamento, y el sistema es el establecido en el art.697: En el tiempo intermedio entre la fecha en que principie a regir este Código y aquella en que la inscripción empiece a ser obligatoria, se hará la inscripción de los derechos reales mencionados en los artículos anteriores, del modo siguiente...

Libros que lleva el Conservador de Bienes Raíces

En lo referente a la organización de la propiedad inmueble y de sus gravámenes, el Conservador de Bienes Raíces lleva 3 libros o registros (Reglamento del Registro Conservatorio, art.31):

- 1.- El Registro de propiedad.
- 2.- El Registro de hipotecas y gravámenes.
- 3.- El Registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar.

Además de esto y siempre en relación con estos bienes inmuebles, llevan:

- a) los índices de cada uno de estos registros.
- b) el índice general.
- c) el repertorio.

Son éstos los que dicen relación con la función propia del Conservador de Bienes Raíces, porque por leyes especiales se les ha encomendado llevar otros registros, pero que no dicen relación con la propiedad raíz, sino que con otros aspectos. Así, el Conservador lleva también el Registro de Comercio, de Prenda Agraria, de Prenda Industrial, de vehículos motorizados (hasta hace poco tiempo ley 18290). Pero, todos estos registros no dicen relación con la función propia del Conservador.

1.- El Repertorio

Es un libro que lleva el Conservador en el cual debe anotar todos los títulos que se le presenten, así como resoluciones judiciales que se le presenten, cualquiera sea su naturaleza. Esta anotación, debe hacerla en estricto orden cronológico y de acuerdo al orden de su presentación.

Este libro presenta algunas características, que son:

- a) Debe estar encuadernado y cubierto con tapas firmes, foliado y rubricado por el juez de letras quien, en la primera foja, va a dejar constancia bajo su firma y la del Conservador del número de fojas que este libro contiene.
- b) Tiene que cerrarse diariamente, lo que consiste en expresar la suma de anotaciones hechas en el día en el repertorio, especificando el número que haya correspondido a la primera y a la última anotación de ese día, número que corresponde a la serie general del repertorio, debiendo indicarse la fecha y estar firmado por el Conservador.

c) Si no se hubieren hecho anotaciones en el día, se pondrá el debido certificado haciendo constar la falta de ellas.

d) En el comienzo de cada año debe abrirse el repertorio con un certificado en que se haga mención a la primera anotación que se efectuar en ,l, y se cerrar a fin de año con otro certificado del Conservador, en el cual se exprese el número de fojas y anotaciones que contiene el repertorio, como también las que hayan quedado sin efecto, las enmendaduras de la foliación y cuanta particularidad pueda influir en lo sustancial de las anotaciones y conduzca a precaver suplantaciones y otros fraudes.

El art.24 del Reglamento del Registro Conservatorio sostiene un aspecto formal del repertorio que se refiere a la materialidad del mismo y, especialmente, a la forma en que el conservador debe llevar este libro. Art. 24 R. del R. C. de B. R.

Cada página del repertorio se dividir en cinco columnas destinadas a recibir las enunciaciones siguientes:

- 1.- El nombre y apellido de la persona que presenta el título.
- 2.- La naturaleza del acto o contrato que contenga la inscripción que trata de hacerse.
- 3.- La clase de inscripción que se pide, por ejemplo, si es de dominio, hipoteca, etc.
- 4.- La hora, día y mes de la presentación.
- 5.- El registro parcial en que, según el art.32, debe hacerse la inscripción, y el número que en ,l le corresponda. _

Cada columna se encabezar con el rótulo de la enunciación que debe figurar en ella; las anotaciones se harán en este libro bajo una serie general de números, siguiendo el orden de presentación de los títulos (art.26 y 27 del Reglamento). El Conservador, no inscribe todos los títulos que se le presentan, sino que puede rechazar la inscripción de algunos por las causales de los arts.13 y 14 del Reglamento. Si la inscripción es en algún sentido inadmisibile -por ejemplo, por falta de autenticidad-, si no está situada en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere, si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente (causales señaladas en el art.13); si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas y después de inscrito por alguno de los compradores apareciere el otro solicitando igual inscripción (art.14), etc.

Pues bien, si el Conservador rechaza la inscripción de un título, de todas maneras debe anotarlo en el repertorio.

Esto es importante, porque si el Conservador rechaza la inscripción, la persona afectada por el rechazo puede recurrir al Juez de Letras respectivo, reclamando de la actitud tomada por el Conservador. De la resolución del Juez puede apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Si el juez acoge el reclamo y ordena ratificar la inscripción, una vez que se efectúa la inscripción pertinente y siempre que ella se haga dentro de los 2 meses siguientes a la fecha en que se hizo la anotación en el repertorio, valdrá o surtir sus efectos desde esa fecha. Si pasan dos meses y la anotación no se transforma en inscripción, se va a producir la caducidad de la anotación (art.15 del Reglamento).

Este nuevo plazo no se puede renovar, se debe practicar una nueva anotación, aun cuando en algunos casos aislados la jurisprudencia, para casos de prohibición de enajenar, impediría la inscripción.

Por lo anterior, esta anotación presuntiva, al transformarse en inscripción, vale desde la fecha de anotación en el repertorio. Por ello, al hacer el examen de títulos, se pide el certificado de repertorio que es extendido por el Conservador, que comprende un plazo de dos meses contado hacia atrás desde la fecha de su requerimiento y que debe incluir las anotaciones que en el repertorio se haga de cualquier título que pueda convertirse en inscripción respecto de un inmueble determinado y que, por estar anotado con anterioridad en el repertorio, pudiera tener preferencia frente a otra anotación cuya inscripción se requiera.

De lo dicho, se desprende que una inscripción sin anotación en el repertorio es nula.

2.- El Registro de Propiedad

En éste se inscriben las translaciones de dominio (art.32 del Reglamento), o sea, los títulos traslativos de dominio, autos de posesión efectiva, testamentos, inscripciones especiales de herencia, autos de adjudicación y todo lo que significa un traspaso de dominio de una persona a otra.

3.- Registro de hipotecas y gravámenes

En éste, se inscriben las hipotecas, los censos, los derechos de usufructo, uso y habitación, los fideicomisos, las servidumbres y otros gravámenes semejantes.

Estas inscripciones deben practicarse en el Registro Conservatorio del departamento en que est, ubicado el inmueble y, si éste, por su situación, pertenece a varios departamentos, deber hacerse la inscripción en cada uno de ellos (art.54 del Reglamento).

Las inscripciones de las hipotecas deben cumplir con los requisitos del art.81 del Reglamento y la inscripción de los otros derechos reales las menciones del art.78 del mismo.

4.- Registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar

En este libro se inscriben los decretos de interdicción definitiva, de rehabilitación del interdicto, las prohibiciones legales, convencionales y judiciales que afecten al inmueble, como el embargo y medidas preventivas (art.32 inc.3).

Estas inscripciones deben efectuarse en el Registro Conservatorio del departamento en que tenga su domicilio la persona afectada, o bien, del departamento en que est, ubicado el inmueble afectado de la respectiva prohibición (art.56 del Reglamento).

Forma en que se llevan estos registros, (arts.84 y 35 del Reglamento)

Se establece que estos registros se deben llevar del mismo modo que los protocolos de los notarios públicos y que se foliar n a medida que se vaya avanzando en las inscripciones que se practican. Por lo tanto, para ver cómo se llevan estos registros se debe atender a lo establecido en el COT.

Según el art.37 las inscripciones se harán en cada registro bajo una serie particular de números, independiente de la serie general del repertorio. Conforme al art.38, cada uno de los registros parciales se abren a comienzo de año y esta apertura se hace mediante un certificado en el cual se hace mención de la primera inscripción que va a hacerse en él y se cerrar a fin de año con otro certificado en el que se exprese el número de fojas y de inscripciones que contiene, el de las que han quedado sin efecto, las enmendadoras de la foliación y cuanta particularidad pueda influir en lo sustancial de las inscripciones y conduzca a precaver suplantaciones y otros fraudes.

Por su parte, el art.85 indica que los documentos que el Conservador debe retener en su poder después de verificar la correspondiente inscripción (documentos o minutas que no se guardan en el Registro o protocolo de una oficina pública), observando a este respecto lo dispuesto en el art.39 del Reglamento: los documentos que el Conservador debe retener según el art.85, se agregan numerados al final de los respectivos Registros, por el mismo orden de las inscripciones.

Según el art.41: cada Registro tendrá un índice por orden alfabético, destinado a colocar separadamente el nombre de los otorgantes, el apellido de los mismos y el nombre del fundo, materia de la inscripción.

Los arts. 43, 44 y 45 se refieren al índice general que también debe llevar el Conservador, el cual también se lleva en orden alfabético y que se va formando a medida que se vayan haciendo las inscripciones en los 3 Registros.

Estos índices generales se cerrarán anualmente con un certificado que pondrá el Conservador al final de cada serie alfabética de partidas.

El Conservador,

El llevar estos tres Registros mas los índices y el repertorio constituyen la función principal del Conservador y son estos Registros los que configuran el sistema de la propiedad inmueble en Chile. Pero, distintas leyes han encomendado a los conservadores el llevar otros registros, como el Registro de Comercio, el de Aguas, de Prenda Agraria, de Prenda Industrial, los cuales no obstante que no dicen relación con la configuración de la propiedad raíz.

Existe un Conservador por departamento (art.7), pero en Santiago la situación es distinta, porque conforme al DFL 247 (de 1931) los 3 libros que forman el Registro Conservatorio de Bienes Raíces, están a cargo separadamente de 3 funcionarios con el nombre de Conservador de Bienes Raíces.

El Conservador del Registro de Propiedad tendrá además a su cargo el Repertorio, los Registros de Comercio, de Prenda Industrial, de Prenda Agraria y de Asociaciones de Canalistas.

Los registros que lleva el Conservador son públicos, por ello, pueden ser consultados por cualquier persona sin que pueda ponerse obstáculos. Pero, esa consulta tendrá que hacerla en la oficina del Conservador, pudiendo tomar los apuntes que crea convenientes (art.49).

Además, el Conservador esta obligado a dar cuantas copias y certificados se le pidan judicial o extrajudicialmente acerca de lo que consta o no consta en sus registros (art.50). Uno de los certificados que con mayor frecuencia otorga el Conservador, es aquel que atestigua que se han practicado las inscripciones de un título, o sea, el Conservador después de practicar la inscripción deber devolver el título con nota de haberse efectuado la inscripción, indicando el Registro, número y fecha de la inscripción, la fecha de la nota y la firma del Conservador (art.86).

También el Conservador entrega los certificados de hipoteca y gravámenes, de dominio vigente y certificado de prohibiciones:

- El certificado de dominio vigente: es aquel en que el Conservador indicar que una inscripción de dominio est vigente al momento del otorgamiento del certificado y que ella no ha sido cancelada total o parcialmente. Si se hace la cancelación asj deber certificarlo el Conservador.
- El certificado de hipotecas y gravámenes: permite al Conservador consignar las hipotecas o gravámenes que se hubieran inscrito respecto de un inmueble durante cierto período de tiempo
- El certificado de prohibiciones: consignará las prohibiciones que se hayan inscrito en el Registro respectivo y que limiten la posibilidad de disponer libremente de un inmueble.

Este certificado consigna el nombre del poseedor, número de los gravámenes inscritos, orden en que se ha practicado la inscripción, monto de la deuda, nombre de él o los acreedores. En caso de que no existan estos gravámenes se deja constancia de no estar vigentes.

Los Conservadores en su función tienen un papel meramente pasivo, no les corresponde velar por la legalidad de los títulos que se presentan para su inscripción, siendo su función solamente la de proceder a la inscripción, subinscripción y anotación, en su caso, de los títulos que se le presentan y que digan relación con la propiedad inmueble o con los gravámenes o prohibiciones que les afectan.

Por lo anterior es que el sistema del Registro Conservatorio de Bienes Raíces no asegura que quien est transfiriendo su derecho a otra persona sea en realidad el titular del derecho de dominio y tampoco garantiza la validez o eficacia del derecho que se inscribe.

Pero, no obstante este rol pasivo, el Conservador tiene responsabilidades de carácter pecuniario por los actos negligentes que realiza y sobre él pesa la obligación de indemnizar los perjuicios de inscripciones mal hechas, de certificados incompletos y, en general, los provenientes de cualquiera otra falta u omisión en que incurra contraviniendo las leyes y lo dispuesto en el Reglamento. Esto es sin perjuicio de que el Conservador subsane la falta u omisión y de lo que para el caso de delito ordenase el Código Penal (art.96, 97 y 98 del Reglamento).

Distinción entre los títulos que deben y pueden inscribirse

(arts.52 y 53 del Reglamento)

Esta distinción es importante porque:

- Tratándose de los títulos que deben inscribirse, si la inscripción no se practica no se produce el efecto que la ley señala para la inscripción.
- Tratándose de los títulos que pueden inscribirse, el practicar su inscripción también es importante porque la inscripción hace las veces de una medida de publicidad, desde que permite que terceros puedan tomar conocimiento de los actos a que se refiere la inscripción consultando los respectivos registros.

El Conservador puede negarse a efectuar la inscripción de un título, no obstante que la regla general contenida en el art.13 establece que requerida la inscripción el Conservador debe proceder a practicarla. Pero, si considera que se da alguna de las situaciones que señalan los arts.13 y 14 del Reglamento o que afecten la legalidad de la misma inscripción, podrá negarse a practicarla.

Esta negativa deber tener un fundamento, de lo cual deber dejar constancia en el mismo título (el que deber ser devuelto al requirente) al igual que de su negativa, al margen de la respectiva anotación en el Repertorio. La persona afectada por la negativa de inscripción podrá recurrir al Juez de Letras para que éste, en vista de esa solicitud y de los motivos expuestos por el Conservador, resuelva por escrito y sin más trámites lo que corresponda. Si acoge la solicitud y manda a hacer la inscripción el Conservador deber hacerla y hará mención en ella del decreto en que la hubiera ordenado.

En cambio, si el Juez se niega a ordenar que se practique la inscripción, puede apelarse de esta resolución en forma ordinaria (arts.18, 19 y 20 del Reglamento). Las inscripciones se llevan a efecto sólo cuando el peticionario le exhiba al Conservador copia auténtica del título respectivo y el decreto judicial en su caso (art.690 CC y 57 del Reglamento).

En los arts.70 a 87 del Reglamento se establece en forma minuciosa todas las solemnidades y requisitos que deben cumplir las distintas inscripciones. Cabe señalar que en el caso de transferencia de un derecho antes inscrito, se menciona en la nueva inscripción al tiempo de designar el inmueble la precedente inscripción, citándose el registro, folio y número de ella (art.80 del Reglamento y 692 del CC). Esto tiene importancia porque, en virtud de la nueva inscripción de transferencia del derecho antes inscrito, se produce la cancelación de la inscripción anterior, no siendo necesario hacer anotaciones o subinscripciones al margen de la inscripción que se cancela (art.728 CC).

Las Subinscripciones

Fuera de las inscripciones el Conservador también expide las subinscripciones que se practican en el margen derecho de las inscripciones y cuya finalidad es ratificar errores, completar, modificar o cancelar la inscripción.

Estas subinscripciones pueden practicarse de oficio, a petición de parte o en cumplimiento de una resolución judicial:

- 1.- Practica el Conservador las subinscripciones de oficio para salvar errores u omisiones en la inscripción con el solo mérito del título inscrito, sin otro antecedente (art.88 del Reglamento).
- 2.- Las practica a petición de parte. Ello puede ser en el sólo mérito del título cuando se trate de salvar un error que está aclarado en el título (art.88 del Reglamento). También puede ser en mérito de minutas suscritas por las partes en caso de producirse un error en el título (art.82 inc.2 del Reglamento). También puede ser en base a una minuta firmada por las partes cuando se trate de enmendar un defecto de individualización de las partes o de su representante.

También, cuando se trata de salvar inscripciones defectuosas que se hubiesen practicado; en caso de que se trate de rectificar la inscripción en virtud de un nuevo título debe procederse a una nueva inscripción (art.89 inc.1 del Reglamento).

3.- Si se practica la subinscripción en virtud de una sentencia judicial, las que modifiquen o completen una inscripción deben subinscribirse al margen derecho de ésta (art.89 inc.2).

Las Cancelaciones

Las cancelaciones de una inscripción implican la extinción o dejar sin efecto un asiento practicado en el Registro. Estas cancelaciones pueden originarse en virtud de una nueva inscripción (tradicción); si se efectúa una nueva inscripción (tradicción) en virtud de la cual quien hasta ese momento tenía inscripción a su nombre transfiere su derecho a otro, la inscripción primitiva queda cancelada por el solo m,rito de la nueva inscripción.

También puede haber cancelación por convención de las partes, la que supone una subinscripción de la escritura pública en que consta la cancelación convencional al margen de la inscripción cancelada (art.728 CC).

También puede cancelarse por resolución judicial, la que también debe subinscribirse al margen de la inscripción cancelada (art.728 CC).

La omisión de los requisitos que se exigen para la inscripción tiene sanciones y, para estos efectos, hay que distinguir:

- a) Si se omite un requisito de fondo exigido en razón a la naturaleza misma del acto o clase de la inscripción.
- b) Si se omite un requisito o solemnidad externa.

a) Si se omite algún requisito esencial -por ejemplo, que el título con que se practica la inscripción no sea auténtico, o bien, que la inscripción se haya practicado ante un Conservador incompetente- la sanción ser la nulidad absoluta de la inscripción, porque se ha omitido un requisito exigido en consideración a la naturaleza misma del acto de que se trata.

b) Si la omisión dice relación con las solemnidades externas, o sea, con aquellas designaciones exigidas por el CC o por el Reglamento y que constituyen los requisitos formales que debe contener la inscripción, al omitirse o ser defectuosas ellas, se aplica la sanción del art.696 CC, según el cual, si bien la inscripción es v lida, no opera la transferencia del derecho, o sea, el adquirente va a ser un poseedor sin derecho mientras no se practiquen las inscripciones en la forma que la ley señala.

Reinaldo José Ríos Cataldo
Magíster Ciencia Política U. de CH.
Abogado.
Prof. Ayudante Derecho Civil

En estos casos, para que pueda ser eficaz la inscripción, habrá que completarla mediante una subinscripción, o bien, mediante una nueva inscripción mediante un nuevo título (arts.82, 88 y 89 del Reglamento).

Los conservadores de los distintos departamentos conservan en su poder los Registros en que constan todas estas transferencias, translaciones, gravámenes o prohibiciones sobre la propiedad inmueble. Esto representa un riesgo en el caso de la destrucción de estos Registros, por ello, hay normas especiales contenidas en la Ley 16625, sobre la reconstrucción de estos Registros y que tiene una disposición especial en el inc.2 del art.1, porque dice que para aplicar esta ley el Presidente de la República, previo informe de la Corte Suprema, debe dar por establecido el hecho de la destrucción del Registro cuyas inscripciones se trata de reconstruir, mediante un decreto supremo, cuya copia se agrega al final del Registro respectivo.

La posesión

Normalmente, por posesión se entiende la ocupación de una cosa, el tener una cosa en nuestro poder sin que influya mayormente en este aspecto la tenencia o carencia de un título o del derecho a tener esa cosa. En el sentido técnico-jurídico la expresión posesión varía en las distintas legislaciones, en algunas se le da el mismo sentido que se le da en el lenguaje corriente, considerando la expresión posesión como la dominación o potestad sobre una cosa. Otras legislaciones siguen una orientación diversa y destacan no sólo la relación de hecho entre la persona y la cosa, sino que también un elemento intencional o psicológico: el animus; esta es justamente la tendencia que sigue el CC, ya que entiende por posesión. 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.

Esta es la concepción subjetiva de la posesión de Federico Carlos von Savigny, bastando el concepto del art.700 para comprender que el CC, para configurar la posesión no sólo atiende al aspecto material, sino que también al aspecto subjetivo de un ánimo especial que debe tenerse para que haya posesión, que es el ánimo de señor o dueño.

Ahora, la teoría objetiva de Rodolfo von Ihering considera la posesión como el poder o señorío que el hombre ejerce en forma independiente sobre las cosas con el fin de utilizarlas en su provecho económico, poder que se protege jurídicamente con prescindencia de saber si dicho poder corresponde o no a un derecho. Según el art.700 la posesión es en realidad una apariencia del dominio, que se manifiesta en el ser una persona el titular sobre un derecho de dominio sobre una cosa determinada, aunque en realidad no se tenga ese derecho de dominio.

Podría pensarse que sólo las cosas corporales son susceptibles de posesión partiendo de la misma definición del art.700. Sin embargo, las cosas incorpóreas (derechos) también son susceptibles de posesión (art.715 CC). Por ello, es interesante la definición que da el autor español José Clemente de Diego que permite completar la definición del art.700: La posesión es el ejercicio intencional en nombre propio de un derecho real aunque no se tenga realmente.

Así, una persona puede ser poseedora del derecho real de servidumbre en caso de que realice los actos a los cuales faculta la servidumbre, sin que importe para estos efectos si es o no titular. Esto es así porque hay posesión con o sin derecho; la posesión con derecho es la situación normal, porque todo el que tiene un derecho real posee las facultades que éste confiere (poseedor y dueño); también puede haber posesión sin derecho, la que supone que hay una persona que posee y tiene la cosa bajo su poder con ánimo de señor y dueño, pero que hay otra persona que es titular del derecho, o sea, hay dos personas: una, que es el poseedor, y la otra, que es el titular del respectivo derecho.

Elementos constitutivos de la posesión art.700

- 1.- La tenencia de una cosa (corpus),
- 2.- Animo o intención de tenerla como señor o dueño o, en su caso, como el titular del respectivo derecho (animus).
- 3.- Una cosa determinada.

1.- Tenencia de la cosa o corpus

Este es el aspecto material de la posesión y lo constituye el poder físico o la potestad que sobre la cosa se tiene.

Savigny sostiene que el corpus no supone necesariamente un contacto directo e inmediato entre la persona y la cosa poseída, sino que, consiste en la manifestación de un poder de dominación, es la posibilidad física de poder disponer de la cosa en forma directa e inmediata, con la exclusión de la intervención de otras personas.

Por su parte, Von Ihering sostiene que el corpus no es más que la exteriorización del derecho de dominio, el hecho de conducirse respecto de la cosa como lo haría el propietario. Para él, el corpus son todos aquellos actos mediante los cuales manifiesta su derecho de propiedad en relación a la cosa que es objeto de la posesión. Según esta idea, la posesión exterioriza una relación de apropiación.

El CC señala como elemento de la posesión la tenencia de una cosa, es decir, la ocupación actual y material de ella, entendiendo por ocupación el apoderamiento, o sea, que la persona tenga la cosa bajo su poder, debiendo tener en claro que tiene una cosa bajo su poder no sólo cuando hay aprehensión, sino cuando existe la posibilidad de disponer de ella en forma directa e inmediata (el CC sigue la concepción de Savigny).

Es decir, el corpus no es apoderamiento material, constante y permanente de la cosa, no es tenerla permanentemente asida, sino que consiste en obtener de la cosa la utilidad que ella permite según el destino que naturalmente le corresponde, pudiendo el poseedor actuar sobre la cosa en cualquier momento y pudiendo excluir la injerencia de extraños con respecto a la cosa.

2.- Animus o intención de tener la cosa como señor o dueño o como titular del respectivo derecho real

Esto es así porque la posesión no sólo implica un poder de hecho sobre la cosa como lo es el corpus, sino que también una voluntad de carácter especial en la persona que pretende ser poseedor.

Este segundo elemento es de carácter psicológico, y consiste en la intención del poseedor de actuar respecto de la cosa como si fuera su propietario, como señor o dueño, es decir, es la intención de tener la cosa para sí mismo.

Este elemento está claramente establecido en el art.700 al decir con ánimo de señor o dueño y refuerza esta idea al decir sea que el dueño o el que se da por tal. El art.925 CC también exige la presencia de este animus cuando después de señalar ejemplos de actos que significan el corpus, indica que dichos actos deben realizarse sin el consentimiento del que discute la posesión y así se expresa porque quien ejecutó esos actos estaba actuando como dueño de la cosa y, por lo tanto, no necesita autorización de nadie para realizar esos actos del art.925.

No siempre la tenencia material está unida con el animus, pues hay casos en que una persona tiene el corpus pero reconoce dominio ajeno sobre la cosa, tal sucede, por ejemplo, en la mera tenencia en que el mero tenedor tiene materialmente la cosa pero reconoce dominio ajeno sobre ella, es decir, tiene el corpus pero carece del animus (art.714 CC), ejemplo: es el caso del arrendatario, depositario o comodatario.

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 secuestrado, 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.

El animus se manifiesta principalmente a través del título, porque si el título es traslativo de dominio quiere decir que a él le siguió la tradición, y ésta por definición en sí misma involucra que el adquirente debe tener el ánimo o intención de adquirir el dominio de la cosa.

Ahora, si el título es de mera tenencia, ha habido una simple entrega, por lo tanto, quien recibió la cosa no ha tenido intención de adquirir el dominio. Por consiguiente, el no tendrá animus y de ahí que carecer de la calidad de poseedor, teniendo sólo la calidad de mero tenedor.

Es tan importante este elemento subjetivo (animus) que el legislador ha establecido presunciones de posesión de carácter legal en el art. 719 CC.

3.- Cosa determinada

Exige claramente este requisito el art. 700. Esto significa que la cosa objeto de la posesión debe estar singularizada o individualizada como especie o cuerpo cierto, por lo tanto, no hay posesión respecto de géneros.

Teorías sobre la naturaleza jurídica de la posesión

Son principalmente dos: la teoría subjetiva y la teoría objetiva.

1.- Teoría Subjetiva para esta teoría, el elemento fundamental y característico de la posesión es la intención personal que debe concurrir y que se denomina *animus*. Es este animus el que le da a la detentación el carácter de posesión. Se señala que para que haya tenencia basta la detentación material de la cosa, pero para que haya posesión además debe concurrir este elemento subjetivo que es el ánimo de tener la cosa para sí. Luego, la existencia de la posesión va a depender de la voluntad de la persona que tiene la cosa. Si dicha persona tiene la cosa sin reconocer dominio ajeno, sino que la tiene para sí, hay posesión. En cambio, si tiene la cosa para otra persona, reconociendo que el derecho de dominio le pertenece a otro, no hay posesión, sino que solamente mera tenencia.

Pero, este animus no debe existir solamente en el fuero interno del individuo, porque si se mantiene allí no existe más evidencia de este ánimo que la que manifiesta o declara quien se da o tiene la calidad de poseedor. El animus debe desprenderse del título mismo en virtud del cual el poseedor tiene la cosa en su poder. Es justamente en atención al título que a los meros tenedores no se les reconoce la calidad de señor o dueño, porque en el título mismo, en virtud del cual ellos tienen la tenencia de la cosa, están reconociendo el dominio de otro.

Para esta teoría, la idea misma de posesión exige el ánimo de señor o dueño, o sea, requiere que la persona que tiene la cosa en su poder se conduzca como si fuera propietario de ella, pero no exige la convicción de tener derecho de dominio. Por ello, se dice que el ladrón de una cosa puede ser poseedor de ella porque, si bien él tiene la convicción de no ser dueño, tiene la intención de comportarse como tal y no reconoce dominio ajeno.

Esta teoría de Savigny atribuye a la voluntad un carácter preponderante como característica de la posesión.

2.- La Teoría Objetiva (Rudolf von Ihering) no pretende menoscabar de la posesión el elemento intelectual, sino que sostiene que no existe un animus especial o calificado, es decir, un ánimo de señor y dueño, y que éste no es un requisito de la posesión.

Dice que toda relación de tenencia de una cosa implica necesariamente la existencia de un ánimo en el detentador, porque incluso la mera tenencia supone la intención de tener la cosa. Luego, este elemento intencional se presenta tanto en la posesión como en la mera tenencia y no consiste este elemento en un ánimo de ser dueño, sino que sólo en el propósito de servirse de la cosa para obtener la satisfacción de sus necesidades.

Para este autor, el corpus y el animus forman una sola unidad, porque en el hecho ambas cosas no son sino dos aspectos de una relación, porque el animus es la intención de servirse de la cosa y el corpus es la manifestación externa de esa intención. Por lo tanto, el corpus no es simplemente una relación material, sino que es la exteriorización de la voluntad del tenedor y no puede presentarse este corpus sin el animus respectivo. Es decir, no puede pretenderse una independencia entre corpus y animus, porque ésta se encuentra contenida en el corpus y, por ello, toda detentación material, cualquiera que sea su calidad, comprende dos elementos y tendría siempre el carácter de posesión a menos que exista una ley expresa que le da solamente el carácter de detentación; en tanto no exista una ley que le imprima este carácter, todo aquel que tenga una cosa en su poder ser poseedor de ella.

Como consecuencia de esto, dice que la persona que tiene una cosa en su poder en el litigio, le basta probar el corpus y a su contendor le va a corresponder acreditar que hay una ley expresa que a esa detentación le da el carácter de mera tenencia.

Queda entonces claro el nombre de teoría objetiva porque ella se funda en su integridad en el aspecto exterior, material de la relación posesoria, reconociendo como poseedor a todo aquel que ejerce un poder físico sobre la cosa.

El CC acepta la teoría de Savigny, ya que le da un carácter preponderante al elemento psicológico (animus). Est claro que para adquirir la posesión de una cosa el CC exige el corpus y el animus, pero para conservarla sólo exige el animus. El CC distingue entre posesión y mera tenencia atendiendo al ánimo de comportarse o no como señor y dueño de la cosa (arts.700 y 714).

Importancia de la posesión

1. - Al poseedor se le presume dueño: quien tiene la posesión de la cosa va a ser considerado como dueño, y el peso de la prueba le va a corresponder al que impugne la calidad de propietario. Mediante la posesión se puede llegar a la prueba del dominio (art.700 inc.2 CC).
2. - La acción reivindicatoria es la que se confiere al propietario de una cosa para proteger su derecho, pues bien, al poseedor se le confiere la acción publiciana (igual que la acción reivindicatoria, pero concedida al poseedor regular, arts.889 y 894).
3. -El poseedor de un inmueble o un derecho real constituido sobre un inmueble tiene la acción posesoria para su protección (art.916): _Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos.
4. -La posesión puede conducir a la adquisición del dominio o de los derechos reales por prescripción adquisitiva (art.2492 CC).
5. - El poseedor de buena fe hace suyos los frutos de la cosa fructuaria, aún cuando deba devolver ésta a su verdadero dueño (art.907 inc.3 CC).

Clases de posesión

I.- Posesión regular e irregular: esta clasificación se hace atendiendo a la apariencia de dominio que en ellas se presenta.

II.- Posesión útil y posesión viciosa: se hace atendiendo a la forma en que se adquiere la posesión.

III.- Posesión continua y posesión ininterrumpida: según la forma de conservación de la posesión.

I.- Posesión regular e irregular (art.702 inc.1)

La posesión regular es la que procede de justo título, que se adquiere de buena fe y previa tradición, si el título es traslativo de dominio. La posesión irregular es aquella en que faltan uno o más de estos requisitos (arts.702 y 708).

Cuando concurren los 3 requisitos estamos ante la posesión regular, que es como decir que hay una mayor apariencia de dominio en el poseedor. Cuando concurren todos los requisitos, el poseedor se presenta al exterior con mayor apariencia de ser dueño de la cosa que en aquellos casos en que faltan uno o más de estos requisitos.

Por ello, el legislador reconoce más ventajas al poseedor regular que al irregular, pero, ambas son posesiones y como tales concurren a la adquisición del derecho por prescripción, con distintos plazos en una y otra. Así, la posesión regular conduce a la prescripción ordinaria, cuyos plazos son de 2 años para muebles y 5 años para inmuebles. En tanto, la posesión irregular lleva a prescripción extraordinaria en un plazo de 10 años.

Por otro lado, tanto la posesión regular como la irregular, dan origen a la presunción de dominio del art.700 inc.2, disposición que no hace distinción al respecto.

En cuanto a los requisitos de la posesión, es importante tener en cuenta el art.702 inc.1, en orden a que para calificar la buena fe, se atiende al momento en que se inicia la posesión; si ésta se adquiere de buena fe, la posesión va a ser regular (con los demás requisitos), aún cuando el poseedor pierda después la buena fe.

Requisitos de la posesión regular

- 1.- Justo Título.
- 2.- Buena fe.
- 3.- Tradición cuando el título es traslativo de dominio.

I.- Justo título

Art.703 CC. El justo título es constitutivo o traslativo de dominio.

Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.

Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos.

Pertencen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.

Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión.

Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo.

El título es el hecho o acto jurídico que habilita para la adquisición de un derecho, porque es la justificación de esa adquisición. El título por sí, no produce la adquisición del derecho, sino que para que éste opere se necesita la concurrencia del modo de adquirir, el cual en caso de no ser eficaz como tal, produce si una consecuencia, cual es la de colocar al adquirente en posesión de la cosa. Para que ello suceda es necesario que el título sea apto para legitimar posesión y que el modo sea válido. Los títulos que legitiman posesión son aquellos que habilitan para adquirir el dominio u otro derecho real. Ellos son:

a) Los títulos constitutivos de dominio ocupación, accesión y prescripción (art.703 inc.2). El relacionado con la prescripción merece un comentario, porque la verdad de las cosas es que ella no es título que legitime la posesión, porque toda prescripción supone necesariamente la posesión de la cosa, sin posesión no hay prescripción.

Es decir, es un elemento básico de ella la posesión y, por lo tanto, no puede decirse que la posesión sea un título que legitime posesión.

b) Los títulos traslaticios de dominio son los actos o contratos que generan para una de las partes la obligación de transferir el dominio o constituir un derecho real. Esta obligación se cumple o se extingue a través, s del pago o tradición de la cosa.

Pertencen a esta clase de títulos los contratos de compraventa, donación entre vivos, el aporte en la sociedad, la transacción sobre cosa no disputada (art.703 incs.3 y 6). El art.703 inc.3 dice que el título traslaticio es aquel que por su naturaleza sirve para transferir el dominio, o sea, señala claramente que el título no transfiere el derecho, sino que él sirve para transferirlo desde que habilita a una de las partes para hacer la tradición, desde que le impone la obligación de transferir el dominio de la cosa. La adquisición del derecho se produce sólo mediante la tradición de la cosa, no mediante el título, aun cuando sea traslaticio.

c) Los títulos de transmisión tráfico tase aquí de la sucesión por causa de muerte, este título legitima posesión, porque según los arts.688 inc.1 y 722 inc.1, por el solo hecho de deferirse la herencia el heredero adquiere la posesión legal de ella. Además, el art.704 n.4 señala que el heredero aparente tiene un justo título, de donde cabe deducir que el heredero tiene un título que legitima su posesión del derecho de herencia. Este aspecto tiene importancia para la adquisición por prescripción del derecho de herencia.

Estos títulos constitutivos, traslaticios y de transmisión son títulos que legitiman posesión, esto es, que el adquirente de la cosa (o del derecho), aunque no adquiera el derecho que le corresponde por el respectivo modo de adquirir, adquiera posesión legítima, porque el título es suficiente para adquirir dicha posesión y, porque si el modo de adquirir no operó como tal, le otorgó la posesión al adquirente.

En este evento, el adquirente va a ser poseedor sin derecho, pero podrá llevarlo a adquirir el derecho correspondiente por medio de la prescripción; así, en la venta de cosa ajena, la tradición que se haga no va a producir adquisición del dominio, porque el vendedor tradente carecía de ese derecho, pero si va a poner al adquirente en posesión de la cosa, posesión que va a ser legitimada por el título traslaticio de la compraventa en este caso y, además, posesión que le va a permitir adquirir el derecho por prescripción.

Así como hay títulos que legitiman posesión, existen también títulos que no la legitiman y son aquellos que no son aptos para poseer, tienen tal calidad:

√- Los títulos declarativos de dominio u otro derecho real son los actos jurídicos y sentencias judiciales que se limitan a declarar un derecho ya adquirido por otro título distinto del que ahora se indica; tienen este carácter:

- La sentencia de adjudicación en juicio divisorio (art.703 inc.4).
- Los actos legales de partición (art.703 inc.4).
- Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos (art.703 inc.5).
- Los contratos de transacción sobre cosas disputadas (art.703 inc.6).

Estos son títulos declarativos del derecho porque reconocen o declaran en favor de una de las partes un derecho ya adquirido por otro título distinto, el cual legitima posesión.

Por ejemplo: si en una transacción se reconoce a una de las partes el dominio sobre un bien litigioso; la transacción es un contrato, luego, es un título, pero un título que se limita a reconocer el dominio que ya había adquirido por un título anterior, el cual es el que legitima la posesión.

Esta regla tiene una excepción tratándose de sentencias de adjudicación en partición entre herederos u otros comuneros o de actos legales de partición entre comuneros, en que estos títulos que son declarativos, por excepción legitiman la posesión exclusiva que en virtud de la adjudicación adquiere el adjudicatario sobre la cosa que le ha sido adjudicada; esto dice el art.703 inc.4: Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.

No dice cómo podría entenderse por la ubicación de este inciso que se trata de títulos traslaticios de dominio, pues estos títulos no sirven para transferir ningún derecho, sino que son títulos declarativos que reconocen la existencia de un derecho anterior, pero producen un efecto propio de los títulos traslaticios de dominio, cual es el de legitimar en el adquirente una posesión exclusiva, posesión a la cual van a servir de título y que además es distinta de la posesión proindiviso o común que existe entre los comuneros sobre la cosa antes de la sentencia o acto de partición. La situación sería la siguiente: Candonga, Dioni y el Koke son herederos de un inmueble que adquieren por sucesión por causa de muerte, manteniéndose durante cierto tiempo en la indivisión, llegando un momento en que hacen la partición y se le adjudica a Candonga el inmueble; aquí tenemos dos títulos: uno, es la sucesión por causa de muerte que es el que legitima la posesión de los tres, porque es el título de la posesión proindiviso de los tres herederos y que fue el modo de adquirir; y otro, que es el acto de partición, que es un título declarativo que va a producir el efecto del título traslaticio que es el de legitimar la posesión de Candonga sobre el inmueble que le fue adjudicado y del cual pasó a ser dueño exclusivo.

Pero, se presenta un problema en relación con el art.718 inc.1, pues éste dice que la posesión exclusiva del adjudicatario se retrotrae a la fecha en que comenzó la posesión proindiviso. Por lo tanto, hay un efecto retroactivo, una verdadera ficción, en virtud de la cual se considera que el adquirente era poseedor exclusivo de la cosa adjudicada desde la muerte del causante. Por su parte, el art.1344 inc.1 dispone que el acto de partición en adjudicación es declarativo del derecho del adjudicatario, porque éste es reputado dueño desde que comienza la indivisión. Podría sostenerse en este caso que siendo la posesión única, el título que legitima la posesión es aquel que originó la posesión proindiviso, o sea, la sucesión por causa de muerte.

Pero, realmente no es así, porque estas disposiciones deben entenderse en el sentido de que, la regla de la retroactividad de la posesión exclusiva y del efecto declarativo de la partición del art.718 inc.1, no pasan de ser una ficción que tiene una finalidad muy precisa, cual es la de dejar sin efecto, por ser inoponible a los comuneros que no concurrieron o no consintieron, todas las enajenaciones y gravámenes que uno de los comuneros hubiere ejecutado respecto de una o todas las cosas comunes que en la partición se le adjudican a un comunero distinto (art.718 inc.2 y 1344 inc.2 CC).

Pero, esta ficción no lleva en manera alguna en materia posesoria, a desconocer que en realidad hay dos posesiones distintas: la posesión proindiviso, que va desde que comienza la indivisión hasta el acto de partición; y la posesión exclusiva que va desde el acto de partición en adelante. Esta afirmación se funda en las siguientes razones:

a) el art.703 inc.4 asimila el acto de partición al título traslativo, y ello sólo puede tener por objeto que legitime la nueva posesión exclusiva, no puede tener por objeto identificar el acto de partición plenamente con el título traslativo, porque por la partición no se transfiere ningún derecho, característica propia de los títulos traslativos, sino que por la partición sólo se declara un derecho que ya existía.

Cuando el art.703 inc.4 asimila los títulos declarativos que allí enumera a los títulos traslativos, lo hace con un fin específico: el de legitimar la nueva posesión exclusiva que en virtud del acto de partición se ha generado, no pudiendo en caso alguno identificarse de manera total con el título traslativo, pues no hay traslación de derecho.

b) Por otro lado, el art.701 dice que es posible que una cosa sea poseída a varios títulos. El art.718 faculta al poseedor exclusivo para agregar a su posesión el tiempo de posesión proindiviso; luego, si puede el poseedor hacerlo, entonces queda en claro que se trata de dos posesiones distintas.

De todas estas posiciones se concluye necesariamente que los actos o sentencias de partición son títulos que legitiman la posesión exclusiva, la cual es distinta a la anterior posesión proindiviso. Esto no deja de tener cierta importancia que radica en que a la persona a quien se le adjudicó la cosa puede invocar frente a terceros cualquiera de los dos títulos, los que legitiman su posesión, lo cual le permite llegar a la adquisición del dominio por prescripción.

Pero, ello sólo frente a terceros, porque respecto de los demás s comuneros sólo va a poder hacer valer su posesión exclusiva, no pudiendo invocar frente a ellas el tiempo de posesión proindiviso, porque durante dicho lapso su posesión no sería exclusiva ni determinada, justamente porque poseía en común con los demás indiviso; en cambio, el acto de partición o la sentencia de adjudicación le van a conferir un título de posesión exclusiva y determinada, el cual puede perfectamente invocarse frente a los otros comuneros, porque se trata de una posesión diferente de aquella que con ellos tenía.

Dentro de los títulos que no legitiman posesión están los de mera tenencia (arts.714 y 716 CC) Cuando hay mera tenencia, también nos encontramos ante una persona que tiene una cosa en su poder, pero, a diferencia de lo que sucede en la posesión, no lo tiene con ánimo de señor o dueño, sino que por el contrario, reconoce dominio ajeno. Es decir, el tenedor de la cosa, la tiene en lugar y a nombre del titular del derecho de dominio; por esto, el título de mera tenencia no legitima posesión, desde el momento en que el mero tenedor reconoce que la cosa que tiene en su poder pertenece a otro individuo. Por otro lado, la mera tenencia no se transforma en posesión por el solo transcurso del tiempo (art.716), pero es posible que si el mero tenedor deja de reconocer el dominio ajeno y se comporta como dueño, pudiera transformarse en poseedor. Pero, cuando hay mera tenencia en sí misma, hay reconocimiento que la cosa es ajena y, por ello, si bien está la tenencia de la cosa (aspecto material), falta el animus (aspecto subjetivo) y, por consiguiente, no hay posesión. Por lo tanto, el mero tenedor tampoco podrá adquirir el derecho por prescripción.

El título tiene que ser justo.

El justo título es el requisito de la posesión regular (art.702). Por justo título se entiende aquel que formalmente cumple con los requisitos necesarios para poder atribuir el dominio, de tal forma que si el título no conduce a la adquisición del dominio posteriormente, es por una circunstancia ajena o extraña al título en sí mismo, pero no por estar viciado el título.

Así sucede en la venta de cosa ajena, cuando el título (contrato de compraventa) reúne todas las condiciones para operar la adquisición del dominio estamos frente a un justo título, y la no adquisición del dominio no se debe a una circunstancia propia del título, sino que a hechos ajenos a los que a ,l normalmente corresponde.

Por ello, se dice que justo título es todo hecho o acto jurídico que por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido es apto para atribuir en abstracto el dominio. Este análisis de la aptitud legal del título para adquirir el dominio se hace en abstracto, esto es, considerando sólo el título en sí mismo, sin atender a otras circunstancias ajenas al título, circunstancias que en el caso concreto pueden determinar que no opere la adquisición del dominio no obstante que el título reúne todas las condiciones necesarias para que la adquisición del dominio se produzca.

Así como hay justos títulos, existen también los títulos injustos. En materia de títulos injustos el legislador chileno siguió el siguiente sistema: no da una definición de título injusto, sino que se limita a hacer una enumeración taxativa de ellos, pero esta enumeración, si bien es de carácter taxativo, no es específica en el sentido de que no contempla casos especiales de títulos injustos, sino que casos de carácter general. Así, se señala como título injusto en el n.3 del art.704 a aquel 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. En este n.3, quedan comprendidos todos los títulos nulos, aun cuando el ejemplo se refiere a algunos de ellos, sea la causa de nulidad, la falta de objeto, un error, falta de causa, etc.

Los títulos injustos presentan la característica de adolecer de vicios o defectos que impiden la transferencia del dominio, vicios o defectos que dicen relación con la regularidad del acto en sí y no con la calidad de dueño que pueda o no tener quien otorga el título. El título es injusto entonces, cuando adolece de algún vicio o defecto o no tiene validez respecto de las personas a que se refiere. Esta enumeración taxativa y genérica que el legislador hace de los títulos injustos está en el art.704. Art.704 CC

No es justo título:

- 1.- El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende;
- 2.- El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo;
- 3.- 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
- 4.- 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 que por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servir de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

Análisis de los títulos injustos

1.- Título falsificado.

Indica el art.704 que tal es el no otorgado realmente por la persona que se pretende. Esto es lo mismo que decir que el título no es auténtico en los términos del art.17 CC; ejemplo de título falsificado sería un contrato de compraventa en que una persona ha suplantado al comprador o al vendedor, o bien, si se trata de una compraventa celebrada por escritura pública, dicha escritura no ha sido autorizada por el notario que se dice autorizarla.

2.-El título conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo.

En este caso el título es injusto porque ha sido otorgado por una persona que no tiene la representación de quien dice representar y, por esta razón, este acto no empece a este último y, por consiguiente, a su respecto es como si no se hubiere realizado. También es injusto el título otorgado por un representante legal que diga relación con los bienes de su representado pero que no se relacione con el poder de representación legal que tiene el representante; la falta de representación legal o convencional se produce no sólo cuando jamás ha existido mandato o representación legal, sino también cuando éstas han existido y también cuando aún habiendo representación legal o mandato, el representante se extralimita en sus atribuciones, o sea, cuando va más allá de las atribuciones que le fueron conferidas.

3.- Los títulos que adolecen de un vicio de nulidad

El título que adolece de un vicio de nulidad es un título injusto y ello porque el título nulo no es apto para operar transferencia y, por esta razón, la posesión que se adquiere no responde a un derecho ni aun aparente, que la justifique. El título es injusto sea que la nulidad que lo afecte tenga el carácter de absoluta o relativa.

El legislador en el art.704 n.3 no hace diferencia respecto a la clase de nulidad, es cierto sí que el ejemplo que pone es un caso de nulidad relativa, pero este ejemplo no debe tomarse como limitativo de la regla, en el sentido de que el legislador la está restringiendo sólo a los casos de nulidad relativa, muy por el contrario, es lógico concluir que si el título que adolece de nulidad relativa es un título injusto, con mayor razón lo será el que adolece de nulidad absoluta. En esto, el CC chileno tiene un enfoque distinto que el que se da en la legislación francesa, porque en ella sólo es título injusto aquel que adolece de nulidad absoluta, en tanto que el que está afectado por nulidad relativa tiene el carácter de justo título. Ahora, un título que fue relativamente nulo, puede sanearse por medio de la ratificación o por otro medio legal y, en ese caso, la validación se retrotrae a la fecha en que se confirió el título nulo (art.705). Entre nosotros, los autores estiman que esta disposición del art.705 es aplicable exclusivamente a los casos de nulidad relativa, porque habla de ratificación y sólo es posible sanear por ratificación los casos de nulidad relativa, y en caso alguno, los de nulidad absoluta.

4.-Los títulos putativos.

Son aquellos en que solamente existe en la imaginación de la persona que lo invoca, se apoya en antecedentes que no son reales ni verdaderos, es decir, tiene como base un error. No es este el caso de un título que adolece de algún defecto en su origen o en su forma, sino, lisa y llanamente, de un título que no existe.

El n.4 del art.704 nos indica como ejemplo de título putativo el del heredero aparente que en realidad no es tal, o el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior. La persona a la cual en un testamento se le instituyó legatario, tiene por ese acto un título; si con posterioridad por otro acto se revoca el testamento y no se le instituye nuevamente como legatario y el presunto o aparente legatario entra en posesión de la cosa legada, en realidad, va a carecer de título, pero en apariencia va a tener uno que es el primitivo testamento; pero este título aparente que tiene este legatario es injusto. El heredero que en una sucesión intestada cree tener la calidad de tal, porque ignora que existe otro heredero de mejor derecho, también va a tener un título aparente (título injusto); y por el hecho de carecer de justo título, estas personas no van a tener la calidad de poseedor regular, sino que serán poseedores irregulares.

Pero, en este art.704 n.4 hay un aspecto de especial interés que es el contemplado en el inc. final de este artículo, el cual se refiere al caso del heredero aparente a quien por resolución judicial se le hubiere dado la posesión efectiva de la herencia, y dice que a este heredero le va a servir de justo título el decreto judicial que decreta la posesión efectiva; lo mismo que al legatario le va a servir de justo título

el testamento que le sirve de título y que haya sido judicialmente reconocido. Por consiguiente, la regla general es que el heredero y el legatario putativo no tengan justo título, pero si al heredero putativo se le concedió la posesión efectiva de la herencia va a tener un justo título que va a ser el auto o decreto de posesión efectiva, y el legatario también va a tener un justo título que va a ser el correspondiente acto testamentario que haya sido reconocido judicialmente.

Qué importancia tiene que a estos herederos o legatarios putativos se les reconozca un justo título de la manera descrita anteriormente?

Tiene importancia para los efectos de la prescripción, porque este heredero aparente o putativo ha obtenido la posesión efectiva de la herencia, en tanto que el heredero putativo que no ha obtenido la posesión efectiva requiere de una posesión de 10 años para adquirir el derecho real de herencia por prescripción (art.1269).

Al legatario putativo le sirve de justo título el acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

Produce este efecto cualquier reconocimiento judicial que se haya realizado al testamento en cualquier procedimiento o gestión judicial, incluso puede ser practicado este reconocimiento en la tramitación de la posesión efectiva de la herencia del causante.

II.- Buena fe.

El art.706 inc.1 CC nos indica qué debemos entender por buena fe en materia posesoria: _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. Entonces, la buena fe es un elemento o requisito de carácter eminentemente subjetivo y también esencialmente personal, porque es la convicción íntima y personal del individuo de haberse adquirido el dominio por los medios legales correspondientes y sin que exista vicio alguno. Justamente por este carácter subjetivo y personal de la buena fe es que ella es propia de cada individuo, no pudiendo transmitirse o transferirse a otras personas. El mismo art.706 inc.2 nos señala como es la buena fe cuando el título es traslativo de dominio: si una persona, cuando hay un título traslativo de dominio -por ejemplo, la compraventa-, tiene la íntima convicción de que la cosa ha sido vendida y entregada por la persona que estaba facultada o que tenía atribuciones para transferir el dominio, el adquirente va a estar de buena fe porque va a estar convencido de que adquirió la cosa por medios legítimos sin intervención de vicio alguno.

Esta convicción íntima que tiene la persona que adquirió la posesión puede o no coincidir con la realidad de las cosas; si no coincide, por haber circunstancias impeditivas de la adquisición del dominio, significa que el poseedor ha incurrido en un error; si se trata de un error de hecho y es un justo error (error excusable), la buena fe si existe (art.706 inc.3); ejemplo: el de la venta de cosa ajena por una persona que habitualmente vende esas cosas, como por ejemplo una casa automotriz.

Ahora, el caso de la mala fe se da en aquel que compra, por ejemplo, una cosa a sabiendas que enajena, porque en ese caso su error no existe; o bien, adquiere un inmueble embargado y, en tal caso, el error no es excusable porque existen los medios legales para que éste hubiera tomado conocimiento de la existencia del embargo (debería haber revisado los registros del Conservador de Bienes Raíces). Por último, en materia de buena fe, el error en materia de derecho hace presumir la mala fe del poseedor (art.706 inc.final).

Prueba de la buena fe

El art.707 establece una presunción respecto de la buena fe que dice que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. Esta es una presunción simplemente legal, por consiguiente, admite prueba en contrario. Como es una presunción simplemente legal, quien alega la existencia de mala fe tendrá sobre sí el peso de la prueba.

Este art.707 establece una presunción que coincide con la normalidad de las cosas que suceden; lo normal es que las personas obran de buena fe y, la excepción, es la actuación de mala fe, por eso justamente la existencia de esta presunción. Pero, hay ciertos casos en que el propio legislador establece la presunción en contrario, esto es, entra a presumir la mala fe, y ello sucede:

- Cuando se invoca un error de derecho (art.706 inc.final);
- La existencia de un título de mera tenencia hace presumir la mala fe, no dando lugar a la prescripción, salvo que concurran determinadas circunstancias: que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos 10 años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo (art.2510 n.3);
- También se presume la mala fe después que el poseedor ha contestado la demanda (art.907 inc.1 y 707 inc.1).

Uno de los problemas que se plantea es el de determinar el momento en que debe existir la buena fe para calificar la posesión de regular. Esto ha sido discutido largamente en la doctrina y no hay pleno acuerdo en la legislación comparada porque la duda es si es necesaria la buena fe sólo al momento de adquirirse la posesión o si es necesaria en ese momento debiendo mantenerse durante todo el tiempo de posesión. Una y otra solución han sido aceptadas por las diversas legislaciones y también en ,pocas distintas.

El CC chileno establece en forma muy clara que para la existencia de la posesión regular es suficiente que haya buena fe al momento de iniciarse la posesión, no siendo necesario que posteriormente subsista.

Por consiguiente, podría darse perfectamente el caso de una persona que adquirió la posesión de buena fe y posteriormente la haya perdido (art.702 CC).

La buena fe es un elemento total y absolutamente personal, por consiguiente, para calificar si esa persona se encuentra en buena o mala fe, solamente habrá que atender a las circunstancias en que el se encuentra, si el análisis de las circunstancias de sus antecesores, porque la buena fe no se traspa de un poseedor a otro.

III.- Tradición cuando el título es traslativo de dominio

En caso de que se trate de un título constitutivo no se requiere de tradición porque el título, como sucede con la ocupación y la accesión, es a la vez modo de adquirir. Luego, en estos casos de títulos constitutivos va a ser necesario sólo el justo título y la buena fe. La misma situación sucede en la sucesión por causa de muerte, esto es, en el título de transmisión, el cual va a ser a la vez título modo de adquirir; pero, en el caso del título traslativo de dominio, sucede que éste por sí mismo no produce la adquisición del derecho, porque en el título traslativo hay una clara separación entre el título y el modo de adquirir.

No es lo mismo que en la ocupación, accesión, etc., en que el título es a la vez modo. Por eso, cuando el título es traslativo de dominio, para que exista posesión regular se requiere de la tradición; si no hay tradición, y el título es traslativo de dominio, no va haber posesión regular (art.702 inc.3).

La ley establece algunos casos en que se presume la tradición:

En el art.702 inc.final: 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, porque en este caso, la única forma de efectuar la tradición es mediante la competente inscripción; si no hay inscripción,

no hay tradición, aún cuando el adquirente detente la cosa en su poder. Luego, esta presunción del art.702 inc.final es aplicable sólo respecto de los bienes muebles y de las servidumbres (con su contracepción), porque en estos 2 casos la tradición no se efectúa mediante la inscripción; no se aplica esta presunción a los inmuebles, es decir, el dominio y derechos reales constituidos sobre inmuebles (salvo el de servidumbre), porque respecto de éstos se aplica el art.686 CC, porque exige que la tradición se realice mediante la competente inscripción.

Posesión Irregular

El art.708 CC nos dice cuando la posesión es irregular: posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el art.702. En cuanto a sus efectos, podemos señalar los siguientes:

- a) Tanto la posesión regular como la irregular pueden conducir a la adquisición del derecho por prescripción, existiendo si, una diferencia entre ambos casos, porque el poseedor regular adquiere por prescripción ordinaria; mientras que si es irregular, va a operar la prescripción extraordinaria. La acción reivindicatoria -que está definida en el art.889 CC: 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.- se confiere al dueño de la cosa, confiriéndose por excepción al poseedor regular que estaba en vías de ganar la posesión por prescripción (art.894 CC).
- b) La presunción del art.700 inc.2 opera tanto respecto del poseedor regular como del irregular. El legislador no ha establecido ninguna diferencia o limitación al respecto.
- c) Los interdictos posesorios pueden ser hechos valer tanto por el poseedor regular como por el irregular. El legislador tampoco establece limitaciones a este respecto (arts.916 y 918 CC).

II.- Posesión útil y viciosa

El legislador nos dice que son posesiones viciosas la violenta y la clandestina (art.709). Por oposición, posesión útil es la que no adolece de los vicios de violencia y clandestinidad. La posesión violenta es la que se adquiere por medio de la fuerza.

En este aspecto el legislador atiende al momento de la adquisición de la posesión y si se adquiere por fuerza se cataloga de violenta. Este fuerza tiene que tener requisitos:

- Debe ser grave (art.1456),
- No necesita ser una fuerza actual,
- Tampoco tiene importancia la persona que ejerce la fuerza y contra de quien se ejerce, puede ser dueño o poseedor (art.710 y 711).

Posesión clandestina es aquella que se ejerce ocultándola de quien tiene derecho a oponerse a ese ejercicio (art.713).

Para calificar de clandestina la posesión se tiende a los actos de ejercicio de la posesión, de tal manera que si esos actos son ocultos la posesión es clandestina. Tanto la posesión violenta como la clandestina pueden referirse exclusivamente a los bienes muebles o a los inmuebles no inscritos, porque el poseedor inscrito del un inmueble está garantizado por la inscripción y todo acto de violencia y clandestinidad en cuanto estos no pueden privarle de su posesión. De tal manera que si el inmueble est inscrito y alguno se apodera con violencia o clandestinidad de este inmueble, este no va a adquirir la posesión, sino que tendrá la calidad de tenedor precario, y el dueño va a tener en su contra la llamada acción de precario para obtener la restitución de lo que le pertenece.

La posesión violenta y la clandestina no permiten ganar el derecho por prescripción ordinaria, ello por faltar la posesión regular, porque en la violenta y en la clandestina no concurren los requisitos del art.702. Tampoco procede la prescripción extraordinaria, ya que a pesar de ser esta posesión irregular, el art.2510 exige que no haya violencia ni clandestinidad para que opere la prescripción extraordinaria. Por otro lado, estas posesiones viciosas no cuentan con la protección de las acciones posesorias (art.918). Por excepción, el art.928 concede al poseedor violento o clandestino la querella de restablecimiento o despojo violento en el caso de que otra persona lo despoje a él violentamente de su posesión, la finalidad de ello es evitar los actos de violencia.

Si una persona adquiere una cosa de un poseedor violento o clandestino, dicha persona podría tener la calidad de poseedor regular, y ser regular en el caso de que concurren los requisitos del art.702, ello porque la posesión es personal y exclusiva.

III.- Posesión continua y posesión interrumpida.

La posesión continua es aquella que no ha sido perdida, impedida ni desconocida por demanda judicial. La posesión interrumpida es aquella que se ha perdido, ha sido impedida o ha sido desconocida por demanda judicial.

Cuando hay pérdida o impedimento de la posesión se produce la interrupción natural de la misma; si hay desconocimiento por demanda judicial, se produce la interrupción civil de la posesión (art.2502).

La interrupción natural o civil de la posesión es a la vez interrupción natural o civil de la prescripción adquisitiva del respectivo derecho.

La posesión tiene como característica el hecho de ser personal, es decir, cada individuo la adquiere por sí mismo, no pudiendo haber ni transferencia ni transmisión de la posesión (art.717 inc.1). Además, es exclusiva, ya que en general no puede compartirse, salvo posesión proindiviso.

Si una persona adquiere la posesión es porque otra la ha perdido. Sucede que la posesión tiene importancia para la prescripción y, ésta requiere generalmente de plazos largos. Esto conduce a que muchas veces se produzca la situación de que el poseedor por sí mismo no pueda completar el plazo de prescripción, por ello el art.717 le da al poseedor una facultad, cual es la de agregar a su posesión la de sus antecesores jurídicos; esto es lo que se denomina accesión de posesiones.

Para que se produzca la accesión de posesiones es necesaria la concurrencia de ciertos requisitos:

- 1.- La existencia de un vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor: para la procedencia de la accesión de posesiones esto es un requisito fundamental, esto es, que entre el actual poseedor y el antecesor de éste en la posesión existan relaciones jurídicas de las cuales el actual poseedor derive su derecho, sea éste aparente o verdadero sobre la cosa. Este requisito fluye del art.717, que se pone en la situación de existir esta derivación de derecho de una persona a otra, por su parte, los arts.919 y 2505 también se refieren al antecesor y al sucesor en el sentido de haber relaciones jurídicas entre ellos.

Para que pueda efectuarse la accesión de posesiones, la ley se coloca en la situación de que haya habido una sucesión real o aparente de derechos entre el actual poseedor y el antecesor.

La posesiones de hecho (usurpador que usa violencia) cuando no hay relación jurídica entre sucesor y antecesor que justifique la posesión real o aparente del poseedor, no se benefician con la accesión de posesiones.

- 2.- El poseedor debe alegar una serie continua e ininterrumpida de sucesiones de antecesores: esto es, no puede escogerse las posesiones, entre ellos debe haber continuidad (art.717 inc.2 y 2500).

- 3.- Las posesiones que se agregan deben serlo con todas sus calidades y vicios (art.717 inc.1), es decir, por la accesión de posesiones no mejoran ni desmejoran las posesiones anteriores. Si ellas eran irregulares, como irregulares se agregan, no pudiendo cambiar la calidad de ésta en manera alguna.

- 4.- Si se trata de la posesión inscrita de un inmueble la agregación de las posesiones sólo puede efectuarse hasta el título inscrito anterior a aquel contra el cual se prescribe (art.2505).

Adquisición, conservación y pérdida de la posesión

- Reglas comunes a la posesión de bienes muebles e inmuebles.
- Reglas aplicables sólo a la posesión de bienes muebles.
- Reglas aplicables sólo a la posesión de bienes inmuebles.

1.- Reglas comunes a la posesión de muebles e inmuebles.

Elas dicen relación con la adquisición de la posesión por medio de representantes y con la adquisición de la posesión por medio del derecho de herencia.

A.- Adquisición de la posesión por medio de representantes

Tanto la posesión de los muebles como los inmuebles puede ser adquirida por representación legal o voluntaria, aplicándose en todo la reglas de la representación (art.720). También se aplican las reglas de inoponibilidad para el caso de que no haya poder o, habiéndolo, hay una extralimitación del mismo. También rigen las reglas de la ratificación como medio de hacer eficaz la posesión que era inoponible al representado (art.721).

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 posee ésta sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraer su posesión al momento en que fue tomada a su nombre.

El art.721 nos dice que la posesión se inicia al momento de adquirir el representante, aún cuando el representado no tenga conocimiento de ello, con lo cual se deja muy en claro que la voluntad que opera la adquisición de la posesión es la del representante y no la del representado.

B.- Adquisición de la posesión del derecho de herencia.

La posesión legal del derecho de herencia la adquiere el heredero de pleno derecho al momento de deferirse la herencia, aun cuando el heredero lo ignore y sea incapaz (art.722). Cuándo es deferida la herencia? Se defiende cuando la ley llama al heredero a aceptar o repudiar un legado (art.956). El momento en que se hace el llamado es distinto si la asignación es pura y simple o condicional; si la asignación es pura y simple, el llamado se produce al momento de morir el causante; si la asignación está sujeta a condición suspensiva, se produce al momento de cumplirse la condición (art.956 inc.2).

A este respecto hay que llamar la atención, cual es que en la adquisición del derecho de herencia (cosa incorporal) no entra a jugar ni el corpus ni el animus, porque para que el heredero adquiera la posesión de la herencia no es necesario que haya actos de heredero o poseedor, incluso puede ignorar el fallecimiento del causante cuya herencia comienza a poseer. Esta posesión legal de la herencia tiene importancia porque:

1. - Faculta al heredero para hacer acto de tal, para tomar posesión material de los bienes hereditarios.
2. - Confiere derecho al heredero a las acciones posesorias, lo cual le permite la protección de las cosas que posee.

Pero, también somete al heredero a las acciones que terceros pudieran intentar en su contra (art.719).

3. - Esta posesión legal importa porque permite al poseedor llegar a adquirir el derecho por prescripción. Como nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad es que se defiende la herencia; ahora, si el heredero acepta, no hay problemas y adquiere la posesión; en cambio, si se repudia la asignación, el legislador considera que su posesión no ha existido jamás, es decir, por el repudio de la asignación desaparece en forma efectiva la posesión legal que el heredero tenía sobre la herencia (art.722 inc.2).

2.- Reglas aplicables sólo a la posesión de bienes muebles.

Dicen relación con la adquisición, conservación y pérdida de la posesión.

A.- Adquisición de la posesión de bienes muebles.

Se adquiere desde el momento en que concurre la voluntad de poseer y la aprehensión material o física de la cosa (corpus y animus). En cuanto a la adquisición de la posesión hay una situación especial respecto de los incapaces, ya que incluso los absolutamente incapaces -excepto dementes e infantes- pueden adquirir por sí mismos la posesión de bienes muebles, siempre que concurra apoderamiento e intención, pero no pueden ejecutar actos jurídicos en virtud de esa posesión sino por intermedio de sus representantes legales. Lo mismo se aplica para los relativamente incapaces (art.723).

Esta regla de carácter excepcional contrasta con la capacidad que se requiere para la adquisición de la posesión de bienes inmuebles, la cual, cuando se adquiere por tradición, exige plena capacidad de ejercicio, y si es adquirida por un incapaz por sí mismo habrá nulidad absoluta o relativa, dependiendo ello de la clase de incapacidad de que se trate.

B.- Reglas sobre la conservación de la posesión de los bienes muebles.

La posesión se conserva mientras subsista el animus. A este respecto hay que considerar que para la adquisición de la posesión la persona debe reunir dos elementos: animus y corpus. Pero, para su conservación, basta con tener el animus, aun cuando momentáneamente la persona careciera o no tuviera el corpus. Esto es, lo que se requiere es la conservación de la voluntad de mantener la posesión y esa voluntad subsiste o se mantiene mientras no se manifieste o aparezca una voluntad contraria a ella; es justamente esto lo que nos dice el art.727 CC. El mantener o conservar el animus (voluntad de poseer), no implica un continuidad en el tiempo, es decir, no implica que el animus se tenga o mantenga momento a momento, el legislador supone que la voluntad del poseedor se mantiene mientras no aparezca una voluntad contraria a ella.

Por eso es que mientras duerme la persona, caso en el cual no estaría manifestando su voluntad, la posesión se mantiene. El legislador supone esta voluntad de conservación mientras no aparezca voluntad en contrario y, esta voluntad en contrario, puede ser:

- a) la propia voluntad del poseedor, cuando abandona o enajena la cosa.
- b) la voluntad de un tercero, que se nos presenta cuando este tercero se apodera de la cosa con el ánimo de hacerla suya; en este caso, quien tenía la posesión la pierde y se adquiere ésta por el tercero (art.726 CC).

La posesión se puede conservar al igual que se puede adquirir por medio de terceros. En concordancia con este principio, el legislador estatuye que el poseedor conserva su posesión aún cuando le entregue la tenencia de la cosa a otra persona, por ejemplo: cuando la da en arrendamiento, comodato, depósito o, en general, a cualquier otro título no traslativo de dominio (art.725). En estos casos, si bien es cierto que el poseedor se desprende de la tenencia de la cosa (corpus), mantiene el animus y, por lo tanto, conserva la posesión.

C.- Reglas sobre pérdida de la posesión de los bienes muebles.

Se produce la pérdida cuando el poseedor pierde el corpus y el animus, como por ejemplo:

- c) Cuando el poseedor enajena la cosa haciéndose la correspondiente tradición (art.648 y 726 CC).
- d) Cuando el poseedor ha perdido el corpus, conservando el animus, siempre que el tercero que tiene el corpus tenga a su vez ánimo de señor y dueño (art.726 CC).
- e) En el caso que el poseedor conserva el corpus pero pierde el animus; es la situación que sucede en el llamado “*constituto posesorio*” (art.684 n.5), que es aquella situación en que el poseedor del mueble, en merito del título traslativo y de mera tenencia, transfiere la cosa, quedando como mero tenedor de la misma. El corpus aquí no sufre alteraciones, pues la cosa sigue en manos de quien la tenía, pero hay un cambio en el animus, esta figura se llama *intervención de la posesión*.

3.- Reglas aplicables a la posesión de los bienes inmuebles

Esta es la llamada teoría de la posesión inscrita.

Teoría de la posesión inscrita.

También estas normas dicen relación con la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles:

I.- Normas referentes a la adquisición de la posesión de los inmuebles

Para poder establecer en qué forma se adquiere la posesión de los inmuebles hay que hacer algunas distinciones:

1.- En primer término, hay que atender a la naturaleza del título, distinguiendo si:

- a.- El título es constitutivo de dominio,
- b.- El título es traslativo de dominio.

a.- El título es constitutivo de dominio (accesión, ocupación) o si se trata de la sucesión por causa de muerte, no se requiere la inscripción para adquirir la posesión. La razón de esto est en que:

1. - Cuando el título constitutivo es la accesión, la inscripción del suelo principal cubre el terreno accedido.
2. - Tratándose de la prescripción, ella opera cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley, y la inscripción que se requiere es solamente un requisito para hacer oponible la prescripción respecto de terceros (art.689 y 2503 CC).
3. - En la sucesión por causa de muerte, la inscripción se exige no para adquirir la posesión, sino para la conservación de la historia de la propiedad raíz. Ello es así porque la posesión se la herencia de adquiere al momento de deferirse, sin necesidad de cumplirse ningún requisito nexa.
4. - Tratándose de la ocupación, no se presenta problema, porque por medio de ella sólo se adquieren bienes muebles.

b.- El título es traslativo de dominio

Se plantea el problema con la inscripción en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces, y para estos efectos y ver si es o no necesaria la inscripción en el Registro Conservatorio para la adquisición de la posesión hay que distinguir:

- 1.- Si se trata de adquisición de posesión regular o irregular.
- 2.- Si se trata de un inmueble inscrito o no inscrito.

A.- Adquisición de la posesión regular de un inmueble. La doctrina está totalmente de acuerdo en que para adquirir la posesión regular de un inmueble se requiere de la inscripción, sin distinguir si el inmueble está inscrito o no.

Es decir, para adquirir la posesión regular de un inmueble inscrito es necesaria la inscripción, como lo es también para la adquisición de un inmueble no inscrito. Razón: se encuentra en que la posesión regular exige la tradición cuando el título es traslativo de dominio (art.702 CC) y si se requiere tradición, la única forma de hacerla, tratándose de un inmueble, es mediante la inscripción; si no hay inscripción no hay tradición y, en consecuencia, no hay posesión regular (arts.686, 724, 702 y 708 CC):

- El art.702 señala que la posesión regular es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, siendo también necesaria la tradición si el título es traslativo de dominio.
- El art.708 señala que la posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el art.702.
- El art.686 señala que se efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro Conservatorio.
- El art.724 expresa que si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio, es decir, por la inscripción.

O sea, la inscripción es requisito de la posesión regular de los inmuebles. En el caso de un inmueble no inscrito también es necesaria su inscripción para la adquisición de su posesión regular cuando el título es traslativo de dominio y, esta inscripción, debe practicarse conforme a las reglas de la primera inscripción (art.693).

B.- Adquisición de la posesión irregular de un inmueble

Aquí, hay que hacer una distinción entre:

- a) Inmuebles inscritos.
- b) Inmuebles no inscritos.

Esta distinción se hace para efectos de analizar si se requiere o no de inscripción para la adquisición de la posesión.

a) Adquisición de la posesión irregular de un inmueble inscrito sólo puede adquirirse por la respectiva inscripción, por las siguientes razones:

- el art.724 exige inscripción para adquirir la posesión de un inmueble inscrito, no distinguiendo si la posesión es regular o irregular.
- el art.728 dispone que mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere la posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente.

Esta disposición nos dice que el poseedor inscrito no pierde la calidad de tal, aun cuando un tercero se apodera materialmente del inmueble inscrito. Incluso mas, si el tercero que se apoderó del inmueble inscrito, tiene un título traslativo, no va a adquirir la posesión, si no media una nueva inscripción.

- el art.730 engloba dos situaciones distintas, una contemplada en el inc.1 en la cual no exige la inscripción para adquirir la posesión de inmuebles inscritos; y otra, en el inc.2 en la cual se refiere a los inmuebles no inscritos, exigiendo siempre competente inscripción para extinguir la posesión del antiguo poseedor y la adquisición de ella por el nuevo poseedor.

b) Adquisición de la posesión irregular de un inmueble no inscrito. En este caso, hay una larga discusión sobre si es o no necesaria la inscripción para la adquisición de la posesión. Algunos sostienen que para la adquisición de la posesión irregular de un predio no inscrito es necesaria la inscripción también; en cambio, otros dicen que para la adquisición de la posesión irregular de un inmueble no inscrito basta el apoderamiento material, no siendo necesaria una nueva inscripción.

Don Humberto Trucco y Tomás Ramírez Frías afirman que la posesión irregular de un inmueble no inscrito sólo puede adquirirse por medio de la inscripción, dan los siguientes argumentos:

- 1.- El art.724, que exige la inscripción para la adquisición de toda posesión de inmuebles, sin distinguir entre inmuebles inscritos y no inscritos.
- 2.- Los arts.726 y 729 que, aparentemente habilitan o autorizan para la adquisición de toda posesión de inmuebles por simple apoderamiento, se están refiriendo al caso en que no hay título traslativo de dominio y lo que se está viendo es la adquisición de la posesión irregular cuando hay título traslativo de dominio.

3.- En caso de estimarse que no es necesaria la inscripción para adquirir la posesión irregular de un predio no inscrito, se estaría frustrando lo deseado por Bello en orden a que todos los inmuebles se incorporen al régimen de inscripción, ya la idea de Bello al establecer el Registro Conservatorio era precisamente ésta.

Otro sector de la doctrina, principalmente don José Clemente Fabres, Leopoldo Urrutia y Manuel Somarriva, sostienen la posición contraria, esto es, que puede adquirirse la posesión irregular de un predio no inscrito por simple apoderamiento, no siendo indispensable la inscripción. Dan la siguientes razones:

- La posesión irregular, por definición del art.708, es aquella a la cual le falta alguno de los requisitos que el art.702 señala para la posesión regular y entre esos requisitos está la tradición si el título es traslativo de dominio; luego, si falta uno de los requisitos del art.702, la posesión será irregular y tal es la situación en que nos encontramos.
- Indican que en el art.729 los inmuebles no inscritos están asimilados en cuanto a la adquisición y pérdida de la posesión a los bienes muebles, esto es, el régimen establecido en el art.726. Es decir, el art.729 reconoce que alguna especie de posesión puede adquirirse por simple apoderamiento respecto de inmuebles no inscritos y, esa posesión, necesariamente tiene que ser la posesión irregular, ya que el art.724 exige en forma perentoria de la inscripción para la adquisición de la posesión regular de un inmueble inscrito o no inscrito. Indican que si el art.729 dice que hay posesión en los casos de apoderamiento violento o clandestino, es lógico concluir que también la hay si existe título traslativo de dominio y un apoderamiento sin violencia o clandestinidad.
- El art.730 inc.1 no exige inscripción para adquirir la posesión en un predio no inscrito cuando hay usurpación, en cambio, el inc.2 se refiere a predios inscritos y exige esa inscripción.
- Por último, dicen que la objeción que hacen los señores Trucco y Ramírez en orden a que no se cumpliría lo deseado por Bello, no tiene un fundamento ni consistencia, porque el inmueble siempre va a acceder en alguna forma al régimen de inscripción y si no lo es en los casos en que hay título traslativo de dominio, lo va a ser en los casos del art.688 cuando opera la sucesión por causa de muerte.

II.- Normas referentes a la conservación de la posesión de los inmuebles

La inscripción es en realidad también una garantía de la conservación de la posesión para el poseedor; ello es así porque el poseedor va a conservar su posesión mientras la inscripción no se cancele (art.728 inc.1). En segundo lugar, es así porque mientras subsista la inscripción con plena vigencia, se conserva la posesión aún cuando un tercero ocupe materialmente el inmueble (art.728 inc.2). Si alguien se apodera materialmente del inmueble, subsistiendo la posesión a nombre del poseedor, quien ocupa sería un poseedor precario frente al cual puede intentarse la acción de precario (art.2195), teniendo asimismo las acciones posesorias. Lo que si no hay que olvidar es que la inscripción juega un rol dentro de la posesión, pero no es el único requisito que debe cumplir esta posesión, ya que a la inscripción deben unirse necesariamente el corpus y el animus, requisitos que por definición misma constituyen la posesión. En el hecho, la inscripción deber tener eficacia sólo en cuanto constituye la solemnidad de un hecho real, cual es la posesión material del predio, no debiendo tener ninguna si no corresponde a una determinada realidad, ya que esto constituiría lo que se llama una inscripción meramente de papel. En el hecho, la posesión debe estar configurada por el corpus, m s el animus y la inscripción, cuando se trata del inmueble (art.724 y 728); pero estos artículos, tiene que ser necesariamente complementados con lo dispuesto en el art.700 que da una muy clara definición de la posesión y de sus elementos; por eso se rechaza por muchos autores aquella posición en que sólo existe la mera inscripción, la cual estaría configurando la totalidad de la posesión en sí misma. No basta según estos autores con la sola existencia de la inscripción para que haya posesión; si se exigiera la sola inscripción se estaría prescindiendo total y absolutamente del concepto mismo de posesión que nos da el art.700. El rechazo de esta inscripción meramente de papel, ha motivado que los tribunales, ante un conflicto entre dos poseedores que tienen la inscripción a su nombre, se incline por aquel que tiene la inscripción y la tenencia material, por sobre aquel que sólo tiene la inscripción a su nombre. Ello es así porque en el primero la inscripción corresponde a la realidad y aquí concurren, fuera de esta inscripción, los elementos que según el art.700 configuran la posesión.

III.- Normas referentes a la pérdida de la posesión de los inmuebles

De acuerdo con el art.728 inc.1 la posesión inscrita cesa, termina o se pierde cuando la inscripción se cancela. La inscripción se cancela por:

- a) voluntad de las partes.
- b) decreto judicial.
- c) por una nueva inscripción.

a) Cancelación por la voluntad de las partes.

Se produce cuando aquellas que han otorgado el título que se inscribió en el respectivo Registro Conservatorio, de común acuerdo, dejan sin efecto el contrato o título que originó la inscripción. Este acuerdo de voluntades por el cual se deja sin efecto el contrato, se denomina resciliación y es uno de los modos de extinguir la obligaciones consagrado en el art.1517 inc.1. Pero, no basta con la resciliación para que se produzca la cancelación de la inscripción, sino que también se requiere que la resciliación se subinscriba al margen de la inscripción que se cancela (esto, con el fin de dejar constancia de la resciliación art.91 del Reglamento del Registro Conservatorio).

Algunos han estimado que en este caso de la resciliación habría que proceder a practicar una nueva inscripción a nombre del primitivo poseedor inscrito, para que el inmueble quede inscrito a su nombre. Pero, la mayor parte estima que basta la subinscripción que cancela la inscripción reviviendo la inscripción anterior; este es un caso de cancelación material, porque hay una subinscripción que cancela la inscripción respectiva.

b) Cancelación por decreto judicial.

En este caso, la cancelación se produce en virtud de una sentencia judicial firme o ejecutoriada que dispone la cancelación de la inscripción. La sentencia puede haber recaído en un juicio en que se haya discutido la validez o nulidad de la inscripción y que ha acogido la nulidad de la misma, o bien, puede ser una sentencia pronunciada en un juicio en que se haya intentado la acción reivindicatoria en el cual se haya acogido dicha acción. Esta sentencia que ordena la cancelación de la inscripción tiene también que subinscribirse al margen la inscripción que se cancela (art.91 del reglamento). Es también un caso de cancelación material.

c) Cancelación por una nueva inscripción.

Debe tratarse de una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro. Lo que sucede es que una inscripción puede cancelarse y la posesión por ella representada puede extinguirse en virtud de una nueva inscripción y, en tal caso, estamos ante la cancelación virtual, la que se produce en virtud de una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere un derecho a otra (art. 728 inc.1). En este caso, el de la cancelación virtual, no tiene mayor trascendencia si el título es justo o injusto, porque en caso que fuere injusto lo único que va a suceder es que el nuevo poseedor va a ser irregular por faltarle uno de los requisitos del art.702.

Tampoco importa el que la cosa no sea de la propiedad del vendedor, porque en tal caso estaremos ante la venta de cosa ajena, la que es válida. Luego, en este caso, el adquirente podrá ser incluso poseedor regular. Lo que sí tiene trascendencia es que hay una cancelación de la inscripción anterior y un cambio de posesión en virtud de ella.

El art.728 n.1 señala que para que se cancele la inscripción por medio de otra inscripción ella tiene que emanar del poseedor inscrito que transfiere su derecho a otro; sin embargo, en relación a esto hay una situación especial en el art.730 inc.2, aquí estamos ante un caso en que se produce la cancelación por una nueva inscripción emanada, no del poseedor inscrito, sino de un mero tenedor, el cual usurpa un inmueble y dándose por dueño de él lo enajena a un tercero. Pero, para hacer esto, es indispensable que el tercero lo inscriba a su nombre y tenga la tenencia material a su nombre.

El art.730, al establecer esta situación, nos presenta una interesante modificación a la regla general del art.728, porque hay una cancelación de la inscripción, pero en este caso la nueva inscripción no emana del poseedor inscrito, sino del usurpador; y en segundo lugar, porque el apoderamiento que tiene el tercero, unido a la nueva inscripción que ha practicado a su nombre produce un cambio en la posesión de acuerdo al art.730 inc.2; ello, no obstante que el art.728 inc.2 nos señalaba que los actos de apoderamiento material no son suficientes para hacer cesar la posesión inscrita. Para que se produzca la situación contemplada en el art.730 inc.2 es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. - Que se trate de un inmueble inscrito.
2. - Que tenga el inmueble un mero tenedor, esto es, un arrendatario, comodatario, etc. En este caso, para que se produzca la situación contemplada en el art.730 inc.2, la usurpación no puede provenir de un tercero cualquiera, sino que el usurpador necesariamente tiene que ser el mero tenedor, y la ley lo exige así para que exista un nexo entre éste y el poseedor inscrito.
3. - Que este mero tenedor enajene el inmueble dándose por dueño. En consecuencia no se produce la situación contemplada en el art.730 inc.2 si el mero tenedor se da por dueño se inscribe a su nombre, porque lo que la ley requiere es que éste enajene el inmueble dándose por dueño; si el mero tenedor se da por dueño e inscribe a su nombre, no se cancela la inscripción anterior.
4. - Competente inscripción a nombre del tercero adquirente
5. - Que el tercero adquirente tenga posesión material

En relación con el n.4, se plantea un grave problema con respecto al art.730 inc.2, en la frase competente inscripción, es decir, qué se entiende por competente inscripción? Esta es una materia bastante discutida hasta el punto que en doctrina hay 3 corrientes sobre qué debe entenderse por competente inscripción:

- Primera posición. Para Humberto Trucco y Pedro Lira es competente inscripción única y exclusivamente la que emana del poseedor inscrito, ello porque el art.728 no tiene excepción, de tal manera que cuando el art.730 inc.2 nos habla de competente inscripción, se está refiriendo a la inscripción que se practica en favor del tercero adquirente en virtud de la usurpación del mero tenedor y su posterior enajenación del inmueble a dicho tercero, pero que posteriormente fue ratificada por el poseedor inscrito.

En realidad, estos autores están rechazando la situación de excepción señalada en el inc.2 del art.730, porque no habría dicha excepción según ellos.

- Segunda posición. Para Arturo Alessandri y Alejandro Lira, competente inscripción es aquella que nos presenta un vínculo a lo menos aparente entre el mero tenedor y la anterior inscripción, de manera que se presenta una continuidad en el Registro; y sostiene que este vínculo aparente va a existir cuando el mero tenedor que usurpa el inmueble otorga en favor del tercero adquirente, y se subinscribe alguno de los títulos injustos de los ns.1 y 2 del art.704, esto es, el título falsificado y el inoponible.

En estos casos, había por lo menos una aparente relación entre el poseedor inscrito y el nuevo adquirente. Estamos en este caso ante una competente inscripción que produciría como efecto cancelar la inscripción anterior.

Esta posición ha sido seguida en ocasiones por los tribunales, que han señalado que aunque se reconozca que la persona que invoca la prescripción tiene título inscrito, éste no le da la posesión legal que se requiere para inscribir si no deriva del poseedor inscrito. De consiguiente, no queda cancelada la primitiva inscripción (Corte Suprema, 9 de enero de 1933: R., t.XXX, sec. primera, p.206).

- Tercera Posición. Para Leopoldo Urrutia, Manuel Somarriva y Luis Claro Solar, competente inscripción es la que se practica en la forma que corresponde, esto es, en el departamento respectivo y con arreglo a las normas del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. No puede ser competente inscripción aquella que emane del poseedor inscrito en sí mismo, porque esta situación ya está contemplada expresamente en el art.728 CC, caso en el cual la inscripción emanada del poseedor inscrito produce como consecuencia la cancelación de la respectiva inscripción.

Señalan que en el caso del art.730 inc.2 la inscripción no puede ser tradición de derecho, ya que el mero tenedor usurpador carece de este derecho, de tal manera que el único efecto que va a producir la inscripción es el de atribuir posesión, pudiendo el poseedor llegar a adquirir el respectivo derecho a través de la prescripción.

Por otro lado, sostienen que interpretar de otra forma el art.730 es dejarlo sin aplicación, porque las otras 2 interpretaciones carecen de asidero suficiente y, por lo tanto, de no aceptarse esto, no podría aplicarse el art.730 inc.2 como tampoco el art.2505 inc.2.

Esta última posición ha sido la que los tribunales han seguido mayoritariamente, señalando que el inc.2 del art.730 se pone en el caso en que el mero tenedor del inmueble inscrito lo enajena a su nombre, y en este evento el adquirente mediante la competente inscripción adquiere para sí la posesión poniendo fin a la posesión anterior.

Esta competente inscripción no puede ser únicamente la que emane del poseedor inscrito, por cuanto ese caso lo contempla el art.728 y no es dable suponer semejante redundancia. Por esto es forzoso concluir que la ley al hablar de competente inscripción se está refiriendo a aquella que se efectúa con las solemnidades legales por el funcionario competente, en el Conservador del departamento de la ubicación del inmueble que se transfiere. La nueva inscripción así practicada tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior que existe sobre la misma propiedad (Corte de Talca, 19 de junio de 1933: Gaceta 1933, primer semestre, n.84, p.348. Corte Suprema, 5 de enero de 1949: R., t.46, secc. primera, p.311).

Esto de la competente inscripción nos plantea algunos problemas:

1. - Teniendo en claro que la inscripción puede no emanar del poseedor inscrito sino del mero tenedor usurpador, se plantean algunas interrogantes, Cómo va a adquirir el tercero adquirente. Surge esta duda porque en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces el inmueble se encuentra inscrito a nombre del poseedor inscrito y no a nombre del mero tenedor usurpador, Habrá que recurrir a la inscripción por aviso de los arts.683 CC y 78 del Reglamento del Conservador?. Esta es una materia que ha sido discutida en los tribunales, pero sus sentencias no han sido uniformes:

- En algunos casos que la inscripción por aviso es competente inscripción.
- En otros casos, han considerado que no lo es.

2.- El problema tiene sus complicaciones, porque por un lado, aparentemente el adquirente no tendría otro medio de inscribir que por medio de avisos la inscripción de un predio ya inscrito es realizar una inscripción nula, y es nula por faltarle un requisito de fondo, cual es que el predio que se va a adquirir por aviso no se encuentra inscrito. Nos encontramos con que una inscripción nula no podemos calificarla de competente inscripción, porque lo nulo ningún efecto puede producir.

Luego, esta inscripción nula, ni siquiera atribuye posesión; a la luz de esto, pareciera tener razón Arturo Alessandri en orden a que tiene que existir una relación, aunque sea meramente aparente, entre la inscripción del adquirente y la del anterior poseedor inscrito, ya que sólo en esta forma estaríamos ante una competente inscripción y habría la debida continuidad en el Registro Conservatorio. Esta interpretación considera que la expresión *dándose por dueño* del art.730 inc.1 est dando a entender que el usurpador suplanta al dueño, al poseedor inscrito o que bien hace valer en la operación que realiza un poder aparente que en realidad no tiene, ya que de no ser así no habría competente inscripción.

3.- Esta solución tiene un grave problema, cual es el de favorecer la actitud ilícita y de partir de la base de que en el art.730 el título es siempre injusto. Luego, el poseedor siempre tendría la calidad de irregular y operaría, por consiguiente sólo la prescripción extraordinaria. Pero, justamente por esta razón, debemos reconocer que esta interpretación es mucho más favorable al poseedor inscrito, ya que al hacer procedente la prescripción extraordinaria, da al poseedor un plazo mucho más largo para tomar conocimiento de la situación existente y hacer valer los derechos correspondientes.

Prueba de la Posesión

Hay que distinguir entre:

- 1.- La prueba de la posesión de los bienes muebles.
- 2.- La prueba de la posesión de los bienes inmuebles.

1.- Prueba de la posesión de los bienes muebles

Se acredita probando corpus y animus, lo cual se hará probando los hechos que configuran o componen el corpus y el animus. El legislador establece en el art.719 CC tres presunciones legales, las cuales, por este mismo carácter, admiten prueba en contrario:

- c) si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.
- d) si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.
- e) si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.

2.- Prueba de la posesión en los bienes inmuebles

En lo que dice relación con la prueba de la posesión de los bienes inmuebles hay que distinguir:

- a) Si se trata de inmuebles inscritos.
- b) Si se trata de inmuebles no inscritos.

a) Prueba de la posesión de inmuebles inscritos se prueba por la respectiva inscripción y no por hechos materiales de apoderamiento (art.924 CC). Conforme a esta misma disposición, para que proceda esta prueba a través de la inscripción de la posesión, la inscripción debe reunir dos requisitos:

- debe subsistir, es decir, no debe haber sido cancelada ni real, ni material, ni virtualmente.
- la inscripción debe haber durado un año completo.

Concurriendo estos dos requisitos la inscripción prueba la posesión en forma tal que es inadmisibles toda prueba de posesión material con que se pretenda desvirtuar la posesión inscrita; así, si alguien pretende desvirtuarla acreditando que él tiene la tenencia material de la cosa, ello no será procedente ni producirá mayores efectos.

El art.924 sólo se refiere a la posesión de derecho cuya tradición se hace mediante la correspondiente inscripción, es decir, se refiere a los derechos inscritos de que habla el art.686 y no a otros derechos que si bien pueden encontrarse inscritos, respecto de ellos, la inscripción no es necesaria como medio de hacer la tradición.

En el caso que se oponga a una inscripción otra inscripción, el juez tendrá que resolver a cuál de las dos inscripciones atribuye la posesión, es decir, va a tener que resolver en conformidad a los arts.728 y 730 cuál inscripción se canceló material o virtualmente y cuál inscripción subsiste de éstas.

b) Prueba de la posesión de inmuebles no inscritos.

La posesión de inmuebles no inscritos o de aquellos cuya inscripción es ineficaz o en que la inscripción ha durado menos de un año completo, se prueba conforme a lo establecido en el art.925, es decir, en este caso se prueba la posesión acreditando el corpus y el animus respecto del inmueble de que se trata.

En materia de prescripción existen presunciones y ficciones relativas a la prueba de la posesión. El legislador concede las acciones posesorias para conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos sobre ellos, y al que recupera legalmente la posesión que hubiere perdido respecto de un mueble o de un inmueble, se entiende haber tenido la posesión en el tiempo intermedio: hay aquí una ficción de la posesión, considerándose que el poseedor tuvo la posesión durante el lapso que estuvo privado de ella, siempre que la recupere legalmente (art.731 CC). Entonces, aquí hay una ficción, la cual cobra importancia para la prescripción adquisitiva, ya que ésta se funda en un estado posesorio continuado sin interrupción y durante todo el tiempo fijado por la ley.

La interrupción de la prescripción puede ser natural o civil, y una de las formas de interrupción natural es por haber entrado otra persona en posesión de la cosa. El efecto de esta interrupción es hacer perder todo el tiempo de posesión anterior, a menos que se haya recuperado legalmente la posesión conforme a las normas referentes a las acciones posesorias, porque en tal caso, no se entender que ha habido interrupción para el que fue despojado de la posesión (art.2502 en relación con el art.731).

El legislador también recurre al establecimiento de presunciones para facilitar en alguna forma la prueba de la posesión y establece estas presunciones en el art.719:

1. - La primera es aquella que nos dice que si se ha empezado a poseer a nombre propio se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega (art.719 inc.1). Es decir, basta que la persona que invoca la posesión a nombre propio pruebe que él comenzó a poseer a nombre propio, ya que en tal caso el legislador va a presumir que dicha posesión continuó con ese mismo carácter hasta el momento en que el interesado invoca esta posesión. Esta es una presunción legal.

2. - Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume la continuidad de esta misma situación (art.719 inc.2). De tal manera que si una persona alega que en la actualidad posee a nombre propio, cuando comenzó a detentar la cosa a nombre de otro, deber probar la existencia de un título diferente al anterior, que le atribuye la calidad de poseedor a nombre propio. Esta disposición del art.719 inc.2 guarda relación con lo que dice el art.716. Esta es también una presunción legal.
3. - Si alguien prueba haber poseído anteriormente y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio (art.719 inc.final). En esta situación, para que entre a jugar la presunción es necesario acreditar lo que ha sucedido en los dos extremos, o sea, habrá que probar el hecho de la posesión actual y la circunstancia de que el actual poseedor también lo fue con anterioridad y, probando estas dos circunstancias, el legislador entra a presumir la posesión durante el tiempo intermedio. Con esta presunción, la ley está favoreciendo al poseedor, porque a éste en realidad le sería mínimamente difícil probar la posesión durante todo el tiempo y cada uno de los momentos en que él tuvo la posesión. Esta también es una presunción legal.

Todo el sistema de la inscripción de la posesión del CC fue elaborado por Bello bajo una tónica muy clara, que es la de que tarde o temprano todos los bienes raíces se incorporan al sistema de inscripción, de tal manera que en un momento dado la inscripción, la posesión y el dominio corresponderían a una misma cosa, porque los inmuebles que a la época de la dictación del CC no estaban sujetos al régimen de inscripción se irían incorporando al régimen conservatorio, por un lado, por las transferencias de dominio (art.686) y, si no hubiere transferencia de dominio, sino que el inmueble se mantuviera durante un tiempo largo y determinado en poder de la misma familia y persona, también accedería al sistema de inscripción tarde o temprano, al querer los herederos disponer del inmueble, porque en tal caso, los herederos van a tener que practicar la inscripción del art.688.

Pero, esta idea no se convirtió en realidad, por diversas razones:

- 1.- Por un lado, muchas personas por desconocimiento u otro motivo no incorporaron los bienes raíces al sistema de inscripción, haciéndose los cambios de dominio sin ella y no cumpliéndose con el art.688 en caso de fallecimiento del causante.

2.- La gran cantidad de inmuebles del país se encuentran en la situación contemplada en el art.590, esto es, que se trata de inmuebles que por carecer de dueño pertenecen al Estado, y fue y sigue siendo bastante frecuente que los funcionarios encargados de estas materias no se preocuparan de que estos inmuebles accedieran al sistema de inscripción. Esto creó una situación irregular que alteraba totalmente las normas ideadas por Bello sobre el particular y es así que actualmente nos enfrentamos a dos clases de inmuebles: inscritos y no inscritos.

Para poner término a esta dualidad y normalizar la situación de la propiedad raíz es que el legislador se ha visto en la necesidad de dictar normas especiales para regularizar la posesión de la propiedad inmueble y para constituir derechos reales sobre ellos.

Tan solo en 1977 se dictó el DL 1939 que establece la obligación de los funcionarios de gobierno de inscribir todos los inmuebles que deben ingresar al patrimonio del Estado por el art.590. Durante todo este lapso no hubo iniciativa para arreglar la situación, lo que determinó que muchos inmuebles pasaron a particulares los que aprovechando franquicias los inscribieron a su nombre.

Otro factor de la deficiente constitución del dominio de predios urbanos era aquel constituido por los *predios brujos*.

La migración de gente del campo a áreas urbanas determinó un gran crecimiento de la población urbana con el agravamiento que en muchas ciudades las tierras de expansión son escasas y de gran valor, por lo que generalmente las obras de urbanización exigidas por la ley son costosas, como el costo de la tierra es alto, no puede procederse a la subdivisión por partes o lotes de un terreno sin que previamente se haya hecho la obra de urbanización o, a lo menos, garantizando dichas obras. Se hizo atractivo vender sitios sin cumplir normas sobre urbanización y, por ello se infringieron normas expresas sobre la materia, por lo que la Ley General de Construcción y Urbanización prohibía los contratos de venta y de promesa de venta de sitios no urbanizados y se establecieron prohibiciones a los notarios y conservadores, por ello, en las ventas de estos lotes irregulares se otorgaron por instrumentos carentes de toda eficacia legal, ya sea adoptando la forma de compraventa, cesión de derechos, pero sin cumplir con las obligaciones legales, y se hizo por instrumentos privados y sin cumplir con las inscripciones.

Estos arbitrios se aplicaron a pesar de existir leyes que sancionaron como delitos los actos que tendían a estos loteos irregulares.

Estos loteos crearon problemas en los servicios del Estado, porque se encontraron con amplios sectores de personas que habían pagado, pero que legalmente no eran dueños de los sitios y que además carecían de las exigencias mínimas establecidas por la ley, lo que generó varios problemas:

- Dotar a los terrenos de la urbanización necesaria, lo que se hizo a costas del erario nacional.
- Además, como los ocupantes carecían de títulos legales o, teniéndolos, estos eran imperfectos, debió enfrentarse a la necesidad de regularizar la situación jurídica de estas personas.

Pero, también hay otros arbitrios que contribuyen a esta situación, uno de ellos es la situación que crea el arrendamiento de 99 o más años, con rentas pagadas al contado, situación que era claramente de simulación en que el contrato de arrendamiento era aparente y se ocultaba un contrato de venta. Esta situación se usó para burlar normas que impedían la subdivisión de tierras.

Se empleó generalmente en las playas, balnearios y lugares de veraneo, y sucedió que como los seudoarrendatarios hicieron inversiones de valor, lo que despertó la ambición y la codicia de los seudoarrendadores, los que pensaron que era conveniente ir a la destrucción de los seudocontratos de arrendamiento, los cuales habían dejado a los arrendatarios aparentes en una situación inferior frente a los arrendadores. Todo esto nos crea dos situaciones:

- los inmuebles sujetos al régimen de posesión inscrita, que es todo lo ya visto en que la inscripción es requisito, garantía y prueba de la posesión inmueble.
- los inmuebles no sujetos a régimen de posesión inscrita.

La gran cantidad de personas que teniendo la posesión material del inmueble y careciendo de título, o teniéndolo, pero que adolece de un vicio, lo que haría que todas estas personas estuvieran marginadas del régimen establecido en el CC, motivó que el legislador se viera en la necesidad de establecer normas legales tendientes a regularizar esta situación, lo que se ha denominado *saneamiento de dominio*.

Saneamiento de dominio.

En 1939 se dictó la ley 6382 sobre Cooperativas de Pequeños Agricultores, la cual establecía un procedimiento para sanear el dominio de pequeños predios agrícolas, exigiendo posesión material, útil e ininterrumpida de 10 años, la cual debió ejercerse personalmente por el peticionario o sus antecesores. También requería que el predio tuviera deslindes determinados y que no formara parte de otro predio inscrito a nombre de un tercero. Quienes reunían los requisitos debían concurrir a la justicia ordinaria para que ésta ordenara inscribir el predio a su nombre. Es decir, el legislador estableció un procedimiento judicial para efectuar la inscripción a nombre de un poseedor.

Una característica muy importante de esta norma es que ella no permitía que se pudieran afectar con este procedimiento inmuebles ya inscritos.

El paso siguiente, fue la dictación del DFL 7 del 1963, que se hizo en virtud de las facultades que la ley 15020 concedió al Presidente de la República, DFL que admitió el saneamiento de las pequeñas propiedades agrícolas. Conforme a este DFL, la persona que estuviera en posesión material y exclusiva por más de 5 años de un inmueble, que acreditare no existir juicio pendiente y estar al día en el pago de contribuciones de bienes raíces, podía requerir el saneamiento de su título de dominio a la Dirección de Tierras y Bienes Raíces, la cual podía solicitar al juez competente la inscripción del inmueble a nombre del poseedor solicitante. Hay aquí mezcla de procedimientos administrativos y judicial.

Con posterioridad, se dictó el DFL 6 de 1968, que establece normas para el saneamiento de pequeñas propiedades rústicas y urbanas. Subsiste aquí el procedimiento administrativo y judicial.

Actualmente las normas vigentes sobre saneamiento de títulos de dominio están en el DL 2695, publicado en el Diario Oficial el 21 de julio de 1979, modificado por la ley 18148 de 1982 y por la ley 19.455 de 1996. Este DL establece para el saneamiento de títulos un procedimiento exclusivamente administrativo, con los riesgos inherentes de excluir a la administración de justicia de un aspecto netamente jurídico, como lo es la regularización del dominio sobre inmuebles. Las principales características del DL 2695 son:

1.- Es un procedimiento administrativo que se sigue ante la Dirección de Tierras y Bienes Raíces. Consiste en solicitar a dicha Dirección que se le reconozca a los interesados la calidad de poseedores regulares del inmueble, a fin de poder ganar el dominio por prescripción. Para ejercer este derecho deben cumplirse ciertos requisitos:

- Establece el legislador que si en esta fase de carácter administrativo se deduce oposición al saneamiento pedido, el conocimiento del asunto se radica en los tribunales de justicia. Si no hay oposición, por un simple procedimiento administrativo el poseedor material va a quedar en la situación de requerir la inscripción en el Registro Conservatorio.
- Bienes raíces a los que se aplica: estas normas no se aplican a todos los bienes raíces, si no que lo que determina la aplicación de esta norma es el avalúo para los contribuyentes. Se aplica tanto a los bienes raíces rurales como urbanos, cuyo avalúo fiscal, para efectos de impuesto territorial sea inferior a 1200 o 480 UT respectivamente (art.1 DL).

Requisitos para solicitar la inscripción

1. - Estar en posesión del inmueble en forma continua e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad y exclusivo durante 5 años a lo menos.
2. - Acreditar que no existe juicio pendiente en su contra en el que se discuta el dominio o la posesión del inmueble, iniciado con anterioridad a la presentación de la solicitud de saneamiento, mediante una declaración jurada del interesado.
3. - La posesión material debe probarse en la forma del art.925.

El pago del impuesto territorial puede ser considerado como plena prueba de la posesión cuando por su regularidad, continuidad y duración reúne las características establecidas en el inc.2 del art.426 CPC. Esto tiene importancia para los predios forestales, ya que respecto de ellos es difícil probar posesión material, porque normalmente están deshabitados y a su respecto no se ejercen actos reveladores de dominio, de tal manera que queda entregado al criterio de autoridad si el pago de contribuciones hecho en la forma señalada por el solicitante constituye plena prueba de la posesión material.

El pago del mismo tributo durante los cinco años anteriores a la presentación de la solicitud hará plena prueba de dicha posesión respecto del peticionario. Art. 4º, modificado por la ley 19.455.

Oposición a la inscripción

Puede suceder que haya personas que estimen o que tengan interés en oponerse a la solicitud de saneamiento y pueden hacerlo en los siguientes casos:

1. - Durante el procedimiento administrativo: este procedimiento exige al interesado que desee inscribir a su nombre, publicar su solicitud por dos veces en el periódico que señale la Dirección de Bienes Nacionales, elegido de entre los de mayor circulación, y además, en carteles que se fijan durante 15 días en lugares públicos que el Servicio determina. Las publicaciones se hacen en los días 1 o 15 indistintamente de cada mes, o el día siguiente si el periódico no se publica ese día. Si el bien raíz se ubica en una zona geográfica de difícil acceso, la resolución además de publicarse se comunicará mediante mensaje radial en el medio que el servicio señale.
2. - La otra oportunidad, es que con posterioridad y una vez ordenada por el Servicio la inscripción y practicada ésta los interesados también podrían oponerse a las inscripciones.

En el primer caso, cuando se publica la solicitud en los días 1 o 15, la persona tiene un plazo de 30 días para oponerse a la solicitud de inscripción, los que se cuentan desde la última publicación y pueden fundarse en algunas de las causales del art.19 del DL 2695. (4 causales)

En el segundo caso, los interesados disponen del plazo de un año contado desde la inscripción, para deducir ante tribunales competentes las acciones que crean convenientes (art.26 DL 2695).

Transcurrido el plazo de 30 días o de 1 año no existe posibilidad de oponerse a la inscripción y en un primer tiempo podría alegarse su modificación o que se deje sin efecto. Los derechos posteriores que la ley contempla tiene un carácter meramente patrimonial y no afectan el dominio.

Efectos de la inscripción ordenada por la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales una vez practicada la inscripción, ella será considerada como justo título y el tercero ser poseedor regular. Transcurrido un año completo de posesión inscrita del inmueble no interrumpida, contado desde la fecha de la inscripción de la resolución, el interesado ser dueño del inmueble por prescripción, la que no se suspender en caso alguno. Lo que tiene importancia, es que transcurrido un año prescriben las acciones que hubieran emanado del derecho real de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbre e hipoteca. Durante el mismo plazo de un año contado desde la inscripción de la resolución, las personas a cuyo nombre se inscribió el inmueble, no lo pueden enajenar ni gravar; en el caso contrario, tal acto ser nulo absolutamente por adolecer de objeto ilícito.

Es evidente que este sistema y plazo tan corto pueden causar problemas a personas que hayan tenido derechos legalmente constituidos sobre el inmueble, porque el DL 2695 no sólo se aplica a los inmuebles no inscritos, sino que también a los inscritos (arts.4 y 2°).

La persona que se sienta afectada puede oponerse tanto en ámbito administrativo como judicial (art.19), para lo cual tendrá los plazos de 30 días y un año respectivamente. Pero, puede darse el caso de que algunas personas tengan el dominio y que no hayan ejercido las acciones en forma oportuna; en tal situación, la ley no los priva de todo derecho, pero no admite que obtengan la restitución del inmueble, sino que les permite obtener una indemnización pecuniaria por haberles sido privado de éste. Pero esta acción tampoco tiene un plazo muy largo de ejercicio, pues debe ejercerse dentro de los dos años siguientes a la inscripción, es decir, los terceros que tengan derecho sobre el inmueble, transcurrido un año desde la inscripción, sólo podrá n exigir indemnización, sin entrar a poder recuperar el derecho de dominio sobre el inmueble. (procedimiento sumario)

El DL.2695 establece excepcionalmente que para exigir que se reconozca la calidad de poseedor regular a través de sus normas, no es obstáculo la existencia de inscripción de dominio anterior sobre el inmueble (arts.2 y 4). Este, realmente es un aspecto novedoso y problemático; hasta la dictación del DL.2695 el legislador había evitado inmiscuirse en la normas de la posesión del los arts.724 a 730 del CC, no obstante todo el problema que derivaba de ellos. En realidad, no es criticable que se pretenda una modificación del sistema de la posesión inscrita para mejorarlo, porque si la solución crea más problemas como el entrar a discutir si el rol que habría de jugar la inscripción, especialmente como garantía de la posesión inscrita, no pareciera aconsejable ni menos aun procedente, porque en la aplicación práctica del DL.2695 se han visto numerosos casos en que derechos legalmente constituidos han sido vulnerados por un simple procedimiento administrativo y, aún más, se han vulnerado derechos consolidados por la prescripción. Lo que sucede es que el campo de aplicación del DL.2695 es confuso, no est delimitado, porque si su objeto es regularizar la posesión del inmueble con deficiente constitución de su dominio, debiera entenderse que el DL no es aplicable a los inmuebles amparados por la inscripción en el Registro Conservatorio, legislando sólo para propiedades con títulos no inscritos o con vicios en la constitución del dominio.

De distintas disposiciones de este DL se desprende una tendencia a desvirtuar el amparo que la posesión de los inmuebles tiene en la inscripción del Registro Conservatorio, dando preferencia a la simple posesión material por sobre la inscrita, con lo cual se entra a desvirtuar totalmente el CC.

Al respecto, hay que hacer presente que cuando estuvo vigente el DL.6 los tribunales de justicia habían resuelto en forma unánime que el saneamiento de títulos contemplados por el DL.2695 procedía sólo respecto de los inmuebles que carecían de título, que tenían título viciado o sólo título por acciones y derechos, pero no era aplicable respecto de inmuebles en que la propiedad había mantenido una historia continuada en ininterrumpida de títulos.

El problema consisten en saber si, no obstante los arts.2 y 4, es posible aplicar el DL.2695 a inmuebles debidamente inscritos, porque a través de ello se estaría privando a alguien de una cosa, de su dominio, sin pago ni compensación de ninguna especie. Se entiende que esto no es posible y que, en tal caso, sería posible pedir la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pues en ningún caso se admite que una persona pueda ser privada del inmueble que le pertenece y sin pago de indemnización (art.19 n.24 CPE 80). Pero, aún m s, hay una sentencia de la Corte Suprema que ha estimado que éste no es un problema de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sino que se trata de un problema de supervivencia de la ley, que le corresponde resolver a los jueces de fondo, pues la contradicción que puede existir entre el DL.2695 y la CPE del 1980 debe dilucidarse teniendo en consideración que el DL es anterior al 11 de marzo de 1981. Pero, hay otras soluciones y una es simplemente aplicando el art.9 del DL.2695, porque contempla el caso de la persona que maliciosamente obtenga una inscripción a su nombre y especialmente si ha transcurrido más de un año contado desde la inscripción. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo un recurso de protección, resolvió que cuando la resolución que ordena la inscripción est, fundada en antecedentes falsos, dicha resolución constituye un acto ilegal, contrario al ordenamiento jurídico, y en esta oportunidad la Corte dispuso que se dejara sin efecto la resolución que ordenaba la inscripción, pero además dispuso que se oficiara al juzgado del crimen para que instruyera proceso criminal contra quien obtuvo maliciosamente la inscripción.

La prescripción

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.

Est tratada en el título XLII del libro IV del CC (arts.2492 y siguientes). Aquí el legislador reglamenta la prescripción adquisitiva (como modo de adquirir las cosas ajenas) y la prescripción extintiva (como modo de extinguir las acciones y derechos ajenos).

La definición misma permite apreciar el distinto rol que se asigna a cada una de las formas de prescripción. La prescripción adquisitiva hará adquirir el dominio de una cosa por el hecho de haberse poseído dicha cosa durante un cierto lapso de tiempo, existiendo inactividad del titular del derecho que prescribe por el mismo lapso. La prescripción extintiva produce la extinción de la acción de una persona por haberse mantenido el titular en la inactividad por un cierto lapso. Por ello es que el legislador, al referirse a los modos de adquirir, señala a la prescripción, como también lo hace al referirse a los modos de extinguir obligaciones.

El hecho que el legislador trate en conjunto a ambas formas de prescripción no se debe a que estime que ambas son una misma cosa, sino que lo hace reconociendo las distinciones que existen entre ambas. El legislador las reglamenta conjuntamente por varias razones:

1. - Por los precedentes legislativos que tuvo en vista al dictar estas normas: entre estos precedentes est el CC francés, que también trata ambas formas de prescripción en un solo título; igual situación se presenta en el CC español (1851) comentado por Florencio García Goyena.
2. - Porque numerosas reglas se aplican a ambas prescripciones, como son las contempladas en el párrafo 1 del título XLII.

Otro aspecto que ha preocupado a la doctrina es el determinar porqué se trata a la prescripción al final del CC y para ello se han dado las siguientes razones:

- a) El carácter consolidador de derecho que exhibe la prescripción como para concluir la obra codificadora, es decir, se quiso poner término al CC con una institución que da garantía y estabilidad a la totalidad de los derechos del CC.
- b) Por el precedente legislativo del CC francés, que también lo trata al final.

Se señalan como razones para justificar su implantación:

- Principalmente, el carácter práctico y de certidumbre de los derechos. Para beneficio del orden social se procede a consolidar situaciones luego de cierto lapso, que no podrían quedar indefinidamente inciertas.
- La difícil prueba del dominio en nuestro derecho se ve también facilitada mediante la prescripción adquisitiva.
- Además, hay un fondo de justicia en reconocer el derecho a aquella persona que ha sabido cuidar y conservar la cosa, que se ha servido de ella y la ha hecho producir; como también es justo sancionar a aquel propietario que se ha descuidado totalmente de la cosa que le pertenecía.

Uno de los fundamentos de la prescripción es la presunción de que quien no ejercita un derecho durante cierto lapso está haciendo abandono de él, porque no ha habido voluntad de conservarlo. Además, hay aquí una sanción a la negligencia del titular del derecho que no se preocupó de su ejercicio y conservación.

En Chile la inscripción en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces no constituye prueba de dominio, sino que el dominio se prueba por la prescripción, la que juega un rol eminentemente práctico. Si no fuera así, el actual poseedor para probar su derecho tendría que demostrar el derecho de dominio de sus antecesores en una cadena ininterrumpida, ello porque se le aplicaría el principio de que nadie puede transferir más derechos de los que realmente tiene; de modo que bastaría que uno de los antecesores no hubiera tenido el derecho para que hubieren carecido de ,l los sucesores, lo cual crearía un grave problema de incertidumbre respecto del derecho de dominio, además de serias e insalvables dificultades en cuanto a su prueba. Además, sería injusto desconocer el derecho de dominio del actual poseedor porque uno de los antecesores remotos carecía de ese derecho.

Todo esto, queda obviado por la prescripción, porque para acreditar el derecho de dominio bastar con acompañar los títulos respectivos que abarquen un determinado plazo para acreditar el derecho que se alega -lo normal es exigir títulos que abarquen el plazo de 10 años (plazo máximo de prescripción)-.

Elementos esenciales de la prescripción

- 1.- Titular de un derecho que permanece inactivo.
- 2.- Transcurso de cierto lapso durante el cual subsiste la inactividad.

La prescripción normalmente es una sanción al titular negligente, a aquel que no ejerce su derecho y por ello se dice que el derecho prescribe contra el titular.

El derecho real (respecto de una cosa) o personal (respecto de una persona), en su caso, ha debido ejercerse y aquí aparece un tercer elemento de la prescripción que es distinto según la clase de la misma.

Tratándose de la prescripción adquisitiva es la posesión de la cosa por el prescribiente el cual no va a adquirir el derecho de ella sino mediante la prescripción, porque sólo tiene una posesión sin derecho, pero al operar la prescripción justamente se va a producir la adquisición del derecho por el prescribiente. Tratándose de la prescripción extintiva, el otro elemento es la obligación del deudor que se extingue por la prescripción como consecuencia de la cual el deudor queda liberado de ella; lo que sucede es que no se extingue la obligación, sino lo que se extingue es la acción para exigir su cumplimiento (art.2492 inc.2). De esta forma, la obligación civil (que es aquella que da acción para exigir su cumplimiento y excepción para retener lo dado o pagado en razón de ella) se transforma en obligación natural (que es aquella que no da acción para exigir su cumplimiento, pero si excepción para retener lo dado o pagado en razón de ella art.1470 CC).

Luego, los elementos de la prescripción adquisitiva son:

- a) Inactividad del titular,
- b) Transcurso del tiempo y
- c) Posesión de la cosa por una persona distinta del dueño.

El efecto de esta prescripción es extinguir en el titular el derecho y hacerlo adquisitivo por el prescribiente.

Por su parte, la prescripción extintiva tiene como elementos:

- a) Inactividad del titular,
- b) Transcurso del tiempo y
- c) Obligaciones del deudor.

El efecto de esta prescripción es liberar al deudor de su obligación y la obligación se transforma en natural (esta prescripción también se denomina liberatoria).

Reglas comunes a ambas clases de prescripción

1.- La prescripción debe ser alegada de acuerdo al art.2493 quien quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; esto significa que el juez no puede declararla de oficio. Esta disposición se funda en que el tiempo por sí solo no produce la prescripción, sino que es necesario que además concurren la posesión y la inactividad del titular, o la inactividad del titular y la existencia de la obligación.

Estas son circunstancias que no pueden ser conocidas ni comprobadas por el juez si no son alegadas por quien quiere aprovecharse de ellas. Luego, una de las razones en que se funda este principio es que al tribunal no le constan todos los elementos de la prescripción, los que deben ser alegados y probados por quien quiere aprovecharse de ella. Además, no cabe duda que otra razón que ha llevado al legislador a establecer esta regla es que aún con todas las ventajas que la prescripción presenta, no puede desconocerse que tiene algo de expropiatorio, desde que se priva a alguien de lo que le pertenece sin ninguna especie de compensación. Por ello, el legislador ha estimado útil el dejar a la conciencia del prescribiente el aprovecharse o no de esta institución y, por ello, impone la obligación de alegarla a quien pretende aprovecharse de ella. Además, si el juez pudiera declararla de oficio estaría dejando sin aplicación lo dispuesto en el art.2494 que establece el principio de que la prescripción puede ser renunciada; además, la declaración de oficio de los jueces iría contra el principio establecido en el art.10 del COT, según el cual los tribunales de justicia, por regla general, no actúan de oficio sino que a petición de parte.

Por excepción, el juez puede declarar la prescripción de oficio tratándose de:

- a) Prescripción de la acción penal.
- b) Prescripción de la pena.
- c) Prescripción de la acción ejecutiva cuando la obligación conste en un título ejecutivo que tenga más de 3 años de antigüedad desde que se hizo exigible (art.442 CPC).

En lo que dice relación con la forma de alegar la prescripción adquisitiva, ella siempre se alega como acción, no pudiendo oponerse como excepción. Por lo tanto, si el demandado quiere alegarla tendrá que recurrir a la reconvencción.

2.- La prescripción puede renunciarse se renuncia a la prescripción cuando cumplido el plazo respectivo el prescribiente manifiesta su voluntad de no ejercerla (art.2494 inc.1).

La renuncia supone dos elementos:

- a) Que la prescripción está cumplida, pues, si no lo esta, el reconocimiento que el prescribiente hace del derecho del titular constituye una interrupción natural de la prescripción y no una renuncia de la misma (art.2518).
- b) Capacidad de enajenar en el prescribiente (art.2495), porque la renuncia de la prescripción priva de la adquisición de un derecho y ello se asemeja a la enajenación.

La renuncia de la prescripción puede ser:

- Expresa es la que se hace en términos formales y explícitos.
- Tácita consiste en el reconocimiento que el prescribiente hace del derecho del titular (art.2494 inc.2).

El efecto de la renuncia es que el prescribiente no adquiere el derecho, el cual permanece íntegramente en el patrimonio del titular, no operando el modo de adquirir o extinguir en su caso. Pero este efecto de la renuncia es relativo, porque afecta sólo al prescribiente (renunciante); y si los prescribientes son varios y renuncia uno de ellos no haciéndolo los demás, aquellos que no renunciaron pueden perfectamente invocar la prescripción sin que pueda oponérseles la renuncia que hizo uno de ellos (art.2496).

3.- La prescripción corre por igual y con los mismos plazos a favor y contra toda clase de personas no importa el que sea persona natural o jurídica (y si son de derecho público o privado). Actualmente no existe entre nosotros la prescripción de cortísimo tiempo con que antes se favorecía a las personas jurídicas de derecho público (art.2497).

Prescripción Adquisitiva

Es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberse poseído las cosas durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales (art.2492). Pero, mediante esta prescripción no sólo se adquiere el dominio sino que también se pueden adquirir otros derechos reales, salvo los que la ley expresamente exceptúa (servidumbres discontinuas o continuas inaparentes arts.882, 2498 y 2513).

Como modo de adquirir la prescripción tiene un carácter originario porque el derecho se crea en el adquirente. Desde otro punto de vista, es un modo a título gratuito y por acto entre vivos.

Requisitos de la prescripción adquisitiva

- 1.- Cosa susceptible de adquisición por prescripción.
- 2.- Posesión útil y continua.

3.- Tiempo de posesión.

1.- Cosa susceptible de adquisición por prescripción.

Pueden adquirirse por prescripción todas las cosas comerciables y que puedan ser objeto de dominio y demás derechos reales (art.2498 CC). Por lo tanto, quedan excluidos los derechos personales que jamás se adquieren por prescripción, sólo pueden extinguirse por la prescripción extintiva.

Tampoco se pueden adquirir por prescripción las servidumbres discontinuas y las continuas inaparentes; también se excluyen las cosas in comerciables.

2.- Posesión útil y continua.

La posesión de la cosa corporal mueble o inmueble cuyo dominio se va a adquirir por prescripción (o en su caso, tratándose de la prescripción del respectivo derecho real) es un elemento fundamental de la prescripción adquisitiva (arts.2492 y 2498). Debe tenerse presente lo siguiente:

- a) Si se trata de un inmueble inscrito la posesión sólo puede adquirirse mediante la inscripción (arts.724 y 2505).

Respecto de los inmuebles no inscritos la doctrina está dividida, exigiendo algunos la inscripción y otros no la requieren, bastándoles sólo la aprehensión material.

- b) La posesión puede ser regular o irregular: ambas formas de posesión sirven para que opere la prescripción adquisitiva; la única diferencia es que cuando la posesión es irregular el tiempo de prescripción es más largo.
- c) La persona que está prescribiendo para completar el plazo de prescripción puede agregar a su posesión la de una serie continua e ininterrumpida de antecesores, pero debe hacerlo con todas sus calidades y vicios (arts.717 y 2500 CC).
- d) El art.2499 da una regla relativa a la omisión de actos de mera facultad y la mera tolerancia, y señala que la omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.

- Actos de mera facultad: son los que cada cual puede en lo suyo sin necesidad del consentimiento de otro.

El hecho de que una persona no ejecute un acto para el cual está facultada nada puede significar en favor de terceros extraños; de la omisión de esos actos no puede concluirse que hay una inactividad del titular que permita la prescripción de la cosa por un tercero extraño.

- Los actos de mera tolerancia no han sido definidos por el legislador; por ello se dice que tienen tal carácter los que un propietario benévolo puede permitir o tolerar en lo suyo a un extraño, siempre que ello no signifique un gravamen para el propietario (el art.2499 da un ejemplo).

Es obvio que la regla del art.2499 tiene un objeto muy claro, cual es el de facilitar una amigable convivencia, porque de no existir esta regla todo propietario estaría obligado permanentemente a velar porque nadie realice ni aun el acto más insignificante que con el tiempo pudiera menoscabar o disminuir sus derechos y, de esta manera, los hombres vivirían en un constante estado de desconfianza y recelo.

Para que opere la prescripción la posesión tiene que reunir las características de útil y continua; así, las posesiones violentas y clandestinas no sirven para prescribir (arts.2507 y 2510 n.2).

Interrupción de la prescripción.

La interrupción de la prescripción es una situación impeditiva de ella, obsta a que haya prescripción porque la posesión debe ser continua. Por ello, se señala que la interrupción de la prescripción perjudica al prescribiente y beneficia al titular: lo que realmente sucede es que la interrupción de la posesión es a la vez interrupción de la prescripción.

La interrupción de la prescripción puede ser de dos clases:

1.- Interrupción natural de la prescripción.

Es todo hecho material, sea de la naturaleza o del hombre, que hace perder la posesión de la cosa. De acuerdo al art.2502 la interrupción es natural en los siguientes casos:

- a) Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada. Pero, en relación a este ejemplo hay que tener presente que si la heredad ha sido permanentemente inundada por un plazo que no pase de 5 años, ella vuelve a su primitivo dueño; si esta inundación dura más de 5 años, cuando termina esa inundación el poseedor anterior a la inundación pierde la posesión de la cosa, pero aún más, no sólo pierde la posesión sino también el dominio de ésta, el cual no vuelve al antiguo propietario sino que pasa a los propietarios riberaños quienes adquieren este derecho por accesión.

Aquí surge un problema, y es que si esta forma de interrupción es o no aplicable a los inmuebles inscritos.

Algunas opiniones señalan que ello no sería posible porque la inscripción representa el corpus y el animus, los que no se perderían sino que subsistirían no obstante cualquier impedimento material mientras subsista la inscripción. Otros sostienen que esta forma de interrupción natural de la prescripción también es aplicable a los inmuebles inscritos, para ello se fundan en que esta disposición no distingue entre inmuebles inscritos y no inscritos y, además, consideran el tenor literal del art.2502 inc.2 del que aparece que hay interrupción natural de la prescripción cuando por hecho de la naturaleza es imposible el ejercicio de actos posesorios materiales y esto no depende de si el inmueble está, o no inscrito, sino de la naturaleza misma de los actos que se producen.

Esta forma de interrupción natural de la prescripción tiene también importancia por otros aspectos; así, ella no produce el efecto propio de toda interrupción de la prescripción, el efecto general es que se hace inútil, haciendo perder todo el tiempo transcurrido con anterioridad a la interrupción; en cambio, esta forma de interrupción del n.1 del art.2502 sólo tiene como efecto el descontar el plazo de prescripción durante el tiempo que dura la interrupción.

- b) Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona (n.2 art.2502): es claro que se deja de poseer una cosa cuando otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley (art.726).

A este respecto, y mientras subsista la inscripción, los actos de apoderamiento material del inmueble no confieren posesión ni ponen fin a la existente (art.728); luego, tratándose de inmuebles inscritos, los actos de apoderamiento material no constituyen interrupción de la prescripción.

El efecto que produce esta forma de interrupción de la prescripción es el propio de todas ellas, o sea, se pierde el tiempo anterior a la interrupción a menos que el poseedor recupere legalmente la posesión, pues en tal caso se entiende que no hay interrupción y la prescripción continúa durante el lapso de duración de la interrupción (arts.731 y 2502 inc. final).

2.- Interrupción civil de la prescripción (art.2503) Art.2503 CC

Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes:

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

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

Se produce por todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor. Lo que sucede es que el dueño abandona su inactividad y demanda al poseedor, notificándosele antes de que transcurra el plazo de prescripción.

El problema se origina en la redacción del art.2503, porque en ,l se habla de recurso judicial. Se ha entendido que al emplear este término se est refiriendo a una acción que el dueño interpone contra el poseedor, debiendo esta acción estar necesariamente fundada en el derecho de dominio; no puede, por lo tanto, tener una causa distinta del derecho de dominio.

Aun cuando la ley no lo dice expresamente, la jurisprudencia uniformemente sostiene que la interrupción se produce al notificarse legalmente la demanda. La jurisprudencia ha resuelto que hay interrupción aunque quien demanda sea relativamente incapaz y por este hecho se anule posteriormente lo demandado por éste, ello porque el incapaz al demandar ha salido de su inactividad y ha quedado claramente demostrada su intención de reclamar para sí la cosa poseída por otro. La jurisprudencia ha dicho también que hay interrupción aun cuando la demanda se entable ante un tribunal incompetente, puesto que el titular ha salido de su inactividad.

El efecto de la interrupción civil de la prescripción es el de hacer perder todo tiempo de prescripción corrido con anterioridad a la interrupción, de tal manera que si la posesión empezara nuevamente, se iniciaría también un nuevo plazo distinto e independiente del que corría con anterioridad y todo el tiempo de posesión anterior no tendría eficacia.

El legislador contempla 3 casos en que no obstante existir una demanda judicial del titular, el ejercicio de esta acción fundada en el derecho de dominio no produce la interrupción civil de la prescripción:

- Cuando la notificación de la demanda es nula por no haberse hecho en la forma indicada por la ley (art.2503 n.1).
- Cuando el actor se ha desistido expresamente de su acción, o cuando por sentencia judicial se declara abandonada la instancia (art.2503 n.2).
- Cuando el demandado o poseedor es absuelto en la sentencia definitiva.

Quienes pueden alegar la interrupción de la prescripción

La interrupción natural puede ser alegada por todo aquel que tenga interés en ello, porque se funda en hechos materiales de carácter objetivo y plenamente susceptibles de prueba.

La interrupción civil sólo puede alegarse por el titular o dueño que ha intentado la demanda judicial, ello porque esta forma de interrupción se basa en la relación procesal de carácter relativo y, por lo tanto, sólo concierne a las partes litigantes (art.2503 n.2).

Lo que sucede con la interrupción de la prescripción cuando se trata de la posesión de una sola persona es muy claro, pero es distinto cuando dice relación con el condominio o coposesión.

En el condominio existen varios dueños y la interrupción natural de la prescripción va a beneficiar a la totalidad de los propietarios, porque es objetiva e importa un impedimento o pérdida de la posesión. En la interrupción civil, la demanda intentada por un copropietario produce la interrupción de la prescripción en beneficio de la totalidad de los copropietarios, porque esta demanda es un acto de conservación dentro de la comunidad y como tal beneficia directamente a todos los comuneros (art.2504). Si hay coposesión, la interrupción, o sea, el caso en que la demanda ha sido deducida solo contra uno de los co-posesores, dicha interrupción no perjudica a los demás co-posesores porque la interrupción civil, por ser una relación procesal, es de efectos relativos y sólo afectar a quienes se notifique la demanda. La interrupción natural, por ser natural y objetiva afecta a todos los co-posesores, porque la posesión se pierde o impide para todos ellos.

3.- Tiempo de posesión para que opere la prescripción

Es necesario que el poseedor haya poseído la cosa por un cierto lapso de tiempo que indica la ley y que el dueño est, inactivo por el mismo plazo. Este plazo es breve para la posesión regular y m s largo para la posesión irregular.

En el caso de la posesión regular hay que distinguir si el bien es mueble (2 años) o si el bien es inmueble .(5 años)art.2508.

En tanto que en la posesión irregular el plazo de prescripción es de 10 años tanto para los muebles como para los inmuebles (posesión adquisitiva extraordinaria, arts.2506 y 2510).

Prescripción adquisitiva ordinaria.

Ella requiere de posesión continua y regular de 2 años para los muebles y de 5 años para los inmuebles.

Este plazo comienza a correr en el momento en que se inicia la posesión y corre hasta cumplirse su curso legal; por ello, siempre que por alguien se alegue la prescripción, es necesario que se indique cuándo empezó a correr dicha prescripción, porque sin ello no se sabría desde cuándo debe computarse el plazo y hasta cuándo debe hacerse.

Suspensión de la prescripción ordinaria

Que es un beneficio por el cual ciertas personas que son dueños o titulares del derecho que va a extinguirse por prescripción se ven favorecidos en el sentido de que no corre en su contra la prescripción, sino que detiene su curso mientras dichas personas estuvieran en algunas de las situaciones del art.2509.

El efecto de la suspensión de la prescripción es impedir que ella continúe o comience a correr; de modo que, si había corrido algún plazo antes de la suspensión, dicho plazo se va a computar después, una vez que la causal de suspensión termine.

Hay una distinción notoria entre la interrupción y la suspensión de la prescripción, porque en la interrupción el efecto es hacer perder todo el tiempo que había transcurrido antes de la interrupción, salvo el caso del art.2502 n.1.

En cambio, cuando hay suspensión de la prescripción el curso del plazo de prescripción se detiene mientras subsista la causal que originó la suspensión, o bien no empieza a correr y terminado el motivo que dio lugar a la suspensión el plazo continua corriendo o comienza a correr.

Esta suspensión de la prescripción opera en favor de ciertas personas a que se refiere el art.2509: menores, dementes, sordomudos y todos los que están bajo potestad paterna o bajo tutela o curatela; también opera en favor de la herencia yacente y de los cónyuges, en relación con la mujer casada la prescripción no se suspende en favor de la mujer divorciada perpetuamente y de aquellas separadas totalmente de bienes (las separadas parcialmente no se suspende respecto de los bienes que ella administra). La ley dice que la prescripción se suspende siempre entre cónyuges, o sea, que los cónyuges no pueden adquirir por prescripción el uno los bienes del otro, entendiéndose que toda prescripción esta suspendida entre cónyuges, sea que el régimen sea de sociedad conyugal, de separación de bienes o de participación en los gananciales (?), porque el fundamento de esta suspensión radica en la necesidad de mantener la paz conyugal, ya que de lo contrario se correría el peligro de permanentes juicios entre cónyuges a objeto de interrumpir la prescripción; porque en el régimen de sociedad conyugal el marido tiene el usufructo de los bienes de la mujer, es mero tenedor de ellos, por lo tanto no es poseedor y no podría ganarlos por prescripción.

Esta fuera de discusión el que la prescripción ordinaria se suspende siempre entre cónyuges, pero se plantea una controversia en relación con la prescripción extraordinaria, ya que esta -por regla general- no se suspende en favor de nadie. Alessandri y José Clemente Fabres sostienen que toda prescripción, incluso la extraordinaria, se suspende entre cónyuges y dan como argumento el tenor del

art.2509 que señala: "la prescripción... siempre entre cónyuges". Es obvio que se produce respecto de la extraordinaria, porque el art.2509 al emplear la expresión *siempre* se está refiriendo al régimen de bienes existente entre los cónyuges y, además, la ubicación del art.2509 es de excepción. Por lo tanto, debe interpretarse estrictamente, o sea, sólo respecto de la prescripción ordinaria, única a la que se refiere el art.2509.

Con respecto a esta discusión nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado; sin embargo, la Corte Suprema de Colombia, en sentencia de 6 de marzo de 1969, declaró: Lo dispuesto en el último inciso del art.2530 del CC (correspondiente al 2509 del CC chileno), sobre suspensión de la prescripción entre cónyuges, es aplicable tanto a la ordinaria como a la extraordinaria.

Cuando opera la suspensión en la prescripción ordinaria ella no puede durar más de 10 años, porque cumplido dicho lapso de tiempo el poseedor puede alegar la prescripción extraordinaria respecto de la cual no hay suspensión conforme al art.2511.

Prescripción adquisitiva extraordinaria

Ella requiere de posesión irregular durante 10 años, tratándose de bienes muebles o inmuebles (arts.2510 y 2511).

- En relación con la posesión, ella debe ser irregular (art.708), no requiriéndose título de dominio u otro requisito.
- En relación con el mero tenedor, este no se transforma en poseedor por el mero transcurso del tiempo (art.716), por lo tanto respecto de él no opera la prescripción.

Si el mero tenedor por un acto suyo desconoce el dominio ajeno y se transforma en poseedor podrá prescribir, siempre que su posesión no sea violenta ni clandestina (art.2510 n.3).

- En relación con la tradición, tampoco es necesaria la inscripción para la adquisición de la posesión irregular de bienes inmuebles no inscritos, según un sector de la doctrina. Pero hay quienes estiman que la posesión irregular de un inmueble no inscrito se puede adquirir por actos de simple apoderamiento y sin inscripción; si se trata de inmuebles inscritos, sea la posesión regular o irregular, ser necesaria la respectiva inscripción (arts.724, 728 y 730 inc.2).

Por lo tanto, est fuera de discusión que para adquirir por esta prescripción un inmueble inscrito siempre es necesaria la inscripción del poseedor presuntivo, porque sin ella no habría posesión y, por lo tanto, no podría operar la prescripción adquisitiva. Es por ello que el art.2505 exige la inscripción en el poseedor cuando se trata de un predio inscrito y se sostiene que el art.2505 es aplicable tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria.

En relación con la prescripción adquisitiva extraordinaria ella se puede interrumpir natural o civilmente y no se suspende en favor de nadie, salvo en el caso de los cónyuges (discutible).

Prescripción contra título inscrito

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 empezar a correr sino desde la inscripción del segundo.

La interpretación del art.2505 ha originado problemas:

- la primera duda es si este artículo se aplica a ambas clases de prescripción o sólo a la prescripción adquisitiva ordinaria.
- la segunda duda es si se puede adquirir por prescripción un predio inscrito sin título de posesión y sólo con la posesión material.

Hay autores que estiman que el art.2505 sólo es aplicable a la prescripción adquisitiva ordinaria, de tal manera que por prescripción adquisitiva extraordinaria podría adquirirse un predio inscrito sin necesidad de inscripción y teniendo sólo la posesión material; en apoyo de su posición dan los siguientes argumentos:

- a) Del mensaje del CC se concluye con mediana claridad que la idea es que los derechos se consoliden una vez extinguido el plazo de prescripción extraordinaria.
- b) El art.2510 no exige título alguno para la prescripción extraordinaria y como ella sólo requiere de posesión irregular no sería necesaria la inscripción siempre que haya posesión material. Este artículo tampoco exige tradición y como ésta, tratándose de un inmueble (especialmente inscrito), es la inscripción puede omitirse cuando se trata de la posesión irregular, operando así el art.2510.
- c) En caso contrario, jamás tendría aplicación la prescripción extraordinaria contra título inscrito sin nueva inscripción, protegiéndose de esta manera al poseedor ficto que tiene sólo una inscripción a su favor en contra de aquel que realmente tiene la posesión material del inmueble, que lo explota y lo hace producir.

Sin embargo, otros sostienen que el art.2505 se refiere a ambas clases de prescripción, de modo que por la prescripción adquisitiva extraordinaria no puede adquirirse el dominio de un predio inscrito, sino mediante la competente inscripción de un nuevo título, no siendo suficiente por lo tanto que el prescribiente tenga posesión material de la cosa durante 10 años. Los argumentos de quienes sostienen esta posición son los siguientes:

- El art.2505 no distingue entre ambas formas de prescripción y, por lo tanto, debe aplicarse a las dos, siempre que se est, prescribiendo contra un poseedor que tenga título inscrito.
- El art.2505 est ubicado antes de la norma que distingue entre prescripción ordinaria y extraordinaria, con lo cual se estaría indicando que es una regla común a ambos tipos de prescripción. En el Proyecto de CC (1853) el art.2505 estaba situado entre las reglas aplicables a la prescripción adquisitiva ordinaria solamente, pero en la redacción definitiva se le dio su actual ubicación quedando como regla común a ambos tipos de prescripción.
- Al existir oposición entre el art.2505, que exige título inscrito al prescribiente, y el art.2510, que no exige título alguno y por lo tanto tampoco exige inscripción, debe recurrirse a la norma del art.13 CC, debiendo prevalecer el art.2505 por ser una norma especial para los predios inscritos, en tanto que el art.2510 es una norma de general aplicación, ya que abarca todos los bienes sin especificación.
- Dentro del elemento lógico de interpretación deben concordar, para que exista la debida correspondencia y armonía, el art.2505 con los arts.724, 728 y 730, porque para prescribir hay que poseer y si se trata de un inmueble inscrito nadie puede adquirir su posesión, ni aun irregular, sino por este medio (inscripción), inscripción que cancela la del poseedor anterior (arts.728 y 730).
- No es efectivo que jamás operaría la prescripción adquisitiva extraordinaria contra título inscrito, de aceptarse la opinión anterior, porque tendría aplicación cuando existe posesión irregular por falta de justo título o buena fe, pero no podría tener lugar tratándose de la falta de inscripción que motivase la posesión irregular.
- En cuanto a la crítica de la posición contraria en orden a que se dejaría sin protección al poseedor material frente al ficto o simbólico, ella no es efectiva porque conforme al art.730 inc.2 si el poseedor material ha practicado la competente inscripción va a tener la posesión regular o irregular según el caso y va a poder ganar el dominio por prescripción.

Efectos de la prescripción adquisitiva

Su efecto fundamental es producir la adquisición del derecho de dominio. Declarada ella judicialmente se entiende adquirido el derecho en la misma época en que se iniciara la posesión. Por consiguiente, la misma sentencia es declarativa y retrotrae sus efectos al comienzo de la prescripción; por ello, los frutos percibidos durante el plazo de prescripción pertenecen al prescribiente aún cuando est, de mala fe; se consolidan los gravámenes constituidos por el prescribiente y caducan los del anterior propietario.

La sentencia que declara la prescripción adquisitiva debe inscribirse en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, como un requisito de oponibilidad frente a terceros (art.2513 CC).

Prescripción adquisitiva de otros derechos reales

Los derechos reales distintos del dominio se adquieren por prescripción de acuerdo a las mismas reglas del derecho de dominio (art.2512), salvo las excepciones siguientes:

1. - El derecho real de herencia se adquiere por la prescripción extraordinaria de 10 años (art.2512 n.1), adquiriéndose por prescripción ordinaria de 5 años cuando el heredero aparente tiene auto de posesión efectiva en su favor (arts.1269 y 704 inc. final).
2. - El derecho de censo se adquiere por prescripción extraordinaria de 10 años.
3. - El derecho de servidumbre cuando la servidumbre es continua y aparente, se adquiere por prescripción única de 5 años, sin entrar a distinguir si es regular o irregular (arts.2512 y 882).

Acciones protectoras:

1-La acción reivindicatoria

Art.889 CC

La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no est en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

Por lo tanto, la acción reivindicatoria es la que tiene el dueño no poseedor contra el poseedor no dueño. Igualmente, tiene acción reivindicatoria el titular de cualquier otro derecho real (excepto el derecho real de herencia) cuando ha perdido la posesión de su derecho, porque no puede ejercerlo debido a que otro lo est ejercitando sin que ese derecho le pertenezca (art.891 inc.1). El derecho real de herencia est protegido por la acción de petición de herencia (arts. 891 inc.2 y 1264).

Por medio de la acción reivindicatoria se obtiene que se declare el dominio de dueño y se ordene restituirle la cosa a éste. Para que proceda esta acción deben concurrir los siguientes requisitos:

- 1.- Dueño que no esta en posesión (reivindicante privado de su posesión).
- 2.- Un poseedor de la cosa.
- 3.- Cosa reivindicable.

1.- Dueño que no esta en posesión.

El dueño es la persona que debe ejercitar la acción reivindicatoria, pero este dueño no debe estar en posesión. Puede ejercerla sea que tenga la plena o nuda propiedad, absoluta o fiduciaria de la cosa (art.893).

Le corresponde al dueño probar su dominio, porque debe destruir la presunción del art.700 que ampara al poseedor. La forma en que va a probar el dominio va a ser distinta según el modo de adquirir que operó:

- a) Si el modo es originario: bastar con acreditar que han concurrido sus elementos (los que configuran el modo de adquirir) para acreditar el dominio.

b) Si el modo es derivativo: no basta con probar que operó el modo, ya que con esta sola prueba no tendrá acreditado el dominio, porque puede suceder que el antecesor no haya sido dueño y, en tal caso, nada pudo transferir al sucesor.

Como consecuencia de ello el dueño va a tener que recurrir a la prescripción como prueba del dominio y causa de pedir de su acción reivindicatoria y, en caso de que él no haya completado el tiempo de posesión que se requiere para que opere la prescripción, podría recurrir a la sucesión de posesiones del art.717. En este caso, quien ejerce la acción reivindicatoria, con la prescripción va a justificar su dominio frente a la sola posesión del demandado, siempre que éste no oponga la prescripción adquisitiva del dominio.

Un conflicto que puede presentarse es aquel en que el reivindicador no puede invocar la prescripción en su favor y en tal caso el juez deber enfrentar los títulos de posesión del demandante y del demandado, porque la presunción del art.700, que favorece al poseedor, puede ser destruida con una presunción judicial que favorezca al reivindicador si éste prueba asistirle una posesión de mayor calidad que la del demandado hasta el momento en que perdió esa posesión. En este caso, nos enfrentamos ante la valoración comparativa de los títulos de posesión. En el caso de los inmuebles, todo este sistema juega sobre la base de las inscripciones posesorias o de la posesión material en su caso (arts.924 y 925). Tratándose de la prueba de posesión de muebles y, según algunos también de inmuebles no inscritos, pueden emplearse todos los medios probatorios sin limitación, ya que se trata de probar hechos posesorios.

Hay que tener presente que si el poseedor demandado invoca una prescripción adquisitiva en su favor y logra acreditarla dictándose sentencia que le favorezca, ello significa que se extinguió el dominio del reivindicador y también la acción reivindicatoria (art.2517), esto es, que la acción reivindicatoria prescribe dentro del plazo en que el poseedor adquirió el dominio por prescripción adquisitiva.

El dueño, para poder intentar la acción reivindicatoria, debe haber perdido la posesión, o sea, debe estar desposeído.

Tratándose de muebles, esta pérdida de posesión se produce por el apoderamiento material de la cosa por parte de un tercero. Cuando se trata de inmuebles inscritos la pérdida de la posesión puede producirse por la pérdida de la posesión inscrita solamente, conservándose la posesión material; por pérdida de la posesión material, conservándose la posesión inscrita; y por pérdida tanto de la posesión inscrita como de la posesión material.

El hecho de poder ejercerse la acción reivindicatoria no significa que el dueño esté privado de las acciones posesorias, las cuales también pudieran ejercerse; pero acontece que estas acciones posesorias tienen un breve plazo de prescripción (un año contado desde la perturbación); por ello, el titular podría estar imposibilitado de ejercitarlas, debiendo recurrir a las acciones reivindicatorias.

Hemos visto que la acción reivindicatoria la ley se la concede al dueño, pero existe la acción publiciana, que es la misma acción reivindicatoria pero concedida al poseedor regular que ha perdido la posesión cuando se hallaba en el caso de poder ganar el dominio de la cosa por prescripción (art.894). Esta acción publiciana no puede ejercerse contra el dueño ni contra el poseedor de igual o mejor derecho (art.894 inc.2).

Este artículo 894 plantea la duda con respecto a la expresión *que se hallaba en caso de ganarla por prescripción*. Algunos estiman que estaría en esta situación el poseedor que enteró el lazo de prescripción y que no tiene aún sentencia declarativa de la prescripción en su favor, señalándose que no puede tratarse del poseedor que tiene plazo de prescripción pendiente, porque estaríamos ante una interpretación que implicaría una interrupción de la prescripción que impediría ganar la cosa por prescripción, o sea, no estaría el poseedor regular en el caso de poder ganarla por prescripción (se trataría de una interrupción natural de la prescripción).

Otros estiman que se trata del poseedor regular a quien le ha corrido todo o parte del plazo de prescripción, porque tanto en uno u otro caso estaría en posibilidad de adquirir la cosa por prescripción y, si bien la pérdida de la posesión es una interrupción natural, si se recupera la posesión por medio de esta acción debe entenderse que no ha habido interrupción, quedando habilitado el poseedor para ganar la cosa por prescripción.

2.- Un poseedor de la cosa.

Es el sujeto pasivo en contra de quien se ejerce la acción reivindicatoria, es el actual, poseedor de la cosa y, en algunos casos, aquel que dejó de poseer.

- Por regla general la acción reivindicatoria se ejerce contra el actual poseedor, entendiendo por tal a aquel que posee la cosa al momento de la demanda (art.895). Luego, la acción reivindicatoria por regla general no se dirige contra el mero tenedor. Hace excepción a esta regla el art.915 que permite ejercer esta acción contra el mero tenedor que tiene indebidamente la cosa.

En las otras situaciones el mero tenedor está obligado a declarar bajo juramento el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre tiene la cosa, bajo sanción de multa y arresto que decretar el juez en su caso (arts.896 CC y 282 CPC).

Si el mero tenedor, actuando de mala fe, suplante al poseedor, deber indemnizar al prescribiente todos los perjuicios que con su acción le hubiere causado (art.897).

Si el poseedor hubiere fallecido, la acción reivindicatoria se ejerce en contra de los herederos coposeedores, o bien, contra alguno de ellos; pero, en este último caso, podrá intentarse la acción solamente por la parte o cuota de la cosa común que éste posea, o sobre la parte material que le haya sido adjudicada. En cambio, las acciones personales por las prestaciones mutuas que corresponden al poseedor difunto en favor del reivindicador se transmiten al heredero a prorrata de sus cuotas hereditarias (arts. 889 y 1354). Esta situación se plantea así porque la posesión es personal e intransferible (se trata de un hecho), en cambio, las obligaciones hereditarias (como las prestaciones mutuas) son perfectamente transmisibles y divisibles entre los herederos.

- La segunda situación es aquella de quien dejó de poseer: la acción reivindicatoria se puede dirigir excepcionalmente contra el ex poseedor. En esta materia deben verse dos situaciones: la del ex poseedor de buena fe y la del ex poseedor de mala fe:

1- Situación del ex poseedor de buena fe: se trata del que adquirió la posesión de la cosa con esta calidad, o sea, creyendo que adquirió la cosa por medios legítimos. Para determinar si procede acción reivindicatoria en su contra hay que distinguir:

- Si perdió posesión fortuitamente: no hay acción reivindicatoria en su contra.
- Si perdió la posesión por su culpa: no procede la acción reivindicatoria y sólo hay lugar a la indemnización de perjuicios por el hecho ilícito (arts.2314 y 2319).

Si perdió la cosa por haberla enajenado y en razón de dicha enajenación se ha hecho difícil o imposible su persecución para el reivindicador, habrá que determinar si el ex poseedor enajenó de buena o mala fe, o sea, sabiendo o no que la cosa le pertenecía al momento de la enajenación:

- Si enajenó de buena fe: se produce una subrogación real y el reivindicador puede pedir la restitución del precio recibido del ex poseedor, es decir, lo que percibió de la persona a quien le enajenó (art.898 inc.1). Cuando el reivindicador recibe el precio del ex poseedor, está ratificando tácitamente la enajenación hecha por éste, que hasta ese momento le es inoponible (art.898 inc.2).
- Si enajenó de mala fe: el reivindicador puede intentar la acción reivindicatoria para la indemnización de todo perjuicio (art.898 inc.1).

2- Situación del ex poseedor de mala fe: para determinar si hay o no acción reivindicatoria en su contra, también hay que distinguir si perdió la cosa fortuitamente o por hecho o culpa suya:

- Si la perdió fortuitamente no hay acción reivindicatoria en su contra, quedando sólo sujeto a responder de los frutos y deterioros, teniendo si derecho a las expensas invertidas en la cosa durante el tiempo de posesión (art.900 inc.2).
- Si perdió la cosa por hecho o culpa suya hay acción reivindicatoria en su contra como si actualmente poseyese (art. 900 inc.1). Es decir, la acción reivindicatoria se intenta por la cosa si es posible y por el precio de la enajenación en subsidio, más las indemnizaciones por prestaciones mutuas. Si el reivindicador recibe el precio hay ratificación tácita de la enajenación hecha por el ex poseedor de mala fe (art.900 inc.3). La misma regla se aplica al poseedor de buena fe que durante el juicio y por culpa suya se ha colocado en situación de no poder restituir la cosa (art.900 inc.4).

3.- Cosa reivindicable.

Son las cosas corporales muebles e inmuebles y todos los derechos reales, salvo el derecho real de herencia. El único requisito para que proceda la acción reivindicatoria es que se trate de una cosa singular o determinada, porque en caso contrario no sería posible poseer (arts.889 y 700). Por ello es que no se puede reivindicar la herencia que es una universalidad jurídica, la cual no está carente de protección, porque se ampara en la acción de petición de herencia.

Tampoco es reivindicable una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular (art.892).

El art.890 inc.2 establece lo que se nos presenta como una excepción de cosa reivindicable, pero realmente no hay tal excepción ya que las cosas allí mencionadas son reivindicables previo reembolso al poseedor de lo que pagó por dichas cosas y lo que haya gastado en repararla.

Prestaciones Mutuas

Una vez resuelto el litigio que origina la acción reivindicatoria surgen determinadas obligaciones entre el reivindicador y el poseedor vencido, en caso de haberse acogido la acción reivindicatoria. Estas obligaciones reciben el nombre de prestaciones mutuas, las que tienen importancia porque también se aplican cuando se declara la nulidad del contrato (art.1687) y también cuando se ejerce la acción de petición de herencia (art.1260).

Aquí hay que distinguir entre las prestaciones del reivindicador en favor del poseedor y las prestaciones de poseedor en favor del reivindicador:

1.- Prestaciones del poseedor en favor del reivindicador

- a) Restitución de la cosa: debe restituirla en el plazo señalado por el juez (art.904). Se comprenden aquí también los bienes inmuebles por adherencia y por destinación, las llaves del edificio y títulos que conciernen al bien inmueble si se hayan en manos del poseedor (art.905 incs.2 y 3).
- b) Debe indemnizar por los deterioros de la cosa: el poseedor de mala fe responde por los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa (art.906); no responde del caso fortuito, a menos que el poseedor se haya constituido en mora (arts.1547 y 1672). El poseedor de buena fe, mientras ésta subsista, no es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido la cosa, salvo que se hubiera responsabilizado de dichos deterioros, como por ejemplo: si hubiere aprovechado dichos deterioros destruyendo un bosque y vendiendo la madera (art.906 inc.2).

A este respecto hay que tener presente que el poseedor de buena fe inicial, mantiene este carácter hasta la contestación de la demanda, porque desde el momento en que reconoce los títulos invocados en la demanda, aún cuando pueda seguir confiando plenamente en que le son propios, ya no puede tener una convicción absoluta de un derecho; por ello es que el poseedor de buena fe inicial responde de los deterioros que por un hecho o culpa suya sufra la cosa

partir de la contestación de la demanda. La ley lo libera de indemnizar los deterioros anteriores, por cuanto, l ha actuado creyendo ser el dueño de la cosa.

- c) También debe proceder a la restitución de los frutos: la extensión de esta prestación también es variable según si el poseedor est, de buena o mala fe. En materia de frutos la buena o mala fe del poseedor se refiere al tiempo de percepción de ellos (art.913). Lo importante es la percepción, por ello se ha resuelto que si una persona siembra de buena fe, pero al momento de cosechar est de mala fe, para los efectos de la restitución de los frutos se la considera de mala fe.

El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no sólo los que él ha perdido, sino que también aquellos que el dueño de la cosa hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder (art.907 inc.1). Si no existen frutos deber pagar el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de percepción de esos frutos, considerándose como no existentes los que se hubieran deteriorado en su poder (art.907 inc.2).

El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos con posterioridad, se sujeta a las mismas reglas que el poseedor de mala fe.

Esta restitución se refiere a los frutos líquidos, porque la ley dispone que debe abonarse al que hace la restitución de frutos los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos (art.907 inc.final), estos gastos tienen que abonarse necesariamente a cualquier poseedor que restituye frutos, porque cualquier persona que produce frutos incurre en gastos (incluso el dueño). Cuáles gastos se abonan? los gastos ordinarios, que son los que corresponden a una explotación normal de la cosa y cuyo valor no excede del valor de los frutos.

- d) Debe restituir los gastos del pleito, conservación y custodia: en primer término, en cuanto a los gastos de conservación y custodia, dicho pago, si hubiera sido necesario, lo hará el reivindicador al secuestre, pero el poseedor vencido es obligado a reembolsar dichos gastos, siempre que est, de mala fe (art.904), porque si se encuentra de buena fe no pesa sobre ,l la obligación de reembolsar. En lo que se refiere a las costas del juicio habrá que estarse a lo que disponga la respectiva sentencia, de acuerdo a las normas contempladas en el CPC.

2.- Prestaciones del reivindicador en favor del poseedor

- a) El abono de los gastos ordinarios que ha invertido el poseedor en la producción de los frutos.

b) El abono de las expensas y mejoras que el poseedor ha hecho de la cosa (art.907 inc. final).

Mencionamos lo relativo a los gastos ordinarios necesarios para la producción de frutos, pero qué sucede con las expensas y mejoras de la cosa durante el tiempo de su posesión?

El demandado que ha sido vencido en el juicio hizo gastos en la cosa a fin de procurar el cuidado y conservación de la misma. El problema que se nos plantea es el del reembolso de estos gastos y el de la medida en que deben ser reembolsados.

En general, se denominan expensas o mejoras los gastos hechos en una cosa y ellos pueden ser de 3 clases:

- Necesarias,
 - Útiles,
 - Voluntarias.
- Expensas necesarias: son aquellas que aseguran la conservación de la cosa, de tal manera que si ellas no se realizan se produce el deterioro o menoscabo de la misma. Estas expensas pueden ser:
 - ⊗ ordinarias: son los gastos m s o menos periódicos que exige el uso natural de la cosa y que son indispensables para su conservación y cultivo.
 - ⊗ extraordinarias: son los gastos que deben realizarse por una sola vez o transcurridos largos intervalos de tiempo y que dicen relación con la conservación o la manutención de la cosa.

El principio general es que todo poseedor de buena fe tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, porque también el reivindicador hubiera tenido que incurrir en ellas. Si estas expensas se invirtieran en obras permanentes se abonar n al poseedor dichas expensas en cuanto hubieran sido realmente necesarias, pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución (art.908 inc.2).

Dichas expensas en obras permanentes constituyen expensas extraordinarias; no es por lo tanto el caso de expensas ordinarias que se imputan a los gastos ordinarios realizados para la producción de frutos. Puede suceder que estas expensas necesarias no se hayan invertido en algo que deje resultados materiales permanentes, como por ejemplo: la defensa de la finca; caso en el cual también deben ser abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía (art.908 inc. final).

- **Expensas útiles:** son las que aumentan el valor real de la cosa. Para establecer las normas de la restitución de estas expensas hay que distinguir entre el poseedor de buena fe y el de mala fe (la fe se califica al momento en que se hicieron las mejoras):

- ⊗ El poseedor de buena fe tiene derecho a que se le paguen las expensas útiles que hubiere realizado en la cosa antes de la contestación de la demanda; pero como la ley exige que la buena fe exista al realizarse las mejoras, podría probarse por el reivindicador el hecho de que el poseedor habría perdido la buena fe antes de contestar la demanda y, en este caso, éste no tendría derecho a las mejoras. Lo que se persigue es evitar enriquecimientos injustos (sin causa) por parte del propietario reivindicador que obtuvo en el juicio. Si bien el poseedor vencido tiene derecho a las mejoras útiles, con el objeto de hacer efectivo este cumplimiento y que el reivindicador no est, obligado a reembolsar el total de las expensas, es que el reivindicador puede elegir entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere m s la cosa en dicho tiempo (art.909 inc.3).

- ⊗ En cuanto a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor tendrá solamente los derechos que en virtud del art.910 se conceden al poseedor de mala fe (art.909 inc.final), es decir, no tendrá derecho a que se le abonen las expensas útiles a que hicimos referencia, pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada y que el propietario rehusé pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separado (art.910).

- **Expensas voluntarias** se hacen para la comodidad u ornato de la cosa. En este caso no se hace distinción entre el poseedor de buena fe y el de mala fe para efecto de su reembolso, ya que el propietario reivindicador no ser obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fe, los que sólo tendrá n respecto a ellas el derecho que por el art.910 se concede al poseedor de mala fe respecto de las expensas útiles (art.911).

El poseedor que ha sido vencido en el juicio debe restituir la cosa reivindicada, pero también tiene derecho a que se le paguen las mejoras necesarias y útiles, y para asegurar el reembolso de las expensas la ley le confiere al poseedor un derecho legal de retención, es decir, puede retener la cosa en su poder mientras el reivindicador no le pague o asegure el pago de las mejoras a cuyo reembolso tiene derecho (art.914). La declaración de este derecho puede solicitarse como medida precautoria en el juicio de cobro que el poseedor vencido haya intentado contra el reivindicador o como incidente en el juicio de reivindicación.

2- Acciones posesorias art. 916.

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

Por regla general, estas acciones protegen la posesión de los bienes raíces y, excepcionalmente, la mera tenencia de ellos, cuando se ha sido violentamente despojado de ésta (art.928); pero, en este último caso, en doctrina se discute si se trata o no de una acción reivindicatoria.

Las acciones posesorias se denominan interdictos; ellas tienen por fundamento la conservación de la paz social, pues su finalidad es la de evitar que los particulares con prescindencia de la autoridad pública se hagan justicia por sí mismos o alteren con sus acciones la situación existente, todo ello referido a los inmuebles. Además, si bien es efectivo que la posesión por ser tal tiene la protección de la ley sin que se considere el derecho que puede o no corresponder al poseedor, es claro que la mayor parte de la veces la posesión representa el legítimo ejercicio de un derecho; por ello, darle amparo a la posesión significa que indirectamente se le está dando al propietario o titular del derecho real que corresponda.

Las acciones que protegen al poseedor le permiten la conservación o recuperación de la cosa, pero también le permiten mantener el curso de la prescripción adquisitiva, que puede ser interrumpida por un despojo del cual el poseedor fue víctima.

Para que procedan las acciones posesorias es necesario:

- 1.- Posesión útil y continua de un año a lo menos.
- 2.- Una cosa susceptible de la acción posesoria o un derecho real susceptible de tal acción.
- 3.- Perturbación o despojo de la posesión.
- 4.- Que la acción posesoria no est, prescrita.

1.- Posesión útil y continua de un año a lo menos (art.918).

No se distingue si la posesión debe ser regular o irregular, por lo tanto ambas sirven; pero debe ser útil, de manera que no se confiere la acción posesoria al poseedor clandestino ni al violento. Por excepción y con el objeto de evitar justicia por mano propia, la ley concede al poseedor violento o clandestino la querrela de restablecimiento en el caso en que sea despojado violentamente de su posesión (art.928).

La posesión debe ser continua, o sea, no interrumpida durante un año a lo menos (art.918). Para completar el año el poseedor puede recurrir a la accesión de posesiones (arts.920 inc.final y 717). Luego, no es necesario que quien acciona tenga por sí el año completo de posesión.

El dominio no interesa ni es cuestión que se debate (art.923); las inscripciones de dominio que puedan hacerse valer en el juicio sólo se consideran en cuanto ellas acrediten posesión y servir n para probar si la posesión subsiste o se ha extinguido. La prueba de la posesión le compete a quien intente la acción reivindicatoria, por lo tanto, hay que distinguir para estos efectos entre inmuebles inscritos (art.924) y no inscritos (art.925).

2.- Cosa susceptible de acción posesoria.

Sólo lo son los inmuebles y los derechos reales constituidos en ellos (art.916). Luego, los muebles y los derechos reales sobre ellos no están amparados por las acciones posesorias. El titular de un derecho real sobre inmueble tiene la acción posesoria incluso contra el dueño si éste pretende perturbarle o privarle de la posesión de su derecho; aún más, si la posesión de alguno de estos derechos es perturbada por un tercero, el dueño tiene la obligación de auxiliarle en el caso de requerirlo el poseedor (art.922).

La sentencia que recaiga en el juicio posesorio va a afectar al dueño sólo en cuanto se controvertió su derecho, pero no lo afecta cuando no intervino en el juicio y lo controvertido fue la posesión del inmueble y no el derecho.

La ley señala expresamente que desde la apertura de la sucesión los herederos pueden ser sujetos activos o pasivos de la acción posesoria, o sea, desde que tienen la posesión legal de la herencia (art.919).

3.- Perturbación o despojo de la posesión.

Para que proceda una acción posesoria es necesario que el poseedor haya perdido la posesión, o bien, que ella haya sido perturbada. Si se pierde la posesión se dispone de la querrela de restitución; si se ha sido privado violentamente de ella, se tiene la querrela de restablecimiento o despojo violento; y si sólo ha sido perturbada la posesión se tiene la querrela de amparo.

Cualquiera que sea la acción posesoria, recae sobre el poseedor el peso de la prueba en 2 aspectos:

- la posesión.
- los hechos que configuran el despojo o perturbación de ella.

4.- Que la acción posesoria no esté prescrita

- La querrela de amparo prescribe en un año, contado desde la perturbación (art.920 inc.1).
- La querrela de restitución prescribe en un año, contado desde el despojo (art.920 inc.2).
- La querrela de restablecimiento prescribe en 6 meses desde el despojo violento.

Esta norma del art.920 inc.3 es importante porque el plazo comienza a correr desde el último acto de violencia o desde que cesa la clandestinidad. Estos plazos corren contra toda persona y no se suspenden en favor de nadie por ser una acción especial (art.2524). El problema de estos plazos es que son demasiado cortos y prescrita la acción el poseedor que ha perdido su posesión sólo podrá recurrir a la acción reivindicatoria, para lo cual podrá probar el dominio; tampoco podrá recurrir a la acción publiciana, siempre que sea poseedor regular y est, en vías de ganar la cosa por prescripción.

A las acciones de amparo, restitución y restablecimiento (de acuerdo al art.549 CPC), hay que agregar la denuncia de obra nueva y ruinosa y también el interdicto especial del art.941.

1.- Querrela de amparo.

Tiene por objeto la conservación de la posesión del inmueble o del derecho real constituido en ,l, liberando al poseedor de los actos que perturban su posesión. Esta acción otorga tres derechos al poseedor (art.921):

- Obtener que se ponga fin a los actos perturbatorios.
- Que se le indemnicen los perjuicios que la perturbación le hubiere causado.
- Que se le de seguridad que aquella persona a quien fundadamente teme no alterar su posesión (lo que se puede hacer bajo apercibimiento de multa).

2.- Querrela de restitución

Su objeto es recuperar la posesión perdida. El poseedor despojado de su posesión puede pedir que se declare en su favor la restitución de su posesión, puede pedir que se declare en su favor la restitución de la posesión y la indemnización de perjuicios que el despojo le hubiere causado (art.926). Esta querrela debe dirigirse contra quien actualmente posee la cosa, aún cuando ,l no haya sido el autor del despojo de la posesión; pero, la acción de indemnización de perjuicios debe dirigirse contra aquel que despojó de su posesión al poseedor y, si son varios, la responsabilidad es solidaria, o sea, cada uno de ellos responde por el total de los perjuicios (art.927).

3.- La querrela de restablecimiento o despojo violento

Tiene por objeto recuperar la posesión o la mera tenencia de un inmueble o de derechos reales constituidos sobre inmuebles cuando se ha perdido en virtud de un despojo violento. Para que proceda esta querrela, el despojo de que es víctima el poseedor tiene que haber sido mediante la violencia, si no hay violencia no procede la querrela de restablecimiento, sino la de restitución. Esta querrela de restablecimiento presenta otra particularidad, cual es que no solamente es titular de ella el poseedor, sino que también el mero tenedor y, aún m s, el poseedor violento y clandestino. Esto es así, porque el fundamento de esta querrela es evitar la acciones violentas al margen de la ley.

Por eso es que esta acción se concede incluso al poseedor cuyos derechos no son susceptibles de ser amparados por acciones posesorias, como lo sería el poseedor de servidumbres discontinuas y aparentes (art.928 CC).

Para intentar esta querrela o acción de restablecimiento no se requiere tiempo de posesión ni de mera tenencia, lo único que es necesario acreditar es el despojo violento.

Esta acción prescribe en el plazo de 6 meses, contados desde el acto de despojo violento, y la sentencia que en la causa respectiva se dicte no produce cosa juzgada respecto de otras acciones posesorias, por lo tanto ellas podrán intentarse si el poseedor pierde la querrela de restablecimiento (art.928 inc.3).

Querellas especiales (o acciones posesorias especiales)

- a) La denuncia de obra nueva.
- b) La denuncia de obra ruinosa.
- c) Interdicto especial del art. 941 CC.

Las acciones posesorias especiales están sujetas a las siguientes normas que les son comunes:

1. - No es requisito la posesión útil y continua durante un año: basta el hecho de probar posesión, ello es así porque estas acciones tienen por objeto la conservación provisional de una posesión ya existente.
2. - Estas acciones posesorias son indivisibles activa y pasivamente para el caso de que haya pluralidad de sujetos activos y pasivos: esto es, que cualquiera de los sujetos activos pueden intentarlas y cualquiera de los sujetos pasivos pueden ser afectados por ella en el caso contrario. En cambio, la acción de perjuicios que de ella pudiera emanar es divisible activa y pasivamente, pudiendo cobrarse a cada uno la porción a que es obligado (art.946 CC).
3. - Estas acciones posesorias no pueden ejercerse para perturbar el ejercicio de derecho de servidumbre legalmente constituido, aún cuando el titular de ella la haya adquirido por prescripción (arts.947 y 950 inc.final).

a) La denuncia de obra nueva

Tiene por objeto impedir toda construcción u obra nueva denunciabile que se trate de levantar en el terreno que otro posee.

Son obras nuevas denunciabiles las que indica el art.931, estando la regla general en el art.930 inc.1: el poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que est en posesión.

b) Denuncia de obra ruinosas

Tiene por objeto obtener al demolición, reparación o afianzamiento de una obra, árbol o edificio que amenaza ruina (arts. 932 inc.1 y 935 CC, art.571 CPC).

Esta denuncia supone un daño eventual que puede sufrir un vecino de un edificio, árbol u obra que amenaza ruina. Si los perjuicios eventuales no fueren graves, el demandado podrá perfectamente afianzar (caucionar) los eventuales daños que se pudieran causar al vecino (art.932).

El juez puede acoger la denuncia y disponer la demolición o reparación de la obra; pero, pudiera ser que ante la sentencia el demandado se resistiere a demoler o reparar la obra, en tal caso, el querellante puede efectuar él la reparación o a costas del querellado (art.932 inc.1). Ahora, si sucede que se destruye el edificio y ya se hubiere notificado la querella al dueño de éste, dicho propietario tendrá que indemnizar de los perjuicios a los vecinos afectados (art.934).

La acción de denuncia de obra ruinosas no prescribe mientras haya justo motivo para precaver el daño (art.950 inc.2).

c) Interdicto especial del art.941

En virtud de él, el dueño puede impedir que cerca de sus paredes haya depósitos de aguas o de materias húmedas que pudieran causarle algún daño, así como puede impedir que se planten árboles a menos distancia que la de 15 decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia de 5 decímetros.

Los arts.948 y 949 conceden la llamada acción popular, en especial a las municipalidades en relación con estos interdictos, sin perjuicio de la acción que le corresponde a los directamente afectados.

Derechos reales limitados:

1.-Las servidumbres

Art. 820 CC

Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.

No hay servidumbres sobre las personas, sino que est afecta a un inmueble en beneficio de otro inmueble. Este es un derecho real que beneficia a un predio que se llama predio dominante y a cuyo respecto la servidumbre es activa; el predio que soporta el ejercicio de la servidumbre se denomina predio sirviente y a su respecto la servidumbre no es un derecho sino un gravamen, porque importa una limitación del derecho de dominio del dueño de ese predio (arts.732 n.3 y 821 CC), respecto del predio sirviente la servidumbre es pasiva.

Tienen especial importancia las servidumbre en materia agrícola, ya que mediante ellas ciertos predios pueden obtener facilidades que de otro modo no tendrían. La servidumbre es un gravamen estrictamente predial, no hay por lo tanto servidumbres sobre las personas ni tampoco sobre los bienes muebles.

Características de las servidumbre

1. - Recaen sobre bienes inmuebles.
2. - El predio dominante y el predio sirviente deben pertenecer a distintos dueños (art.820 CC). En caso de que los predios pertenezcan a un mismo dueño no se habla de servidumbre, sino que de servicio.
3. - Es un derecho real accesorio, en el sentido de que va unido al predio dominante en su calidad de derecho, como también al predio sirviente en su calidad de gravamen que recae sobre ,l, no teniendo importancia a este respecto los cambios que pueda experimentar el dominio de los predios, no siendo necesario un traspaso especial o alguna inscripción (art.825 CC).

4. - Es un derecho real indivisible, en el sentido de que no puede pertenecer en cuotas a varias personas para lo ejerzan parcialmente. El derecho de servidumbre se ejerce o no se ejerce, pero no se puede ejercer por parcialidades. Consecuencia de esta características son los arts.826 y 827 del CC aplicables en el caso de división de los predios respectivos.

Pero, esta indivisibilidad no impide que sobre un mismo predio varios titulares tengan una servidumbre individualmente cada uno para ejercerla en su totalidad y de presentarse dificultad el juez va a arreglar la forma en que se debe ejercer la servidumbre.

Ejercicio de las servidumbres (arts.828, 829 y 830) en caso de tratarse de servidumbres voluntarias es aplicable el art.884 que dispone que _el título o la posesión de las servidumbres o el tiempo señalado en el art.882, determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente.

Clasificación de las servidumbres

1.-Según el carácter del gravamen, se clasifican en positivas y negativas.

- Positivas: es la que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar al dueño del predio dominante hacer algo; por ejemplo: servidumbre de acueducto, en que el dueño del predio sirviente debe dejar al dueño del predio dominante construir el acueducto(art.823 CC).
- Negativa: es la que impone al propietario del predio sirviente la prohibición de hacer algo, que sin la servidumbre le seria lícito, como la de no poder elevar sus paredes sino hasta cierta altura.

2.-Las servidumbres según sus señales de existencia y ejercicio, se clasifican en aparentes e inaparentes y en continuas y discontinuas respectivamente.

- Aparentes: es la que continuamente est a la vista, como la de tránsito, cuando se hace una senda o por una puerta especialmente destinada a ,l (art.824).
- Inaparentes: son las que no se conocen por una señal exterior, como la misma de tránsito cuando carece de estas dos circunstancias o la del acueducto por un tubo subterráneo.
- Continuas: es la que se ejerce o puede ejercerse continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la del acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante (art.822).

- Discontinua: es la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo y supone un hecho actual del hombre como la servidumbre de tránsito.

La continuidad o discontinuidad de la servidumbre depende de su naturaleza y no de su forma actual de ejercicio; se señala como ejemplo típico el de la servidumbre de acueducto en la cual hubiere una compuerta que debiera ser accionada por un hombre que la abriría y la cerraría no pasando por esto a ser discontinua.

En cambio, la servidumbre de tránsito es siempre discontinua, aún cuando el dueño del predio dominante transite permanentemente por la vía destinada a ese efecto y siempre discontinua por su naturaleza. Esta clasificación importa especialmente en los siguientes aspectos:

- a) Las servidumbres discontinuas de toda clase y las continuas inaparentes no pueden adquirirse por prescripción, ello porque falta la continuidad y publicidad en la posesión del derecho (art.882).
- b) No hay acciones posesorias en protección de las servidumbres discontinuas e inaparentes, excepto la querrela de restablecimiento y las acciones posesorias especiales.
- c) La forma de constitución de las servidumbres voluntarias llamadas destinación del padre de familia, sólo tiene lugar respecto de la servidumbre aparentes (art.881).
- d) En la extinción por el no ejercicio de la servidumbre durante 3 años, el plazo corre en las servidumbres continuas desde que se efectuó un acto contrario a la servidumbre y, en las discontinuas, desde que se han dejado de gozarse (art.885 incs.5 y final).

3.-Según su origen, se clasifican en legales, naturales y voluntarias.

Naturales son las que provienen de la natural situación de los lugares, legales son las impuestas por la ley, y voluntarias son las constituidas por un hecho del hombre.

- Entre las servidumbres naturales el CC contempla, por ejemplo, la de libre escurrimiento de las aguas (art.833), no habiendo más que a este respecto servidumbre de carácter natural.

- Las servidumbres legales las impone la ley, que a la vez es título y modo de adquirir. Cuando hay una servidumbre legal el dueño del predio dominante nada debe indemnizar al dueño del predio sirviente; por excepción, las servidumbres de acueducto y de tránsito obligan al dueño del predio dominante a indemnizar perjuicios al dueño del predio sirviente.

Las servidumbres legales se clasifican en:

a) servidumbres legales relativas al uso público.

Son el uso de las riberas para la navegación o flote (art.839 inc.3) y las demás determinadas por los reglamentos u órdenes respectivas.

b) servidumbres legales relativas al uso de los particulares.

Se legisla con respecto a ellas en el Código de Minería, ley de navegación aérea, entre otras. El CC reglamenta solamente algunas servidumbres establecidas en beneficio de los particulares, que son las del art.841, vale decir, las de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista:

- Servidumbre de demarcación (arts.842 y 843). Supone que el dominio de dos predios no está controvertido, pues si lo estuviere se debe establecerse primero el dominio y luego la demarcación. Su finalidad es la fijación de los límites que separan predios colindantes. Para constituir esta servidumbre se aplica el procedimiento sumario.
- Servidumbre de cerramiento. Es aquella que permite al dueño de un predio obligar a los dueños de los predios colindantes a que concurren a la separación o división en su caso, de ser coindivisarios comunes. En caso de que trate de cerrar un terreno propio se aplican los arts. 844 y 845.
- Servidumbre de medianería. Consiste en que dos predios que tienen paredes o cercos comunes quedan sujetos a derechos o gravámenes de carácter recíproco relativos al uso y goce (art.851 CC). Operan estas servidumbres de medianería en dos formas:
 - a) Cuando el cerramiento se hizo de común acuerdo (art.852), sin que importe el terreno en que está construido el cerramiento.

b) Cuando el cerramiento lo construyó uno solo de los dueños y el otro ejerce el derecho de hacerlo medianero mediante el pago de la mitad del valor del terreno y de la porción de cerramiento cuya medianería él pretenda. La medianería se prueba cuando consta que el cerramiento se hizo a expensas comunes y, en segundo lugar, mediante las presunciones legales del art.853 CC.

Derechos de los medianeros:

- 1.- El medianero de pared puede construir sobre ella.
- 2.- El medianero de pared puede elevarla.
- 3.- El medianero de árboles puede pedir que sean derribados si le causan daños. Los árboles que están en la cerca medianera son también medianeros, como igualmente los que se encuentran en la línea divisoria, aun cuando no haya cerramiento.

Sobre los medianeros pesa la obligación de concurrir a las expensas de construcción, conservación y reparación a prorrata del cerramiento común. Hay aquí una verdadera comunidad indiviso (art.857 inc.1).

- Servidumbre de tránsito. Es un gravamen impuesto sobre un predio en favor de otro predio que carece totalmente de comunicación o salida a camino público, para que el dueño de este último transite por el primero, debiendo pagar una indemnización al dueño del predio sirviente.

Requisitos:

1. - Un predio dominante sin salida a camino público (esto es lo que se llama enclavado); si tiene salida, aun cuando ella sea difícil, no tiene lugar la servidumbre de tránsito (art.849).
2. - Es necesario que la salida a camino público sea necesaria para la explotación del predio dominante (art.847).
3. - Que se pague al dueño del predio sirviente el valor de los terrenos y de otros perjuicios que se le causen. Los valores a pagar como indemnización se deben determinar de común acuerdo y, a falta de éste, en juicio sumario oyéndose a las partes (arts.847 y 848 CC). El art.850 establece ciertos casos de servidumbres de tránsito sin indemnización alguna.

- Servidumbre de luz y vista. La servidumbre de luz es el gravamen que soporta un predio en orden a que el predio vecino abra ventana o tronera para tener luz (art.873, 874 y 877). La servidumbre de vista es el gravamen por el cual el dueño de un predio no puede tener ventanas, balcones, miradores o azoteas que den vista sobre un predio vecino, a menos que medie entre ambos una distancia de 3 metros medidos en la forma que indica el art.878.

- Servidumbres voluntarias. Son aquellas que se constituyen por un acuerdo o convenio entre las partes (art.880 inc.1), o bien, por una sentencia judicial (art.880 inc.2), o bien, se adquieren por prescripción (art.882).

Se puede decir en general que estas servidumbres voluntarias son las mismas servidumbres legales, pero a las cuales les falta un requisito para tener el carácter de tal, como sería por ejemplo la situación de un predio que tiene una salida a camino público muy difícil y legalmente a su respecto no hay servidumbre de tránsito, pero en forma voluntaria y por vía convencional el dueño del predio dominante y el dueño del predio sirviente podrían acordar una servidumbre de tránsito, para darle al primero la más fácil salida a camino público.

Constitución de las servidumbres.

- a) Por medio de un título esto es, por medio de una convención celebrada entre el dueño del predio dominante y el dueño del predio sirviente (art.882).

Las servidumbres discontinuas y las continuas inaparentes sólo pueden constituirse de esta forma (art.883). El título constitutivo de la servidumbre puede suplirse por el reconocimiento del dueño del predio sirviente (art.883 inc.1).

- b) Por prescripción la cual también presenta una característica especial, porque a su respecto hay un plazo único de 5 años (art.882 inc.2).

- c) Por sentencia judicial (art.880 inc.2).

- d) También pueden constituirse por una forma muy especial que se llama destinación del padre de familia, que consiste en que el dueño de dos predios, que ha impuesto entre ellos un servicio continuo y aparente, enajena uno de sus predios o éste, por partición, pasa a un dueño diferente o distinto; en este caso, subsiste ese servicio como servidumbre, salvo que en el título de enajenación o partición se diga cosa distinta (art.881 CC).

Extinción del derecho de servidumbre (causales)

- a) - Por resolución del derecho del constituyente, es decir, extinción del dominio del predio sirviente (art.885 n.1).
- b) - En su caso, por vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria (art.885 n.2, aplicable sólo a las servidumbres voluntarias).
- c) - Por confusión, esto es, por pasar a ser una misma persona dueña del predio dominante y dueña del predio sirviente (art.885 n.3).
- d) - Por renuncia del titular (art.885 n.4), el cual es el dueño del predio dominante.
- e) - Por prescripción al no haberse ejercitado la servidumbre por un plazo de 3 años. Esta prescripción extintiva presenta las siguientes características:
 - 1- El plazo se computa en forma distinta para las servidumbres continuas y discontinuas, porque en las discontinuas el plazo se cuenta desde que han dejado de gozarse, y, en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre (art.885 inc.final).
 - 2- Si son varios los dueños del predio dominante, como la servidumbre tiene carácter indivisible, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción extintiva respecto de todos y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno (art.886).
- f) - Por imposibilidad de ejercer la servidumbre durante el plazo de 3 años (art.887); esta imposibilidad tiene que ser de carácter objetivo y, si cesa el impedimento, revive la servidumbre con tal que esto suceda antes de haber transcurrido dicho plazo.

2.-El usufructo.

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.

El derecho de usufructo es un derecho real en cosa ajena que otorga a su titular la facultad de gozar de la cosa. La facultad de disposición la conserva el propietario.

El dueño que constituye un derecho real de usufructo en favor de una persona se llama constituyente; el nudo propietario es quien tiene la propiedad de la cosa fructuaria separada del uso y del goce, pudiendo ser el mismo constituyente, en cuyo caso conserva la nuda propiedad, o un tercero a quien se le atribuye; y el titular del derecho de usufructo es el usufructuario.

Se llama restitución la consolidación del usufructo con la nuda propiedad.

El usufructo es un título de mera tenencia (art.714); el usufructuario es mero tenedor de la cosa, pero es poseedor del derecho de usufructo (arts.715 y 922). El usufructo es un derecho personalísimo. Son susceptibles de usufructo todas las cosas muebles e inmuebles y los derechos reales.

Constitución del derecho de usufructo

1. - Por ley como el que tiene el padre de familia sobre los bienes del hijo, usufructo que se rige por reglas especiales (arts.766 n.1 y 810).
2. - Por testamento en tal caso es solemne, debiendo estar revestido de las solemnidades propias del testamento y, aún cuando recaiga sobre inmuebles, no requiere inscripción.
3. - Por acto entre vivos (art.766 n.3) en este caso puede constituirse por una convención consensual (si recae sobre muebles) o solemne (si recae sobre inmuebles), siendo en este último caso la solemnidad la escritura pública inscrita (art.767).
4. - Por prescripción (art.766 n.4).
5. - Por sentencia judicial es un caso excepcional y que opera en la partición de bienes (art.1337 n.6).

Limitaciones en la constitución del usufructo

a) Se prohíbe constituir dos o más usufructos alternativos o sucesivos (art.764 inc.1): lo que sucede es que el usufructo sucesivo supone la existencia de varios usufructuarios, de tal manera que cuando el usufructo de uno cesa la cosa pasa en usufructo al otro usufructuario. Lo que se prohíbe son los usufructos sucesivos y no los usufructos conjuntos (arts.772 y 780).

Por su parte, el usufructo alternativo es aquel en que existen varios usufructuarios de modo que después de gozar la cosa el último de ellos vuelve a gozarla el primero de los usufructuarios.

La sanción para el caso de que se constituyan estos tipos de usufructos es la del art.769 inc.2, que expresa: Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se consideraran como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse en primer usufructo.

La razón por la que se prohíben estos usufructos sucesivos y alternativos es porque atentan contra el principio de la libre circulación de los bienes.

b) Se prohíbe sujetar el usufructo a condición o plazo suspensivo bajo sanción de nulidad (art.768 inc.1); por excepción, vale el usufructo constituido por testamento sujeto a condición o plazo, si ésta se hubiere cumplido o el plazo expirado antes del fallecimiento del testador. En el usufructo el plazo es siempre extintivo porque en el hecho dura un tiempo determinado o toda la vida del usufructuario, si no se fija plazo se entiende que es por toda la vida del usufructuario. El usufructo jamás se transmite a los sucesores del usufructuario.

El usufructo y el cuasi usufructo.

El CC al definir al usufructo permite al usufructuario restituir según la naturaleza de la cosa fructuaria, ya sea la misma cosa o igual cantidad y calidad del mismo género o su valor. Contempla aquí el CC, sin decirlo expresamente, las figuras del usufructo y del cuasi usufructo. Hay que tener presente que las denominaciones del CC para designar a una y otra clase de bienes han dado discrepancias.

Del tenor del art.764 se ha entendido que hay usufructo cuando la cosa es no fungible y cuasi usufructo cuando la cosa es fungible.

Sin embargo, hay quienes han entendido que cuando el CC habla de cosa fungible y no fungible se refiere a las cosas consumibles y no consumibles. Las principales distinciones entre el usufructo y el cuasi usufructo son:

- a) El usufructo es título de mera tenencia, porque el usufructuario reconoce dominio ajeno. El cuasi usufructo es un título traslativo de dominio, porque el cuasi usufructuario se hace dueño del bien que recibe (art.789).
- b) Por consiguiente, llegada la época de restitución, el nudo propietario puede ejercer la acción reivindicatoria en el usufructo; en tanto que en el cuasi usufructo tiene derecho solamente a la restitución de un crédito, por lo tanto, tiene una acción personal para exigir la entrega de la cantidad debida o del valor.
- c) La pérdida fortuita de la cosa debida en el usufructo libera al usufructuario de su obligación de restituir la cosa; no sucede lo mismo en el cuasi usufructo, ya que en él se debe una especie indeterminada de cierto género, el género no perece y siempre habrá al alcance una especie para restituir.

Efectos del usufructo

El usufructo produce derechos y obligaciones tanto respecto del usufructuario como del nudo propietario.

1.- Derechos del propietario

- A.- Usar y gozar la cosa, esto es, emplear la cosa según su natural destino pudiendo además hacer suyos los frutos naturales y civiles que de ella provengan. Por excepción se apropia también de ciertos productos de la cosa, los cuales para estos efectos se asimilan a los frutos (arts.783, 784 y 788), reglas estas que son supletorias de la voluntad de las partes.
- B.- Administrar la cosa fructuaria (art.777 inc. final), esto es, puede entregarla en arrendamiento y, aún más, efectuar ciertos actos de disposición contemplados en los incs.3 y 4 del art.777, pero para esto requiere del acuerdo del nudo propietario, tales actos son el arrendar la cosa fructuaria y comprar o vender las cosas fungibles y tomar o dar prestados a interés los dineros que de ellos provengan.
- C.- Tiene derecho a arrendar y ceder el usufructo (art.793). Esta disposición ha originado una discusión en cuanto al objeto preciso del arriendo o cesión, porque pudiera entenderse que puede cederse el usufructo en sí mismo o solamente su ejercicio. La solución que se da, es importante especialmente si se trata de inmuebles, porque si lo que se cede es el usufructo en sí mismo, el usufructuario estaría facultado para hipotecarlo (art.2148), lo que no podría hacer si sólo lo cedido es el emolumento o ejercicio del derecho de usufructo. Ahora, en el caso del cuasi usufructo se tiene también facultad para disponer de la cosa fructuaria.

2.- Obligaciones del usufructuario

2.1 Obligaciones previas a entrar en el goce del usufructo:

- Hacer inventarios y rendir caución: la ley autoriza expresamente al constituyente para liberar al usufructuario de la obligación de rendir caución, no haciendo lo mismo respecto de la otra obligación (hacer inventarios). Por eso, se discute si puede liberarlo de esta obligación, estimándose en general que sí, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

2.2 Obligaciones durante el usufructo:

- a) Respetar los arriendos y demás cargas de la cosa fructuaria; debe respetarlos aun cuando no se hayan contraído por escritura pública (art.792 en relación con el art.1962).
- b) Debe mantener la cosa y su substancia (art.764).
- c) Debe pagar expensas y mejoras (arts.795, 796, 797 y 798).
- d) Si ha sido constituido por testamento, puede quedar obligado de deudas hereditarias y testamentarias (art.1368).

En el cumplimiento de estas obligaciones responde hasta de la culpa leve (arts.787, 802 y 44).

2.3 Obligaciones una vez extinguido el derecho de usufructo:

Normalmente es una: restituir la cosa fructuaria (arts.767 y 787). Debe tenerse presente que el nudo propietario puede reivindicar la cosa si no se le entrega buenamente (art.915). Si se trata de un cuasicontrato, lo que se debe restituir es otro tanto de igual cantidad y calidad a su valor (arts.764 y 789), correspondiendo al cuasi usufructuario la elección.

3.- Derechos del nudo propietario.

El nudo propietario tiene el dominio de la cosa fructuaria; no tiene las facultades de uso y goce, pero en conserva en plenitud la de disposición. Sus derechos son los siguientes:

- a) tiene derecho a los frutos que se encontraren pendientes al momento de la restitución de la cosa fructuaria.

- b) tiene derecho a la indemnización de perjuicios y deterioros que haya experimentado la cosa fructuaria.
- c) Puede solicitar la terminación anticipada del usufructo en determinados casos (art.809).
- d) Como propietario, está premunido de la respectiva acción real protectora de su derecho (art.893) y, si se trata de inmuebles, dispondrá también de las acciones posesorias (art.916).

4.- Obligaciones del nudo propietario

- Debe pagar las expensas extraordinarias mayores que se hubieren ejecutado (arts.797 y 798).

Extinción del usufructo

- 1.- Por la llegada del plazo o cumplimiento de la condición.
- 2.- Por muerte del usufructuario (art.806).
- 3.- Por resolución del derecho del constituyente (art.806).
- 4.- Por prescripción (art.806).
- 5.- Por consolidación del usufructo con la nuda propiedad.
- 6.- Por renuncia del usufructuario.
- 7.- Por destrucción completa de la cosa fructuaria (art.807).
- 8.- Por sentencia judicial en los casos y con los requisitos del art.809.

Jurisprudencia y bibliografía relacionada.

Corte de Temuco, 2 de abril de 1958: R., t.52, secc. primera, p.120; Corte de Concepción, 4 de julio de 1958: R.,t.56, secc. primera, p.305; Corte Suprema, 13 de mayo de 1961: R., t.58, secc. primera, p.108. Corte Suprema, 28 de julio de 1955. R., t.52, secc. primera, p.185 y R., t.1, p.283.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI n.3, primera parte, p.69: Se faculta al portador de copia autorizada..., de Daniel Peñailillo.