

DERECHOS REALES LIMITADOS¹

Sumario:

I.- GENERALIDADES

II.- LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

- 1.- Definición
- 2.- Origen
- 3.- Constitución del fideicomiso
- 4.- Efectos de la propiedad fiduciaria
- 5.- Extinción del fideicomiso

III.- EL USUFRUCTO

- 1.- Concepto
- 2.- Características
- 3.- Elementos del usufructo
- 4.- Constitución del usufructo
- 5.- Efectos del usufructo
- 6.- Extinción del usufructo

IV.- EL DERECHO DE USO Y DE HABITACIÓN

- 1.- Definición
- 2.- Características

V.- LAS SERVIDUMBRES

- 1.- Concepto
- 2.- Elementos
- 3.- Características
- 4.- Clasificación
- 5.- Importancia de las clasificaciones de servidumbres aparentes e inaparentes, continuas y discontinuas.
- 6.- Ejercicio del derecho de servidumbre
- 7.- Clases de servidumbres según su origen
- 8.- Extinción de las servidumbres

I.- GENERALIDADES

El dominio estará limitado cada vez que le falte alguna de sus características esenciales.

Estas limitaciones pueden ser **legales** (por ejemplo: el usufructo o derecho legal de goce del padre o madre sobre los bienes del hijo; las servidumbres legales) o **voluntarias**, cuando han sido establecidas por un hecho del hombre en virtud de un acto jurídico.

En general, se puede decir que el dominio se encuentra limitado toda vez que se haya constituido sobre una cosa un derecho real a favor de una persona que no sea el dueño.

¹ Fecha de última modificación: 29 de febrero de 2016.

El artículo 732 alude a los variados modos en que puede ser limitado el dominio. Estas limitaciones son derechos reales que debilitan los elementos que caracterizan al dominio, el más completo de los derechos reales.

Se habla de “derechos reales limitados”, por dos razones fundamentales:

1º Porque estos derechos limitan el dominio; y

2º Porque considerados en sí mismos, estos derechos confieren sobre la cosa en que recaen, facultades más limitadas que aquellas que otorga el dominio.

Son “derechos reales limitados”, según se desprende del artículo 732, la propiedad fiduciaria, el usufructo, el uso o la habitación y las servidumbres. Los estudiaremos en el mismo orden.

II.- LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

1.- Definición

El artículo 733 define la propiedad fiduciaria como aquella “que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición”.

Como puede observarse, el elemento esencial de la propiedad fiduciaria es la existencia de una condición.

2.- Origen.

Nace la institución en el derecho romano, como consecuencia de la diferente situación jurídica de los ciudadanos romanos y los peregrinos. Puesto que los últimos no podían suceder por causa de muerte a un ciudadano, éste, si quería dejar sus bienes a un peregrino, se los dejaba a otro ciudadano (fiduciario) para que éste se los entregara al peregrino (fideicomisario).

Posteriormente en tiempos de Justiniano, se reglamentan las acciones del fideicomisario en contra del fiduciario.

Luego, el fideicomiso toma su forma actual, cuando se establece que el ciudadano romano no entregará los bienes inmediatamente después de la muerte del causante, sino más tarde, al cumplimiento de una condición.

En la Edad Media la institución fue utilizada para la conservación de las fortunas, a través de sus modalidades de fideicomisos perpetuos y sucesivos.

Los postulados liberales de fines del siglo XVIII vuelven a modificar su orientación, impidiendo que sus características entraben la libre circulación de la riqueza. Así, Bello recoge esta tendencia, estableciéndose que pasado cierto plazo, la condición se reputa fallida (artículo 739: 5 años); se prohíben los fideicomisos sucesivos (artículo 745); se prohíben los mayorazgos, vinculaciones o fideicomisos perpetuos (artículo 747, a contrario sensu).

3.- Constitución del fideicomiso.

Requiere la concurrencia de tres requisitos:

- a) que los bienes sean susceptibles de darse en fideicomiso
- b) que existan tres personas (constituyente, fiduciario y fideicomisario)

- c) que exista una condición en virtud de la cual pase la propiedad del fiduciario al fideicomisario.
- a) Cosas que pueden darse en Fideicomiso art. 734

Las cosas consumibles no pueden ser objeto de fideicomiso; pero si éste se constituye sobre una herencia o sobre una cuota determinada de ella, no hay inconveniente para que algunas de las cosas que integran dicha herencia sean consumibles. La cuestión se plantea cuando el fideicomiso se establece sobre una cosa singular; entonces debe ser una especie o cuerpo cierto y no consumible. El fideicomiso puede recaer en muebles o inmuebles.

De acuerdo al art. 735, la constitución del fideicomiso es un acto esencialmente solemne; por acto entre vivos, deberá constituirse por escritura pública; por acto de última voluntad, se hará por testamento. Además, como lo dispone el artículo citado y lo repite el número 2 del artículo 52 del Reglamento del Conservador, la constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes.

Cuando se constituye por acto testamentario, es claro que la inscripción no significa tradición de la propiedad fiduciaria, porque el modo de adquirir es la sucesión por causa de muerte. Para algunos autores (Alessandri, Somarriva, Vodanovic) la inscripción en este caso es solemnidad de la constitución del fideicomiso, en tanto que para otros (Claro Solar) tiene por finalidad mantener la continuidad de las inscripciones y para dar publicidad a las mutaciones del dominio.

Cuando se constituye por acto entre vivos, la inscripción tiene el rol de tradición de la propiedad fiduciaria, del constituyente al propietario fiduciario. Para algunos, es éste el único papel que desempeña la inscripción (Claro Solar), mientras que según otros, es además, solemnidad del acto constitutivo, acto que no estaría perfecto en tanto dicha inscripción no se efectúe (Alessandri). En términos prácticos, esta última posición implica afirmar que no sería posible exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto, entre otras la entrega del inmueble, ya que mientras no se inscriba no estaría constituido el fideicomiso. Sobre el particular, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo de la tradición, cuando hicimos referencia a los fines de la inscripción en el Derecho Chileno.

La posibilidad de adquirir la propiedad fiduciaria **por prescripción** es también discutida. Se rechaza por algunos (Alessandri), sosteniéndose:

- Que no puede concebirse que alguien reciba una cosa en posesión, con el ánimo de restituirla al cumplirse una condición;
- Además, al decir el art. 735 que el fideicomiso no puede constituirse sino por los dos medios allí contemplados, quedan excluidos otros medios, porque el precepto sería prohibitivo, con las dos excepciones en él señaladas;
- Por último, en el usufructo se indica expresamente que puede adquirirse por prescripción (artículo 766 N° 4), mientras que en las normas del fideicomiso nada se dice.

Sin embargo, otros autores (Claro Solar) aceptan la posibilidad de adquirir el fideicomiso por prescripción. Tiene lugar, por ejemplo cuando en la constitución de la propiedad fiduciaria hubo algún vicio y en consecuencia el propietario fiduciario es sólo poseedor de su derecho, como ocurre cuando el fideicomiso se constituyó sobre cosa ajena. Cabe acotar que lo anterior sería válido para la adquisición del fideicomiso por

prescripción, más no para la constitución del mismo ya que en éste último caso sólo podrá serlo por una de las dos formas establecidas en el art. 735.

b) Que existan tres personas (constituyente, fiduciario y fideicomisario)

b.1) Constituyente: es el propietario del bien, que por testamento o por acto entre vivos declara transmitirlo o transferirlo a otro, con una condición de la esencia del fideicomiso.

b.2) Propietario fiduciario: es la persona que recibe el bien dado en fideicomiso, sujeto al gravamen de traspasarlo a otro si se verifica la condición. El art. 742 permite que el constituyente nombre varios fiduciarios o fideicomisarios, pero estos no pueden ser sucesivos, es decir, no pueden ser llamados al goce de la cosa uno en pos de otro, sino que todos los fiduciarios nombrados deben gozar de la cosa conjunta o simultáneamente y todos los fideicomisarios deben adquirirla de la misma forma (artículo 745). En todo caso, el constituyente puede designar propietarios fiduciarios sustitutos, ya que si bien el Código no lo señala expresamente del tenor de los arts. 742, 743 y 744 parece no haber inconveniente.

Falta de fiduciario: el o los propietarios fiduciarios deben existir en el momento de constituirse el fideicomiso. La falta del fiduciario produce diversos efectos, según falte antes o después que se le defiera el derecho:

1. Si falta antes que se le defiera el fideicomiso, hay que atender a si el constituyente designó o no sustitutos.

1.1. Si falta el fiduciario y se ha designado sustituto (o sustitutos), la propiedad fiduciaria pasa a éste (o a éstos).

1.2. Si no se designó sustitutos, es necesario distinguir si hay o no lugar al acrecimiento: artículo 750, lo que supone la designación de varios propietarios fiduciarios.

1.2.1. Opera el acrecimiento: de conformidad al art. 1148, el acrecimiento tiene lugar cuando han sido designados varios propietarios fiduciarios y han sido llamados todos juntos a la totalidad de la asignación fiduciaria, sin indicación de cuota. En virtud del acrecimiento, la porción del que falta se junta con las demás.

1.2.2. No opera el acrecimiento: si el constituyente no ha designado sustituto ni hay lugar a acrecimiento (ya sea porque hay un solo fiduciario, o habiendo varios, ha sido determinada la cuota de cada uno de ellos), dispone el art. 748 que el constituyente, que es dueño absoluto, pasa a ser propietario fiduciario si viviere, o sus herederos.

2. Si falta el propietario fiduciario después de deferido el fideicomiso, se transmite la propiedad fiduciaria a sus herederos, con el gravamen de restituirla al fideicomisario, si se cumple la condición (art. 751). La propiedad fiduciaria es pues transmisible.

b.3) Fideicomisario: es la persona que tiene la expectativa de ser dueño absoluto del bien, si se cumple la condición. Es un acreedor condicional, bajo condición suspensiva.

No es necesario, a diferencia del propietario fiduciario, que el fideicomisario exista al tiempo de constituirse el fideicomiso, basta con que se espere que exista (art. 737). Pero sí se requiere que el fideicomisario exista al tiempo de la restitución, condición ésta que siempre se entiende en el fideicomiso (art. 738).

Los fideicomisarios nombrados pueden ser varios (igual que los propietarios fiduciarios), art. 742; que existan o se espere que existan (art. 746). Pueden ser de llamado simultáneo (art. 742) o en forma de sustitutos (art. 743). Si hay sustitutos, debe tenerse presente el art. 745, prohibición de fideicomisos sucesivos.

Falta de fideicomisario: debemos distinguir si falta antes o después de cumplirse la condición.

Si falta antes que se cumpla la condición y se ha designado sustituto, la expectativa pasa a éste: es el sustituto quien pasa ser el fideicomisario.

Si no hay sustituto, el fideicomisario, con arreglo al art. 762, nada transmite a sus herederos, ni siquiera su expectativa de llegar a ser alguna vez dueño de la cosa; lisa y llanamente se consolida la propiedad del fiduciario, porque ha fallado la condición. Dado que el fiduciario es dueño de la cosa bajo condición resolutoria y ha fallado ésta, pasa a ser dueño absoluto. Los arts. 743 y 744 dan normas para el caso que se haya designado sustitutos.

- Las sustituciones se entienden vulgares (1156), es decir, sólo operan cuando el fideicomisario o el fiduciario faltan antes de que se defiera su derecho. Si falta el fideicomisario, después que la condición se ha cumplido, el sustituto no tiene derecho alguno, porque el fideicomisario ya ha adquirido la propiedad absoluta de la cosa, y a su muerte se transmite a sus herederos. Si se aceptara sustitutos vulgares o no vulgares o “fideicomisarios” después de deferido el derecho al fideicomisario (1164), en el hecho significaría establecer fideicomisos sucesivos, infringiendo el art. 745.

- No hay más sustitutos que aquellos que expresamente ha designado el constituyente. Si falta el fideicomisario después que se ha verificado la condición, no se presenta ningún problema: tras pasa el derecho a sus sucesores, de acuerdo a las reglas generales de la sucesión por causa de muerte.

c) Existencia de una condición:

El fideicomiso lleva en si la incertidumbre y ésta es su fundamental diferencia con el usufructo, pues éste siempre termina, mientras que la terminación de fideicomiso es eventual, ya que la restitución no siempre es seguro que se verifique.

La condición impuesta en el fideicomiso es resolutoria para el propietario fiduciario y suspensiva para el fideicomisario. De cumplirse, se resuelve el derecho de aquel y nace el de éste, el cual estaba en suspenso mientras la condición pendía.

El art. 738 dispone que en el fideicomiso siempre va envuelta una condición expresa o tácita: que exista el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución. Es ésta la condición esencial a todo fideicomiso. A dicha condición, pueden agregarse otras, copulativa o disyuntivamente (738, inciso 2º).

En cuanto al tiempo en que debe cumplirse la condición, el art. 739 soporta como máximo 5 años que la condición esté pendiente. Si transcurrido dicho plazo no se ha cumplido, de pleno derecho se entiende fallida. Si la condición falla y no se cumple en el tiempo hábil dentro de los 5 años siguientes a la delación de la propiedad fiduciaria, se extingue el fideicomiso (763, Nº 5). Extinguido el fideicomiso, desaparece la condición resolutoria que afectaba al derecho del fiduciario, se consolida su derecho y adquiere la propiedad absoluta de la cosa. Por eso no se afirma que el fiduciario tiene que restituir la cosa, sino que se dice que puede encontrarse en situación de tener que restituirla, lo que sucederá, si la condición se cumple; si la condición falla, no habrá restitución. En el mismo art. 739 se establece una excepción al plazo de 5 años: cuando el evento de que pende la restitución es la muerte del fiduciario.

4.- Efectos de la propiedad fiduciaria.

a) Derechos y deberes del fiduciario

Siendo dueño de la cosa tiene sobre ella una serie de derechos. Para empezar el art. 893 le otorga expresamente la acción reivindicatoria para defender su propiedad. Sin embargo, a cada momento el legislador le va recordando que su derecho es temporal. De ahí resultan sus deberes.

En cuanto a sus derechos, el propietario fiduciario puede:

a.1 Enajenar la cosa por acto entre vivos y transmitirla por causa de muerte: art. 751.

La facultad de enajenar tiene una excepción: cuando el constituyente prohibió la enajenación art. 751, inciso 2°.

A su vez, no podrá transmitirse por causa de muerte, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario. Si en este caso el fiduciario hubiere enajenado la cosa en vida, el adquirente deberá restituirla al fideicomisario, al fallecer el fiduciario (la misma regla en el usufructo, artículo 793, inciso 3).

a.2 Gravar su propiedad fiduciaria: art. 757. Con todo, con el fin de proteger al fideicomisario, la ley ordena cumplir ciertos requisitos para que el gravamen sea oponible al fideicomisario.

- Autorización judicial dada con conocimiento de causa; y
- Audiencia de las personas mencionadas en el art. 761.

a.3 Administrar el bien de que fiduciariamente es dueño: artículo 758. Debe sí conservar su integridad y valor. Siendo un administrador responde de los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa. Como el legislador no indica el grado de culpa de que responde el fiduciario debemos concluir que responde de culpa leve (art. 44, inciso 3°). La propiedad fiduciaria es inembargable (1618 N° 8 del Código Civil y 445 N° 14 del Código de Procedimiento Civil), pero sí pueden embargarse los frutos.

a.4. Gozar de los frutos de su propiedad fiduciaria: 754, 781 y 790. Consecuencia de su calidad de dueño (norma de reenvío al aludir al usufructo).

En cuanto a sus Obligaciones, el propietario fiduciario debe:

a.1 Practicar inventario solemne de los bienes que ha recibido, en las mismas condiciones que el usufructuario. (art. 775, respecto al último). Sin embargo, no está obligado, como el usufructuario, a rendir caución de conservación y restitución, salvo que las personas indicadas en el art. 761 lo exijan y el juez acceda (providencia conservativa): art. 755.

a.2. Conservar la cosa y restituirla en el momento de verificarse la condición de la cual pende su derecho. La cosa debe conservarse indivisa y sujeta siempre al gravamen de restitución. Esta indivisión forzada tiene por objeto proteger las expectativas del fideicomisario, y como tal, constituye una excepción a la regla del art. 1317.

En cuanto a las mejoras y expensas que hubiere hecho, para saber quién debe pagarlas debemos distinguir:

- mejoras ordinarias de conservación y cultivo o fructuarias (es decir aquellas necesarias para hacer producir la cosa), son de cargo del fiduciario, sin que pueda exigir nada por ellas al fideicomisario (artículos 795 y 796, en relación con el 754). También debe pagar el fiduciario las cargas y pensiones periódicas,

los impuestos fiscales y municipales que pesan sobre la cosa (artículos 796 y 754).

- Mejoras extraordinarias o mayores (definidas en el art. 798 como “las que ocurran por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria”), que pueden ser de dos clases, materiales e inmateriales: art. 756. Debe pagarlas el fiduciario, pero llegado el evento de la restitución, tiene derecho a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario (con las rebajas que expresa el art. 756). En este caso, el fiduciario tiene derecho de retención (754- 800). Las reglas son entonces las siguientes:

- i) El fiduciario está obligado a pagar todas las expensas extraordinarias para la conservación de la cosa, incluyendo el pago de las deudas y de las hipotecas;
- ii) Pero llegado el caso de la restitución (o sea, cuando habiéndose cumplido la condición, deban entregarse las cosas al fideicomisario), tendrá derecho el fiduciario a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario dichas expensas;
- iii) El reembolso, sin embargo, se reduce a lo que con mediana inteligencia y cuidado debieron costar las expensas (la ley, entonces, alude a la diligencia de quien responde de culpa leve);
- iv) Aún más, el reembolso se efectuará con las rebajas siguientes:
 - 1° Si las expensas se invirtieron en obras materiales, como diques, puentes, paredes, sólo se reembolsará lo que estas obras valgan al tiempo de la restitución;
 - 2° Si las expensas se invirtieron en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca, o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse sin comprometer los derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que hayan costado una vigésima parte (o sea, un 5%) por cada año de los que desde entonces hubieren transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieren transcurrido más de veinte, nada se deberá por esta causa (en este último caso, y atendido lo dispuesto en el artículo 739, la ley parece aludir a la muerte del fiduciario, como hecho que origina la obligación de restituir, pues sabemos que de tratarse de una condición, ésta debe cumplirse dentro de los cinco años contados desde que fue deferido el fideicomiso al fiduciario).

a.3.- Restitución de la cosa, si la condición impuesta se cumple: deberá efectuar la tradición de la cosa dada en fideicomiso al fideicomisario.

Excepciones: los arts. 749 y 760 establecen tres situaciones que hacen excepción a las obligaciones antes enunciadas:

- Tenedor fiduciario: art. 749. Está obligado también a restituir los frutos.
- Irresponsabilidad de todo deterioro: artículo 760, 1°.
- Fideicomiso de residuo: el fideicomisario sólo podrá reclamar lo que quede al momento de la restitución: artículo 760, 2°.

b.- Derechos y obligaciones del Fideicomisario.

b.1. Derechos.

Tiene los siguientes derechos:

b.1.1 Derecho de solicitar medidas conservativas: art. 761, en relación al art. 1492. Entre otras, puede exigir caución de conservación y restitución (art. 755).

b.1.2 Se ha sostenido que podría vender su expectativa (art.1813). Se trataría de una venta de cosa futura.

b.1.3 Derecho a ser oído cuando el propietario fiduciario desea gravar la cosa.

b.1.4 Derecho a solicitar indemnización de los perjuicios que sufre la cosa a consecuencia de hecho o culpa del fiduciario (salvo en el caso del artículo 760, inciso 1°: “Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro”). En este caso, ¿El fiduciario así facultado, no responderá ni siquiera por los deterioros causados a las cosas por su dolo o culpa grave? No parece razonable aceptar esto, pues en caso contrario, sería el propio legislador el que “condone” anticipadamente un dolo futuro o una grave negligencia, como implica la culpa lata o grave, cuyos efectos se equiparan a los del dolo. Así por lo demás lo entiende Luis Claro Solar, al expresar que en este caso, el fideicomisario impetrar medidas conservativas (por ejemplo, imponer ciertas prohibiciones o incluso el secuestro de las cosas: “En caso de haberse dado al fiduciario el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, podría también el fideicomisario impetrar medidas conservativas si el fiduciario manifiestamente procediera con dolo o culpa lata, porque aunque no responda de ningún deterioro, esta excepción de responsabilidad no lo autoriza para proceder en esa forma. Iguales medidas conservativas podría solicitar contra el fiduciario a quien, además, se le hubiera dado la facultad de disponer libremente de los bienes del fideicomiso, y el fideicomisario sólo tenga el derecho de reclamar lo que exista el día de la restitución, porque tiene interés en que lo que existe aún se conserve y no se pierda o deteriore por culpa grave o dolo del fiduciario, y abusando de la facultad de libre disposición que se le ha otorgado”.²

b.1.5 Derecho a exigir del fiduciario la entrega o restitución de la cosa, cumplida la condición.

b.2. Obligaciones.

El fideicomisario podrá verse obligado a:

b.2.1 Reembolsar al fiduciario las mejoras que sean de cargo del fideicomisario, según lo expuesto (o sea, las extraordinarias o mayores).

b.2.2 Reintegrar al propietario fiduciario los pagos que éste hubiere hecho a consecuencia de las deudas y cargas hereditarias y testamentarias que pesaban sobre la cosa dejada en fideicomiso por el causante. La materia está regulada por el artículo 1372, en los siguientes términos:

i) El propietario fiduciario y el fideicomisario se considerarán como una sola persona, respecto de los demás asignatarios, para la distribución de las deudas y cargas hereditarias y testamentarias (tengamos presente que frente a los acreedores

² Claro Solar, Luis, “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*”, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, año 1933, tomo octavo, p. 107.

del causante, quienes han de responder son sus sucesores, a prorrata de su participación en la herencia, y subsidiariamente los legatarios);

ii) A su vez, la división de las deudas y cargas hereditarias y testamentarias entre el propietario fiduciario y el fideicomisario se hará del modo siguiente:

1° Debe afrontar el pago, en primer lugar, el propietario fiduciario, pero con el derecho a que el fideicomisario le reintegre lo pagado, aunque sin interés alguno;

2° Pero si se trata de cargas periódicas, las sufrirá (o sea, las pagará) el fiduciario, sin derecho a indemnización alguna por parte del fideicomisario.

5.- Extinción del fideicomiso.

Están indicadas las causales de extinción en el art. 763:

- a) Por la restitución. Ocurrirá, cuando habiéndose cumplido la condición, se extingue el dominio que tenía el propietario fiduciario y nace el derecho de dominio a favor de quien era hasta ese momento fideicomisario;
- b) Por la resolución del derecho del constituyente. Resuelto el derecho del causante, también se resuelve el derecho del causa habiente; así, por ejemplo, si el constituyente del fideicomiso había adquirido la cosa por compraventa seguida de la tradición y se resuelve la primera por no haberse pagado el precio, se extinguirá también el derecho del propietario fiduciario; o, como señala el Código Civil en el artículo 763, si el fideicomiso se hubiere constituido sobre una cosa que se compró con pacto de retroventa (o “retrovendendo”, como dice el Código), y se verifica la retroventa (pues en este caso, se entiende que la compraventa quedó sujeta a una condición resolutoria ordinaria);
- c) Por la destrucción de la cosa (art. 807). La destrucción debe ser total; si la cosa sólo se destruye parcialmente subsiste el fideicomiso sobre el resto;
- d) Por renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución, sin perjuicio de los derechos de los sustitutos (porque la renuncia sólo afecta a las personas que la han hecho);
- e) Por fallar la condición o no haberse cumplido en “tiempo hábil”, es decir, si tarda más de 5 años en cumplirse; en este caso, se produce la consolidación del dominio en manos del propietario fiduciario, que pasa a ser dueño absoluto; queda comprendido en esta hipótesis, el fallecimiento del fideicomisario antes de cumplida la condición;
- f) Por confundirse la calidad de único fiduciario con la de único fideicomisario: por ejemplo, se deja un inmueble a Juan, predio que pasará a manos de su hijo José, si éste se recibe de médico. Fallece Juan y como el fideicomiso es transmisible, pasa a su hijo José, que era fideicomisario.

III.- EL USUFRUCTO.

1.- Concepto.

De conformidad al artículo 764 del Código Civil, “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”.

2.- Características.

a) Es un derecho real, específicamente un derecho real de goce (a diferencia de otros derechos reales, llamados “de garantía”, como la hipoteca y la prenda). Siendo el usufructuario propietario de su derecho real, podrá intentar la acción reivindicatoria y las acciones posesorias, si el usufructo recae sobre inmueble.

En el usufructo coexisten dos derechos reales: el del nudo propietario, titular del derecho real de dominio, y el del usufructuario, que tiene un derecho de uso y goce. En este aspecto, el usufructo se distingue del fideicomiso, en el cual sólo existe un derecho, radicado primero en el fiduciario y luego en el fideicomisario.

El derecho real de usufructo puede ser mueble o inmueble, según lo sea el bien sobre que recaiga (artículo 580).

b) Es un derecho real principal, en lo que se diferencia de la prenda y de la hipoteca, que son derechos reales accesorios, que sirven para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Con todo, no es un derecho autónomo, pues necesita la existencia simultánea del derecho de dominio en otro titular.

c) El usufructuario es mero tenedor de la cosa dada en usufructo, ya que reconoce el derecho del nudo propietario; en cambio, tiene la propiedad y la posesión de su derecho real de usufructo.

d) El usufructo es temporal, limitado en el tiempo (artículo 765, inciso 2º). Su duración la fija generalmente un plazo; puede ser también una condición y en todo caso dura a lo más por toda la vida del usufructuario.

e) El usufructo es un derecho intransmisible, no se transmite por causa de muerte (artículo 773); pero sí puede enajenarse, aunque bajo ciertas condiciones (es transferible, en la medida que el constituyente no haya prohibido la enajenación, conforme lo establece el artículo 793).

f) El usufructo debe recaer sobre una cosa que no pertenezca al usufructuario: artículo 732 número 2.

3.- Elementos del usufructo.

a) Bien susceptible de usufructo

a.1) Cosas sobre las cuales puede recaer el usufructo

El legislador nada ha dicho al respecto. En consecuencia, puede recaer el usufructo sobre la universalidad de una herencia o una cuota de ella; sobre una o más especies o cuerpos ciertos o sobre una cuota de ellos; sobre cosas determinadas por su género; sobre cosas fungibles o no fungibles; y sobre derechos personales.

a.2) El usufructo y el cuasiusufructo.

Cuando el usufructo recae sobre cosas no fungibles, estamos en presencia de un usufructo propiamente tal. En cambio, cuando se constituye sobre cosas fungibles, se denomina cuasiusufructo. La existencia de estas dos modalidades, se desprende de la propia definición de usufructo (artículo 764). Con todo, debemos precisar que el Código Civil ha empleado la expresión “fungible” queriendo aludir a las cosas “consumibles”, y por ende, habría cuasiusufructo si la cosa es consumible. En efecto, parece ser esta la interpretación más razonable, porque tratándose de cosas fungibles no consumibles, bien puede establecerse la obligación de restituir la misma, aunque haya otras con igual poder liberatorio.

El usufructo propiamente tal y el cuasiusufructo tienen las siguientes diferencias:

- El usufructo es un título de mera tenencia, pues el usufructuario reconoce dominio ajeno, mientras que el cuasiusufructo es un título traslativo de dominio, el cuasiusufructuario se hace dueño del bien que recibe (artículo 789).
- Llegada la época de la restitución, el nudo propietario puede ejercer la acción reivindicatoria, para recobrar la cosa dada en usufructo (terminado el usufructo, el antiguo usufructuario será un “injusto detentador”, artículo 915), mientras que en el cuasiusufructo, quien tiene derecho a la restitución sólo tiene un crédito, por tanto una acción personal en contra del cuasiusufructuario, para exigir la entrega de la cantidad debida o del valor.
- En cuanto a los riesgos, en el usufructo, como recae sobre una especie o cuerpo cierto, si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, el usufructuario se libera de la obligación de restituir la cosa. En el cuasiusufructo, en cambio, habiendo una obligación de género, el cuasiusufructuario no puede exonerarse, ya que el género no perece.

A su vez, conviene comparar el cuasiusufructo con el mutuo, porque se trata de figuras muy similares, aunque por cierto no idénticas. En ambas:

- se entregan una o más especies con cargo de restituir otras tantas de igual cantidad y calidad;
- ambas son títulos traslativos de dominio.

Pero cabe consignar las siguientes diferencias:

- El cuasiusufructo puede tener su origen en la ley, lo que nunca ocurre con el mutuo, siempre de origen contractual;
- El mutuo es un contrato real, mientras que el cuasiusufructo, cuando se constituye por acto entre vivos, es consensual;
- La caución y el inventario se exigen en el cuasiusufructo y no en el mutuo;
- Tienen distintas causales de extinción.-

b) Concurrencia de tres personas.

Tres personas intervienen en el usufructo: el constituyente, el nudo propietario y el usufructuario.

b.1) Constituyente.

Es quien crea el usufructo, sea porque se despoja sólo del uso y goce, conservando la nuda propiedad, sea porque enajena o transmite el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra.

b.2) Nudo propietario.

Es quien tiene la propiedad de la cosa fructuaria, despojada del uso y goce. Puede ser el mismo constituyente, en cuyo caso conserva la nuda propiedad, o un tercero a quien se le atribuye. La nuda propiedad está definida en el inciso 2º del artículo 582: “La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”.

b.3) Usufructuario.

Es el titular del derecho real de usufructo, quien detenta el uso y goce de la cosa.

No hay inconveniente para que haya pluralidad en cada categoría de estos sujetos. Los constituyentes pueden ser dos o más propietarios; puede atribuirse la nuda propiedad a dos o más personas que la adquieren en común, y puede haber dos o más usufructuarios (artículo 772). Pero en este último caso, lo importante es que todos los usufructuarios han de ser llamados simultáneamente o como sustitutos, pues al igual que en el fideicomiso y por las mismas razones, están prohibidos los usufructos sucesivos o alternativos (artículo 769).

Cabe señalar que entre el usufructuario y el nudo propietario no existe una comunidad, debido a que si bien los derechos de ambos recaen sobre el mismo objeto, son de distinta naturaleza.

c) El plazo.

Se desprende del artículo 770 que todo usufructo contiene un plazo de duración. Aparece sin embargo cierta confusión, cuando el Código Civil permite que se establezca una condición de cuyo evento dependerá la extinción del usufructo. Los artículos 770, 771, 773 y 804, han de entenderse así:

c.1) El usufructo dura, a lo más, toda la vida del usufructuario: si se estipula un plazo o una condición que estén pendientes a la muerte del usufructuario, estas modalidades no producen efecto alguno, pues con el fallecimiento, se extingue el usufructo. Si no se establece plazo del usufructo, dura toda la vida del usufructuario.

El inciso final del artículo 770 establece que el usufructo a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá exceder de treinta años. Nada impide constituir un usufructo en favor de una sociedad, y en tal caso, sin el límite de tiempo señalado. En tal sentido, en una sentencia de la Corte de Valparaíso del año 1901, se concluye que el artículo 770 no se aplica a las “sociedades industriales”, pues sólo se refiere a las citadas personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro.

c.2) Si se establece una condición, habrá que atenerse a ella y expirará el usufructo cuando se cumpla, pero también con la limitación de la muerte del usufructuario. Debe tratarse, por ende, de una condición resolutoria.

Cabe señalar que el artículo 768 impide constituir un usufructo bajo una condición o plazo que suspenda su ejercicio, por la posibilidad de encubrir tal situación usufructos

sucesivos, ya que pendiente la condición, podría usufructuar la cosa un tercero, restituyendo el usufructo al cumplirse la aludida condición. Si de hecho se constituye un usufructo en la forma descrita, no tendrá valor alguno. Con todo, el inciso 2º del artículo 768 advierte que si el usufructo se hubiere constituido por testamento, y al momento de fallecer el testador la condición se había cumplido o el plazo hubiere expirado, valdrá el usufructo (esta disposición se relaciona con los artículos 1072 y 1082, en el ámbito de las asignaciones por causa de muerte).

4.- Constitución del usufructo.

Las fuentes del usufructo son la ley, la voluntad del propietario, la prescripción y la sentencia judicial. Analizaremos a continuación cada una de estas fuentes.

a) La ley.

El artículo 810 se refiere a dos usufructos legales, o derechos legales de goce:

- El usufructo legal del padre o de la madre o de ambos conjuntamente sobre ciertos bienes del hijo no emancipado (erróneamente, el artículo continúa aludiendo al padre o madre “de familia”). El artículo 250 establece qué bienes del hijo quedan excluidos del derecho legal de goce del padre o madre que ejerza la patria potestad;
- El usufructo legal del marido, como administrador de la sociedad conyugal, sobre los bienes de la mujer.
- El caso de la donación revocable o del legado, cuando la cosa se entregó en vida del donante o testador (artículo 1140).

Algunos agregan el caso de los poseedores provisorios de los bienes del desaparecido, conforme al artículo 89. Con todo, otros han señalado que los poseedores provisorios no tendrían un usufructo, sino la propiedad sujeta a condición resolutoria.

b) Por voluntad del propietario.

Puede constituirse voluntariamente el usufructo por testamento o por acto entre vivos. Si se constituye por testamento, se someterá el usufructo a las formalidades del testamento. Si se constituye por acto entre vivos, la formalidad depende de la naturaleza de la cosa fructuaria: si recae sobre muebles, es consensual; si recae sobre inmuebles, es necesario instrumento público inscrito (artículo 767). Se ha discutido el rol de la inscripción en este caso. Se sostiene por algunos que desempeña el doble papel de solemnidad del acto constitutivo y de tradición del derecho real de usufructo; para otros, sólo desempeña esta última función, quedando perfecto el acto constitutivo, con el sólo perfeccionamiento del instrumento público y sin que haya un plazo para proceder a la inscripción (en tal posición, Claro Solar: “La inscripción no es una solemnidad del acto de constitución del usufructo que queda perfecto con el otorgamiento de la escritura pública (...) pero es necesario además que se realice el modo de adquirir, esto es, la tradición del derecho que se constituye, sin la cual el usufructuario no puede llegar a ser propietario de su derecho de usufructo.”³ Lo mismo piensa Rozas Vial: “Si se considera que la inscripción es una

³ Claro Solar, Luis, ob. cit., pp. 162 y 163.

solemnidad del acto constitutivo del usufructo sobre inmuebles su omisión acarrearía la nulidad absoluta del acto constitutivo, pero ¿en qué momento? No hay duda que la inscripción hay que hacerla después de otorgada la escritura pública, pero ¿cuándo? Si el que debe practicar la inscripción se demora en hacerlo, estaría ratificando un acto nulo absolutamente. Todo ello nos parece ilógico. Creemos que del contrato otorgado por escritura pública nace el derecho personal para exigir la inscripción de la que nacerá el derecho real de usufructo.”⁴ La inscripción, en todo caso, debe efectuarse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces donde esté ubicado el inmueble (artículos 686 del Código Civil y 52 N° 2 del Reglamento del Registro Conservatorio).

Si el usufructo se constituye por testamento, y recae sobre inmuebles, no es necesaria su inscripción, tanto porque ella se exige para el usufructo constituido por acto entre vivos, como porque en este caso, la adquisición del derecho real de usufructo se efectuaría por sucesión por causa de muerte. En la práctica, sin embargo, se inscribe.

c) Por prescripción.

Esta posibilidad, contemplada expresamente en el artículo 766 N° 4, no es muy frecuente, ya que lo usual es que quién posee una cosa, lo haga con ánimo de señor y dueño sobre el bien en su integridad. Sin embargo, podría tener aplicación cuando se constituye el usufructo sobre una cosa ajena, o cuando el título de constitución es nulo. Las reglas y plazos para adquirir el usufructo por prescripción, son las del dominio (artículo 2512 del Código Civil).

d) Por sentencia judicial.

Dispone el artículo 9° de la Ley número 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, que el juez que esté conociendo del correspondiente juicio de alimentos “podrá fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre los bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes” (inciso 2°).

A juicio de algunos, otro caso sería el del artículo 1337 N° 6 del Código Civil, en la partición de bienes, que permite al partidor constituir el usufructo, “con el legítimo consentimiento de los interesados”, lo que más bien llevaría a un usufructo originado por voluntad de las partes.

5.- Efectos del usufructo.

El usufructo produce derechos y obligaciones tanto para el usufructuario (los más importantes), como para el nudo propietario.

a) Derechos del usufructuario.

a.1) Derecho a usar la cosa fructuaria.

⁴ Rozas Vial, Fernando, “*Los Bienes*”, Santiago de Chile, LexisNexis, 4ª edición, año 2007, p. 305.

Si bien el artículo 764, al definir el usufructo, no alude a la facultad de uso o *Ius Utendi*, debemos entender que dicha facultad se encuentra comprendida dentro de la expresión “facultad de gozar de una cosa”, aunque en rigor el goce se vincule con la obtención de frutos. Detentar el *Ius Utendi* significa que el usufructuario puede utilizar o servirse de la cosa. La facultad de uso se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que implique su destrucción inmediata. Constituyen una manifestación de la facultad de uso, los siguientes artículos:

- Artículo 782, referido a las servidumbres;
- Artículo 785, que establece que el usufructo de una heredad se extiende a los aumentos que ella reciba por aluvión u otras accesiones naturales; y
- Artículo 787, que alude precisamente al derecho del usufructuario de cosa mueble para “servirse de ella según su naturaleza y destino”.

a.2) Derecho a gozar de la cosa fructuaria.

Llamada también *Ius Fruendi*, es la facultad que habilita para apropiarse los frutos que da la cosa. El usufructuario tiene derecho tanto a los frutos naturales y civiles, que la cosa produzca. Constituyen una manifestación de esta facultad los siguientes artículos:

- Artículo 781, en virtud del cual pertenecerán al usufructuario todos los frutos naturales que produzca un inmueble, incluyendo aquellos que estaban pendientes, al momento de deferirse el usufructo. Como lógica contrapartida, aquellos frutos pendientes al momento de terminar el usufructo, serán del propietario;
- Artículo 790, conforme al cual los frutos civiles pertenecen al usufructuario día por día; esto implica que aquellos que se encontraban devengados al momento de deferirse el usufructo, pero no pagados, no pertenecen al usufructuario; en el mismo sentido, el artículo 792 establece que pertenecen al usufructuario, desde que principia el usufructo, las rentas de arrendamiento por aquellos contratos celebrados por el propietario antes de la constitución del usufructo.
- Artículo 793, que permite al usufructuario dar en arriendo el usufructo, y obtener por ende frutos civiles;
- Artículo 794, que permite al arrendatario o cesionario del derecho de usufructo, disponer del tiempo que necesite para la próxima percepción de frutos, antes de restituir la cosa al propietario (norma similar a la del pacto de retroventa, en la compraventa).

Por regla general, el usufructuario no tiene derecho a los productos, salvo algunos que detallan los siguientes preceptos:

- artículo 783 (puede derribar árboles, pero reponiéndolos);
- artículo 784 (minerales⁵ y piedras de una cantera en actual laboreo); y
- artículo 788 (animales que integran rebaños o ganados, pero reponiéndolos).

⁵ De conformidad al artículo 171 del Código de Minería, tratándose del usufructo de una pertenencia minera, se entenderá que la explotación hecha conforme al título constituye uso y goce legítimo de ella y el usufructuario no será responsable de la disminución de sustancias minerales que a consecuencia de tal explotación sobrevenga.

En todo caso, para determinar la extensión de las facultades del usufructuario, habrá que estar al acto constitutivo (artículo 791), siendo supletorias las normas del Código Civil.

El usufructuario gozará de su derecho de usufructo como un buen padre de familia, respondiendo por ende de culpa leve (artículos 787, 788 y 802).

a.3) Derecho de administrar la cosa fructuaria.

Así se establece en el artículo 777, que deja en claro que previamente, el usufructuario deberá cumplir con ciertas obligaciones, a las que más adelante aludimos.

a.4) Derecho a hipotecar el usufructo.

Establece el artículo 2418, que la hipoteca podrá tener lugar sobre inmuebles “que se posean” en usufructo. En verdad, el usufructuario sólo es mero tenedor del inmueble, debiendo entenderse que lo hipotecable es su derecho real de usufructo.

a.5) Derecho de arrendar y ceder el usufructo.

Dispone el artículo 793 que el usufructuario, en principio, puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera, a título oneroso o gratuito.

Cabe consignar que el usufructo podría arrendarse incluso al nudo propietario, sin que por ello cambie su calidad, o sea, sin que por ello opere la consolidación de su dominio y se transforme en pleno propietario.

Puede ocurrir, sin embargo, que el constituyente del usufructo hubiera prohibido arrendarlo o cederlo. En tal caso, si el usufructuario contraviniera la prohibición, “perderá el derecho de usufructo”. Esta frase se ha interpretado por algunos en el sentido que el acto sería nulo absolutamente, por adolecer de objeto ilícito, al infringirse una prohibición del constituyente, que la ley haría suya (artículos 1464 N° 2, 1466 y 1682), con lo que debe retornarse al estado anterior al acto que produjo la infracción, volviendo el derecho arrendado o cedido al usufructuario, terminando acto seguido el usufructo. No compartimos esta interpretación. Pensamos que se trata de una hipótesis de infracción de una obligación de no hacer, que habilita al constituyente o al nudo propietario, para pedir que se declare el término del usufructo. No creemos que se trate de nulidad absoluta, porque la ley no lo dijo expresamente, siendo de derecho estricto los casos de objeto ilícito. Por lo demás, el constituyente podría relevar al usufructuario de la prohibición, y al respecto, ¿qué inconveniente hay en que lo releve después de arrendar o ceder el usufructo?

No podrá ceder ni arrendar su derecho de usufructo, aquél en cuyo favor se hubiere constituido, de conformidad al artículo 9, inciso 4°, de la Ley número 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

a.6) Si se trata de un cuasiusufructo, el cuasiusufructuario podrá disponer de la cosa fructuaria.

Recordemos que en este caso, el cuasiusufructuario se hace dueño de las cosas consumibles que recibió en usufructo, de manera que resulta lógico que la ley le reconozca la facultad de disposición, como cualquier propietario.

a.7) Ejercitar las acciones destinadas a proteger su derecho.

Para la protección de su derecho, dispone el usufructuario de la acción reivindicatoria (artículo 891), y si recae sobre inmuebles, de las acciones posesorias (artículos 916 y 922). Incluso, se ha resuelto que puede entablar la acción de precario del artículo 2195 y aún contra el nudo propietario, porque el usufructuario es dueño de su derecho de usufructo.

En todo caso, el usufructuario no puede impedir que sus acreedores embarguen su derecho, salvo si se tratare de un usufructo legal (artículos 803 y 2466).

a.8) Derecho a ser indemnizado, por los deterioros que se ocasionaren a las cosas que recibe en usufructo.

Establece el artículo 774 que el usufructuario tendrá derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioro que la cosa sobre que recae su derecho de usufructo hubiere sufrido por culpa o dolo del propietario, desde el momento en que se produjo la delación del usufructo.

a.9) Derecho a retener la cosa fructuaria, aunque haya expirado el usufructo.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 800, el usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones previstas en la ley. Se trata de un derecho legal de retención.

b) Obligaciones del usufructuario.

Distinguimos entre las obligaciones que el usufructuario tiene antes de entrar en el goce de la cosa, al momento de entrar en el usufructo, durante el usufructo y después de su extinción.

b.1) Obligaciones previas al usufructo.

El usufructuario debe practicar inventario y rendir caución de conservación y restitución (artículo 775).

b.1.1 Obligación de hacer inventario.

El inventario debe ser solemne (artículo 858 del Código de Procedimiento Civil), y no se exige tratándose de los usufructos legales. En el caso del usufructo contemplado en la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, sólo se exige inventario simple.

Se ha discutido la posibilidad de que el constituyente pueda liberar al usufructuario de la obligación de facción de inventario, frente al silencio de la ley, que a su vez autoriza expresamente tal posibilidad respecto de la caución. Predomina la opinión que es posible tal exención, en base a la autonomía de la voluntad, salvo casos excepcionales, como el del artículo 1407 (cuando el título es la donación), o el del artículo 379 (guarda testamentaria).

b.1.2 Obligación de constituir caución.

En cuanto a la caución, la ley no da mayores especificaciones respecto a su naturaleza ni a su monto. Generalmente se conviene entre usufructuario y nudo propietario, regulándola el juez en desacuerdo de aquellos. Excepcionalmente, algunos usufructuarios están liberados de la obligación de rendir caución:

- Tratándose de los usufructos legales;
- Cuando el usufructo se ha constituido por donación y el donante se ha reservado el uso de la cosa donada (artículo 775, inciso 3°);
- Cuando el constituyente o el nudo propietario hayan exonerado de esta obligación al usufructuario (artículo 775, inciso 2°);
- Cuando la ley así lo dispone: por ejemplo, Ley N° 14.908; artículo 86 número 9 y artículo 87, ambos de la Ley General de Bancos, que permite a éstas instituciones ser administradoras de bienes gravados con usufructo, cuando así se haya establecido en el acto constitutivo.

El objeto de la caución difiere, según se trate de usufructo o de cuasiusufructo:

- En el usufructo: garantiza la obligación de conservación y restitución de la cosa en el tiempo oportuno. La caución garantiza entonces una obligación de especie o cuerpo cierto;
- En el cuasiusufructo: garantiza la restitución de otras tantas cosas del mismo género y calidad que las recibidas, o el valor que tuvieren al tiempo de la restitución. La caución garantiza, en este caso, una obligación de género.

b.1.3 Sanción por la omisión de inventario y caución.

No ocasiona dicha omisión la pérdida del derecho del usufructuario, sino los efectos previstos en los artículos 776 y 777. Son tales:

- El usufructuario no podrá entrar en la administración de la cosa, la que en el intertanto, corresponderá al propietario. Este, sin embargo, estará obligado a dar el valor líquido de los frutos al usufructuario (artículo 776);
- Si después de fijado un plazo al usufructuario por el juez, a petición del nudo propietario, no se rinde por el primero caución, se adjudicará la administración al último, quien mantendrá la obligación de dar al usufructuario el valor líquido de los frutos, pero ahora el nudo propietario tiene derecho a deducir una suma fijada por el juez, proporcional al trabajo y cuidados de la administración (artículo 777, inciso 1°);
- En la misma hipótesis anterior, pero de acuerdo con el usufructuario, el nudo propietario puede realizar diversos actos jurídicos (artículo 777, incisos 2°, 3° y 4°):
 - + tomar en arriendo la cosa fructuaria⁶ o tomar prestados a interés los dineros fructuarios;
 - + arrendar la cosa fructuaria y dar los dineros a interés;

⁶ Aquí, se produciría el curioso caso en el que el arrendatario es al mismo tiempo el dueño de la cosa arrendada.

+ comprar o vender las cosas fungibles y tomar o dar prestados a interés los dineros que de ello provengan.

- Tratándose de los bienes muebles comprendidos en el usufructo, que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, le serán entregados bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores (artículo 777, inciso 5°): se trata de la llamada “caución juratoria”, figura excepcional que permite al usufructuario recibir los bienes aludidos, no obstante no haber cumplido con las obligaciones de inventario y caución.
- El usufructuario, en todo caso, podrá reclamar la administración en todo tiempo, prestando la caución a que lo obliga la ley (artículo 777, inciso 6°). Esto implica que su derecho a reclamar la administración, es imprescriptible.

b.2. Obligaciones del usufructuario, al momento de entrar en vigencia el usufructo.

b.2.1 Debe respetar los arriendos de la cosa fructuaria.

Conforme al artículo 792, el usufructuario debe respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo o después de constituido, en las hipótesis del artículo 777. Igual ocurre con otras cargas reales o personales, impuestas sobre las cosas antes de constituirse el usufructo (artículo 796). Cabe consignar que respecto de los contratos de arrendamiento, le serán oponibles al usufructuario, aunque se hubieren convenido por instrumento privado, pues el artículo 792 prevalece por sobre el artículo 1962, en el título del arrendamiento.

Como contrapartida, según lo expresamos, pertenecen al usufructuario, desde que principia el usufructo, las rentas de arrendamiento por aquellos contratos celebrados por el propietario antes de la constitución del usufructo.

b.2.2 Debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre, al momento de la delación de su derecho de usufructo (artículo 774).

Como contrapartida, según lo indicamos, tendrá derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioro que la cosa sobre que recae su derecho de usufructo hubiere sufrido por culpa o dolo del propietario, desde el momento en que se produjo la delación del usufructo.

b.3 Obligaciones del usufructuario, durante la vigencia del usufructo.

b.3.1 Debe mantener la cosa fructuaria.

Se desprende de la propia definición de usufructo, que el usufructuario debe conservar la forma y substancia de la cosa fructuaria (artículo 764). Esta obligación es de la esencia del usufructo.

Se ha discutido en la doctrina el contenido o alcance de esta obligación. Deben examinarse factores tales como la estructura física, el aspecto externo, el destino de la cosa, etc. Determinar cuál o cuales características de la cosa debe respetar el usufructuario y qué cambios en ella pueden ser aceptables, implica estudiar cada caso, con la constante de que es deber del usufructuario respetar el “ser esencial” de la cosa. Para examinar y juzgar la

conducta del usufructuario, habrá que considerar también las posibilidades que tuvo de consultar al nudo propietario, la magnitud de las facultades que le otorgó el título, etc. El Código Civil, en todo caso, admite un criterio flexible, al aludir en el artículo 764 a la “forma y substancia”, en el artículo 783 a “conservarlos en un ser” y en el artículo 787 a “su naturaleza y destino”.

b.3.2 Pagar las expensas y las mejoras que se requieran, para la conservación de la cosa.

El usufructuario está obligado al pago:

- De las expensas ordinarias de conservación y cultivo (artículo 795);
- De las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que se devenguen durante el usufructo (artículo 796);
- De los impuestos periódicos fiscales y municipales, que graven la cosa fructuaria, en cualquier tiempo que se hayan establecidos (artículo 796). Por ende, si fuera un impuesto “extraordinario” y no periódico, no sería de cargo del usufructuario;
- De las deudas hereditarias y testamentarias, en la proporción que establece el artículo 1368 y demás normas de la sucesión por causa de muerte, si el usufructo se hubiere constituido por testamento.

b.4 Obligaciones del usufructuario, una vez extinguido el usufructo.

Debe restituir la cosa fructuaria. Así lo hemos visto, conforme a los artículos 764 (usufructo) y 787 (cuasiusufructo). Si no lo hiciere, el propietario podrá reivindicar la cosa (artículo 915). En cuanto al cuasiusufructo, lo que debe restituirse es otro tanto de igual cantidad y calidad o su valor al tiempo en que expira el usufructo (artículos 764 y 789). La elección corresponderá al cuasiusufructuario.

Excepcionalmente, el usufructuario podrá negarse a restituir, invocando el derecho de retención legal, al que hicimos referencia (artículo 800).

c) Derechos del nudo propietario.

c.1) Derecho de dominio sobre la cosa fructuaria.

Como dueño de la cosa puede enajenarla (artículo 773), respetando el adquirente el usufructo; puede hipotecarla (artículo 2416), respetando el acreedor hipotecario el usufructo; y puede transmitirla (artículo 773).

Está premunido también de la acción reivindicatoria (artículo 893); y si se trata de inmuebles, dispondrá también de las acciones posesorias (artículo 916). Atendido el carácter real de tales acciones, puede ejercerlas contra toda persona y al término del usufructo contra el usufructuario.

c.2) Derecho a los frutos pendientes al momento de la restitución.

Así lo dispone el artículo 781, al que ya aludimos.

c.3) Derecho a indemnización por pérdida o deterioro de la cosa fructuaria.

El usufructuario deberá indemnizar al propietario, por aquellos daños causados en la cosa fructuaria, que provengan de su dolo o culpa (artículo 787). En el mismo sentido, si los animales dados en usufructo mueren o sufren daños imputables a hecho o culpa del usufructuario, deberá indemnizar al propietario (artículo 788); por su parte, el artículo 802 advierte que el usufructuario es responsable no sólo de sus propios hechos u omisiones, sino de los hechos ajenos a que su negligencia haya dado lugar (aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual).

c.4) Derecho a percibir intereses, por dineros ocupados en ciertas inversiones.

Cuando deben hacerse obras o refacciones mayores necesarias para la conservación de la cosa fructuaria, será el propietario quien deba solventarlas, pero con derecho a obtener del usufructuario el pago de los intereses legales de los dineros invertidos en ellas, mientras dure el usufructo (artículo 797).

c.5) Derecho al tesoro que se descubre en el suelo dado en usufructo.

Ningún derecho tiene el usufructuario, sobre los tesoros que se descubran en el inmueble que tiene en usufructo (artículo 786). Por lo tanto, serán el descubridor y el propietario, quienes se repartan el tesoro, o sólo el último, conforme lo estudiamos en la ocupación.

c.6) Derecho a pedir anticipadamente el término del usufructo.

Tiene esta facultad, conforme a lo dispuesto en el artículo 809, en los siguientes casos:

c.6.1) Por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave;

c.6.2) Por haber causado daños considerables a la cosa fructuaria.

El juez, según la gravedad del caso, podrá ordenar:

- que cese absolutamente el usufructo; o
- que vuelva al nudo propietario la cosa fructuaria, con cargo de pagar al usufructuario una pensión anual determinada, hasta la terminación del usufructo.

c.7) Derecho de reclamación de la cosa fructuaria.

Tradicionalmente se le reconoce también al nudo propietario, una acción personal de restitución, distinta de la reivindicatoria, que encuentra su fundamento en el acto constitutivo del usufructo. Tal acción personal se dirige contra el usufructuario al extinguirse el usufructo. Se dice que esta acción personal presenta la ventaja para el nudo propietario, de que mientras en la acción reivindicatoria debe probar su dominio, en aquella sólo le sería necesario probar el acto constitutivo, exhibir el acto que dio origen al usufructo.

d.- Obligaciones del nudo propietario.

Se reducen al pago de las expensas extraordinarias mayores que se hayan ejecutado (art. 797 y 798, art. 801).

Se entienden por tales expensas (798), las que reúnen dos requisitos:

- Ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo; y
- Conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria.

Recordemos que las expensas ordinarias de conservación y cultivo, son de cargo del usufructuario, sin derecho a reembolso.

6.- Extinción del Usufructo.

Se extingue el usufructo por las siguientes causales:

a) Por la llegada del día o el cumplimiento de la condición establecidos (art. 804).

En todo caso, cualquiera que sea el plazo o la condición, el usufructo no puede continuar después de la muerte del usufructuario.

b) Por muerte del usufructuario; arts. 806, 773, inciso 2°

Ya hemos dejado en claro que el derecho de usufructo es intransmisible.

Al fallecer el usufructuario, se entiende extinguido de pleno derecho el usufructo, de manera que si éste recaía sobre un inmueble y se encontraba inscrito en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo, bastará exhibirle a éste un certificado de defunción del usufructuario, para que proceda a cancelar la aludida inscripción.

c) Por resolución del derecho del constituyente; art. 806.

Esta causal se relaciona con los artículos 1490 y 1491, que limitan los efectos de la resolución de un derecho, pues dicha resolución no puede afectar a los terceros que tengan el dominio de los bienes que habían sido objeto del contrato resuelto, o sean titulares de los derechos reales mencionados en el artículo 1491.

Según estudiaremos en las Obligaciones, se ha planteado si la enumeración del artículo 1491 es taxativa o si por el contrario, la regla debe hacerse extensiva a otros derechos reales, como los de usufructo, uso o habitación, no mencionados en la disposición.

La enumeración sería taxativa, atendido el carácter excepcional del artículo 1491, norma que deroga en favor de los terceros de buena fe el principio general de la retroactividad de la condición resolutoria cumplida. Como disposición excepcional, debe interpretarse restrictivamente.

Para los gravámenes no mencionados en el artículo 1491 regiría entonces el principio general: los usufructos y el derecho de uso o de habitación siempre se extinguirán por la resolución del derecho de quien los constituyó, aunque los titulares de tales derechos reales estén de buena fe.

d) Por consolidación del usufructo con la nuda propiedad; art. 806.

e) Por prescripción (art. 806).

Esta causal ha dado lugar a discusiones desde el punto de vista de la prescripción adquisitiva. Ciertamente que si un tercero posee el derecho de usufructo, puede llegar a ganarlo por prescripción, y entonces, para el primer usufructuario se habrá extinguido su usufructo por prescripción adquisitiva del tercero (art. 2.517) Otro tanto ocurre si el tercero adquiere por prescripción la cosa misma sobre el cual había usufructo. Pero el problema consiste en establecer si podría terminar por prescripción extintiva, es decir, por el simple no ejercicio del derecho de usufructo, que en tal eventualidad se iría a consolidar con la nuda propiedad. Algunos aceptan esta posibilidad: siendo una importante limitación al dominio pleno, si el usufructo no se ejercita, aparece como inútil y es justificable su extinción; en esto, se agrega, el usufructo y demás derechos reales difieren del dominio que es perpetuo (Claro Solar). Otros niegan la aplicación de la prescripción extintiva; la acción por la que se reclama un derecho sólo se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho (art. 2.517). Además, como en el esquema del código el usufructuario tiene el derecho de dominio sobre su usufructo, debe aplicársele la regla correspondiente y por lo tanto el usufructo no se extinguiría, puesto que el dominio no se extingue por la sola circunstancia de no ejercerlo (Alessandri).

f) Por renuncia del usufructuario (artículo 806).

La renuncia, si se refiere al usufructo de un inmueble, debe constar en escritura pública y anotarse al margen de la inscripción del usufructo, para cancelarla (artículo 52 número 3 del Reglamento Conservatorio).

g) Por destrucción completa de la cosa fructuaria (artículos 807 y 808).

Si la destrucción es parcial, el usufructo subsiste en la parte que resta.

h) Por sentencia judicial.

Ocurre lo anterior, en los dos casos del artículo 809, a los que hicimos referencia.

IV.- EL DERECHO DE USO Y DE HABITACION.

1.- Definición.

Conforme al artículo 811, “El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación”.

Los términos del Código Civil dan a entender que estamos ante dos derechos (artículo 819). En estricto rigor, sin embargo, estamos ante un solo derecho, el derecho real de uso, que al recaer sobre una casa, toma el nombre de derecho de habitación. Ello no significa que el derecho de uso no pueda recaer en un inmueble, un predio agrícola, por ejemplo, sin considerar el habitar la casa que en él pueda encontrarse.

2.- Características.

a) Es un derecho personalísimo.

Establece el artículo 819 que los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse, prestarse ni arrendarse.

Pero están en el comercio humano, y por ende pueden adquirirse por prescripción (artículo 2498). Recordemos que no hay total identidad entre las cosas intransferibles e inalienables. En este caso, estamos ante un derecho transferible, pero inalienable.

b) Es un derecho inembargable.

Así lo establecen los artículos 2466 y 1618 del Código Civil y 445 número 15 del Código de Procedimiento Civil.

c) Se constituye y extingue según las reglas del usufructo.

Así lo establece el artículo 812, sin perjuicio de excluir en esta asimilación a los usufructos legales. En cuanto al usufructo de origen judicial, la Ley 14.908 permite también al juez constituir un derecho de uso o habitación en la sentencia de alimentos.

d) Por regla general, el titular no tiene las obligaciones de hacer inventario y constituir caución.

Con todo, en dos casos se exige inventario (artículo 813):

- Al habitador;
- Al usuario, si el uso se constituye sobre cosas que deban restituirse en especie.

e) Básicamente, el uso o la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o habitador.

Dentro de tales necesidades personales, se comprenden las de la respectiva familia (artículo 815). En todo caso, la extensión del derecho se determinará, en primer lugar, por el título que lo constituyó (artículo 814).

f) El usuario o habitador deben ejercitar su derecho con la moderación y cuidado de un buen padre de familia (artículo 818).

V.- LAS SERVIDUMBRES

1.- Concepto.

Es otro derecho real limitado, enumerado en el art. 577, desde el punto de vista del predio dominante; es una limitación al dominio, desde el punto de vista del predio sirviente. Esta doble faceta origina las servidumbres activas y pasivas.

El art. 820 contiene la definición legal: “Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”.

2.- Elementos.

Se desprenden de la propia definición los elementos fundamentales de toda servidumbre:

a) Dos predios de distinto dueño: se ha discutido la clase de inmuebles que pueden quedar comprendidos en el concepto de “predios”. La jurisprudencia no es uniforme al respecto. Se ha sostenido que se trata no sólo de inmuebles por naturaleza, sino también por adherencia o por destinación. En otra oportunidad, se ha resuelto que sólo es posible constituir servidumbre respecto de los inmuebles por naturaleza, pues el artículo 568 llama “*predios*” a las casas y heredades.

En cuanto a la diferencia de dueño, es una característica fundamental, porque como ha dicho la jurisprudencia, no se puede ser a la vez sujeto activo y pasivo de una relación jurídica.

b) Un gravamen: que pesa sobre uno de los predios, para favorecer al otro, y que origina en el uno la denominación de predio sirviente y en el otro la de predio dominante.

3.- Características.

a) Para el predio sirviente, la servidumbre significa un gravamen de carácter real, porque tal naturaleza tiene el derecho que es su extremo opuesto. Las mutaciones de propietario, no alteran dicha carga.

b) Para el predio dominante, es decir en cuanto servidumbre activa:

b.1) Es un derecho real. (art. 577)

b.2) Es un derecho inmueble: algunos derechos pueden ser muebles o inmuebles, según la cosa en que se ejercen (art. 580). En el caso de la servidumbre, sin embargo, siempre será un derecho inmueble, porque es inconcebible ejercerla sobre una cosa mueble.

b.3) Es un derecho accesorio: cabe señalar que la accesoriedad no está tomada aquí en la acepción común, contenida en el art. 1442; la servidumbre no tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de ninguna obligación principal. Es accesorio, en cuanto no puede subsistir sin los predios sobre los cuales recae (artículo 825). De ahí que a diferencia de lo que ocurre con otros derechos reales, como el usufructo o el uso, se tiene un derecho real de servidumbre como consecuencia de ser propietario de un predio (el dominante) y no directamente, como el usufructuario, el usuario, el habitador.

Consecuencia de lo anterior es que el derecho de servidumbre no puede ser cedido, embargado o hipotecado independientemente del predio dominante y por otra parte, llega a integrar el goce de la propiedad a que accede (arts. 782, 1.120, 1.125, etc.)

b.4) Es un derecho perpetuo: en el sentido que subsiste mientras objetivamente existan los predios a que se refiere y la necesidad o justificación del gravamen. Sin embargo, debe tenerse presente que no hay impedimento para que se establezcan por las partes con

duración limitada (artículo 885 N° 2) y que pueden extinguirse por el no uso (artículo 885, número 5).

b.5) Es un derecho indivisible: la servidumbre no puede adquirirse, ejercerse o extinguirse parcialmente; se tiene o no se tiene (arts. 826, 827 y 886).

4.- Clasificación

a) Según su origen (artículo 831): pueden ser naturales, legales y voluntarias.

b) Según sus señales de existencia (artículo 824): pueden ser aparentes e inaparentes.

Se suele objetar a esta clasificación su débil consistencia, pues depende solamente de ciertas circunstancias materiales más o menos accidentales. De ahí que haya muchas servidumbres que pueden ser aparentes o inaparentes (de tránsito, de acueducto); hay otras sin embargo que siempre serán inaparentes, como aquellas que consisten en un no hacer en el predio sirviente.

c) Según su ejercicio (artículo 822): continuas o discontinuas.

Para calificar a una servidumbre de continua o discontinua, se atiende a la forma natural como se ejerce, se aprecia de manera objetiva y universal, y no al hecho que se ejerza continuamente y sin intermitencia, es decir se prescinde del ejercicio real que en un caso determinado puede observarse. Así, una servidumbre continua puede ejercerse con intermitencia, como la de acueducto por la cual pasa el agua de tiempo en tiempo; pero será siempre continua porque siempre estará allí el canal o cañería apto para el paso de agua, aún cuando ello ocurra esporádicamente. En cambio, las servidumbres discontinuas, no pierden su carácter de tales, aunque se ejerzan sin intermitencia alguna. Así, una servidumbre de tránsito será discontinua porque necesita de un hecho actual del hombre, aunque se esté transitando continuamente por el predio sirviente.

d) Según su objeto o carácter (artículo 823): positivas o negativas

La Servidumbre impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer, por regla general, y en tal caso, estamos ante una servidumbre positiva (servidumbre de acueducto o servidumbre de tránsito); en otras ocasiones, impone la prohibición de hacer algo (por ejemplo, elevar las paredes hasta cierta altura), y en tal caso estamos ante una servidumbre negativa. Pero como puede observarse, en ningún caso la servidumbre puede imponer la obligación de hacer. El que sufre la servidumbre debe dejar hacer o abstenerse de hacer, pero él nada está obligado a hacer en razón del gravamen. La actividad la despliega el dueño del predio dominante, no el dueño del predio sirviente.

5.- Importancia de las clasificaciones de servidumbres aparentes e inaparentes, continuas y discontinuas.

a) En materia de prescripción adquisitiva, únicamente pueden adquirirse las servidumbres continuas aparentes. Las discontinuas de todas clases y las continuas

inaparentes, solo pueden adquirirse por medio de un título; ni aún el goce inmemorial bastará para constituirlos (art. 882)

b) En materia de extinción por el no uso: artículo 885 N° 5. El plazo de 3 años, se cuenta de distinta manera, según se trate de servidumbres continuas o discontinuas. En las continuas, como la de acueducto, se cuenta desde que se realiza un acto contrario a la servidumbre (por ejemplo, si se llena de tierra el canal); en las discontinuas, se cuenta desde la fecha del último acto que supone gozar de la servidumbre (por ejemplo en la servidumbre de tránsito, desde la última vez que el propietario del predio dominante pasó por el predio sirviente).

c) En materia de constitución “por destinación del padre de familia”: solo procede en las servidumbres continuas y aparentes (art. 881).

6.- Ejercicio del derecho de servidumbre

Para saber los derechos del dueño del predio dominante y los del predio sirviente hay que atenerse a su fuente originaria: art 884.

De todas maneras, hay que tener presente lo dispuesto en los artículos 828, 829, y 830. Esta última disposición, y otras, como por ejemplo el artículo 833, se encuentran inspiradas en el principio romano denominado comportamiento civiliter, por el cual, en el ejercicio de un derecho, el dueño del predio dominante debe procurar el mínimo de perjuicio, evitando toda molestia o embarazo innecesario en el predio sirviente. Es la contraparte de la conducta que se pide al dueño del predio sirviente: debe abstenerse de efectuar obras o actos que perturben el ejercicio de la Servidumbre

7.- Clases de servidumbre según su origen.

7.1) Servidumbres naturales: art. 833.

Son aquellas que derivan de la natural situación (es decir, ubicación) de los predios; el predio sirviente no tiene derecho a indemnización alguna: debe soportarlas.

Actualmente, el código contempla sólo una servidumbre natural, la denominada de libre descenso y escurrimiento de las aguas.

7.2) Servidumbres legales: 839 a 879.

Son aquellas impuestas por la ley, aún contra la voluntad del dueño del predio sirviente.

El artículo 839 las subclasifica en servidumbres de utilidad pública y de interés privado.

7.2.1) Servidumbres de utilidad pública:

El artículo 839 hace una referencia especial a una de estas servidumbres, la del uso de riberas para menesteres de navegación o flote, remitiéndose en su regulación al Código de Aguas. El mismo artículo 839 agrega que hay otras de estas servidumbres, para cuya

reglamentación se remite a los reglamentos y ordenanzas respectivas (por ejemplo, las contempladas en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades). Estas servidumbres constituyen verdaderas limitaciones al dominio por necesidad social y se regulan generalmente en textos orgánicos de una institución o servicio público.

Las características más importantes de esta clase de servidumbres son:

- Carecen generalmente de un predio dominante, lo que en tales casos hace desestimable su carácter de servidumbre.
- Están fuera del comercio, lo que excluiría la posibilidad de extinguirse por prescripción;
- No conceden indemnización al dueño del predio gravado, salvo expresa disposición.

7.2.2) Servidumbres de interés privado

El gravamen en esta especie de servidumbre reporta una utilidad tan solo al propietario del predio dominante. El código regula las de demarcación, cerramiento, medianería, tránsito, acueducto, luz y vista: arts. 842 al 878 (Las disposiciones relativas a las servidumbres de acueducto han sido suprimidas, rigiendo las contenidas en el Código de Aguas).

Analizaremos a continuación los aspectos más relevantes de cada una de las servidumbres de interés privado reguladas en el Código Civil.

a) Servidumbre de demarcación: art. 842.

a.1) Concepto de demarcación: es la operación que tiene por objeto fijar la línea que separa dos predios colindantes de distintos dueños, señalándola por medio de signos materiales.

a.2) Sujeto activo: como no se exige prueba del dominio, puede entablar la acción de demarcación no solo el dueño, sino todo poseedor regular o irregular, y también el nudo propietario, el propietario fiduciario, el usufructuario, el cesionario y en general, todo el que tenga la posesión de un derecho real sobre la cosa. Pero si ejercida la acción, por ejemplo por el usufructuario, y el dueño se considera perjudicado, parece razonable permitirle volver a discutir el deslinde (porque podría existir colusión entre el vecino y el titular del derecho real de usufructo).

Se ha resuelto que cualquier comunero puede demandar de demarcación al vecino sin que sea necesario que concurren todos los comuneros (el fallo parece aplicar la doctrina de que en la comunidad habría entre los comuneros un mandato tácito y recíproco, que permitiría a cualquiera pedir la demarcación como acto de administración o de conservación).

a.3) Sujeto pasivo: todos los que pueden demandar, pueden ser demandados. Pero a diferencia de lo dicho en la comunidad respecto al sujeto activo, se ha resuelto que si el predio vecino pertenece a una comunidad, para que el fallo afecte a todos, deben ser todos incluidos en la demanda.

Se tiene entendido también que la acción de demarcación es de las llamadas dobles, con lo que se quiere dar a entender que en estos juicios ambas partes están en una misma posición procesal ante el juez; no la de uno como demandante y el otro como demandado.

a.4) Naturaleza jurídica: se dice que la demarcación es una servidumbre positiva que, como lo dispone el artículo 823 inciso 2º constituye una excepción a las servidumbres de esa especie, ya que impone una obligación de hacer. En doctrina sin embargo, se dice que no constituye en realidad una servidumbre, pues no existen los elementos para ello: predio dominante, predio sirviente ni gravamen. Se trata sólo de una facultad derivada del dominio, por la cual el dueño puede desplegar actividades tendientes a precisar el objeto de su derecho. Eso, desde un punto de vista activo; desde un punto de vista pasivo, de los vecinos, la obligación de concurrir a la demarcación, resulta del cuasicontrato de vecindad.⁷ La acción de demarcación se tramita en juicio sumario.

a.5) Etapas de la demarcación: son dos: primero, una intelectual de fijación de la línea imaginaria que separa los dos predios, confeccionando para tal efecto un plano; en segundo lugar, una etapa material, construcción en el terreno de los hitos o señales físicas que indican la línea limítrofe.

a.6) Imprescriptibilidad de la acción: como emana del dominio, se tiene mientras se tenga la calidad de dueño del bien. No se extingue por el no uso.

b) Servidumbre de cerramiento: 844 a 846.

Consiste en el derecho de todo propietario de cerrar su predio y de obtener que contribuyan a esa actividad los dueños de los predios colindantes. Al igual que la demarcación, emana del dominio, y por lo mismo, la acción respectiva es real e imprescriptible. Por la misma causa no es propiamente una servidumbre. El cerramiento es con frecuencia una operación que queda involucrada en la demarcación, que sigue a ésta.

c) Medianería

c.1) Concepto: los artículos 851 a 859 la regulan. Aquí tampoco existen los elementos de toda servidumbre. En doctrina, la medianería se explica como un caso de comunidad forzosa y perpetua y es una consecuencia de la copropiedad de la pared divisoria.

No toda pared divisoria es medianera: art. 846. Lo es cuando el cerramiento se ha hecho a expensas comunes.

Sin embargo, aún cuando una pared divisoria no sea medianera, el artículo 854 da derecho al dueño del predio que no ha construido este cerco, para hacerse medianero, pagándole al vecino los gastos correspondientes.

c.2) Prueba de la medianería: 852 y 853

- Por medio de un título.
- Por medio de señales exteriores.
- Por medio de presunciones.

c.3) Efectos de la medianería.

- Derecho a edificar sobre la pared medianera: art. 857;
- Derecho a elevar la pared medianera: art. 857;

⁷ Como refiere Luis Claro Solar, para Pothier la vecindad de dos predios daba lugar a un cuasicontrato, que forma obligaciones recíprocas entre los vecinos, es decir, entre los propietarios o poseedores de predios contiguos, siendo la demarcación una simple obligación nacida de este cuasicontrato: ob. cit., tomo IX; p. 100.

- Derechos recíprocos de los colindantes: art. 858 Este artículo está en armonía con el artículo 2.309, de la comunidad.

c.4) Arboles medianeros: art. 859.

d) Servidumbre de Tránsito.

d.1) Definición: es la servidumbre que tiene derecho a imponer un predio cuando está desprovisto de toda comunicación con un camino público.

d.2) Naturaleza jurídica: es una verdadera servidumbre, pues existe un predio dominante (el desprovisto de toda salida al camino público), un predio sirviente (el que se atraviesa para llegar al predio dominante) y el gravamen (dejar pasar a las personas, animales, vehículos, etc.).

d.3) Características:

- Es positiva, porque el dueño del predio sirviente debe dejar hacer al dueño del predio dominante;
- Es discontinua, porque para ejercitarla se requiere un hecho actual del hombre. Jamás podrá adquirirse por prescripción ni por destinación del padre de familia: sólo puede constituirse por medio de un título;
- Es aparente o inaparente, art. 824.

d.4) Condiciones para establecerse: art. 847.

1° Que el predio que trata de imponer la servidumbre esté desprovisto de toda comunicación con el camino público.

2° Que esta comunicación con el camino público sea indispensable para el uso y beneficio del predio.

3° Que se indemnice previamente al propietario del predio sirviente (el valor del terreno necesario y todo otro perjuicio). Si no hay acuerdo entre las partes, el conflicto se resolverá por informe de peritos, quienes determinarán tanto el monto de la indemnización como la forma de ejercer la servidumbre (art. 848).

d.5) Derecho para pedir que cese la servidumbre (art. 849). Son requisitos:

1° Que la servidumbre no llegue a ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un cómodo acceso al camino, o por otros medios.

2° Que el dueño del predio sirviente restituya lo que se le hubiera pagado al establecer la servidumbre

d.6) Caso del artículo 850: se trata de la constitución de una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna, cuando el adquirente o el adjudicatario del predio, era comunero con el tradente o con los demás que intervienen en la partición. Así, por ejemplo, si tres comuneros acuerdan dividir el fundo en tres lotes, y uno de esos lotes queda desprovisto de salida al camino público, tendrá derecho a la servidumbre de tránsito, sin que medie pago alguno. Como ha dicho nuestra doctrina, esta disposición, más que todo, tiene por objeto defender los derechos de los otros propietarios vecinos, a quienes por la ley, el dueño del predio sin comunicación, podría obligar a soportar la servidumbre de tránsito. En cambio, más justo resulta que el problema se solucione entre quienes eran comuneros.

e) Servidumbre de acueducto.

e.1) Concepto: es el medio que tienen los propietarios no ribereños para servirse de las aguas corrientes, y consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente a expensas del interesado: art. 861.

e.2) Naturaleza jurídica: es una verdadera servidumbre.

El predio dominante puede ser:

1°.- Una heredad que carezca de las aguas para el cultivo de las sementeras, plantaciones o pastos;

2°.- Un pueblo que requiere las aguas, para el servicio doméstico de los habitantes.

3°.- Un establecimiento industrial que requiera de estas aguas para el movimiento de sus máquinas.

e.3) Características.

1°.- Es una servidumbre continua y positiva, porque impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer algo;

2°.- Puede ser aparente o inaparente. Generalmente será aparente.

f) Servidumbre de Luz

f.1) Objeto: dar luz a un espacio cualquiera cerrado y techado; pero no se dirige a darle vista sobre el predio vecino, esté cerrado o no. Art. 873.

f.2) Características:

1° Es continua, porque para su ejercicio no requiere un hecho actual del hombre.

2° Es aparente, porque se manifiesta por señales exteriores;

3° Es positiva.

f.3) Cuándo existe servidumbre de luz: art. 874, incisos 1° y 2°.

f.4) Condiciones a que esta sujeta la servidumbre legal de luz: art. 875.

f.5) Disposición que viene a destruir en el hecho la servidumbre de luz: art. 876.

g) Servidumbre de Vista

g.1) Concepto: art 878. La servidumbre de vista tiene por finalidad prohibir que se vea lo que pasa en el predio vecino.

g.2) Características:

1° Es negativa, porque impone al dueño del predio sirviente la obligación de abstenerse de hacer una cosa.

2° Es continua, porque no requiere en su ejercicio un hecho actual del hombre.

3° Es aparente, porque se manifiesta por la ausencia de balcones, azoteas, ventanas etc.

7.3) Servidumbres voluntarias.

a) Fuente legal: el art. 880 señala la norma general para esta clase de servidumbres, dando margen a la autonomía de la voluntad para que se pacte cualquier gravamen, con tal que no contravenga las leyes y el orden público.

b) Constitución: pueden constituirse de cuatro formas:

b.1) Por título: artículos 882, 883 y 884. “Título” debe entenderse no en su acepción de instrumento material, sino como acto jurídico, que puede dar origen a la servidumbre

Como se trata de servidumbres voluntarias, el título es la fuente de mayor aplicación en esta clase de servidumbres.

El título puede ser un acto entre vivos o un testamento; puede ser gratuito u oneroso. Por título se puede constituir toda clase de servidumbres (882, inc. 1°).

En cuanto a las formas del acto, se entiende que la regla general es que no está sometido a solemnidades especiales. De todas maneras, debe examinarse el acto específico por el que se constituye. Así, si se constituye por acto entre vivos a título oneroso, se configurará una compraventa, para la cual se exige expresamente por la ley escritura pública (1801). Si se constituye por testamento, obviamente deben cumplirse las solemnidades de éste.

En todo caso, el título puede ser suplido por un reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente (883). Este reconocimiento viene a importar una verdadera constitución de la servidumbre, por lo que debe contener las precisiones necesarias para su ejercicio.

- Tradicón del derecho real de servidumbre: el artículo 698, como regla excepcional, dispone que se efectúa por escritura pública, que puede ser la misma del acto o contrato. En este último caso, se agrega a la escritura en que se acuerda la servidumbre, una estipulación destinada a efectuar la tradición de ella, con las declaraciones que señala el citado artículo 698. Consecuente con lo anterior, el reglamento del Conservador incluye la constitución de la servidumbre, entre los títulos que pueden (y no que deben) inscribirse (artículo 52 N° 2). Excepcionalmente, la tradición de la servidumbre de alcantarillado sobre un predio urbano, debe efectuarse mediante la inscripción del título respectivo.

b.2) Por sentencia judicial: artículo 880.

Las leyes, en general, no contemplan casos de servidumbres a establecerse por sentencia judicial, dado que las sentencias son declarativas y no atributivas de derechos. Por lo demás, en tales situaciones, no podría hablarse en realidad de servidumbres voluntarias, pues se impondrían por el sentenciador. En el Código Civil se encuentra un caso de servidumbre establecida por sentencia, tratándose del fallo que recae en la partición de bienes (1.337, regla 5ª). En todo caso, no hay en nuestro Derecho una fórmula general que autorice al juez imponer servidumbres.

b.3) Por prescripción

Sólo las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por prescripción. Las discontinuas y las continuas inaparentes exigen título (882). Como justificación de la imposibilidad de prescripción, se señala que tratándose de las servidumbres discontinuas, los actos que las constituyen pueden ser considerados por el propietario del predio sirviente como de su simple tolerancia (2499), y tratándose de las inaparentes, la explicación se encontraría en la falta de posesión pública.

El plazo de posesión para prescribir es de 5 años (882). El art. 2512 señala a la prescripción de las servidumbres como una situación de excepción a las normas generales. La excepción consiste en que no se distingue entre posesión regular e irregular; indistintamente, con cualquiera de ellas, se adquiere a los 5 años.

b.4) Por destinación del padre de familia

Esta forma de constituir servidumbre es un acto por el cual el dueño de dos predios establece un “servicio” o gravamen sobre uno en beneficio del otro, originándose la servidumbre posteriormente y de pleno derecho al enajenarse uno de ellos o ambos, a

propietarios distintos (artículo 881). En otras palabras, el “servicio” se transforma en “servidumbre”.

b.4.1) Dos son los casos en que tiene lugar:

- Objetivamente, sobre todo cuando se trata de dos predios contiguos, puede decirse que existe servidumbre desde que se constituye el gravamen, pero como la institución exige que los predios pertenezcan a distintos dueños, ésta se configura al producirse la diferencia de propietarios y mientras ello no ocurre, el establecimiento del gravamen permanecerá como un simple acto de ejercicio del derecho de propiedad o como dice el precedente romano que le dio nombre, como un acto de padre de familia que administra como tal su propiedad.
- Es aplicable también esta forma de constitución en el caso de que, existiendo la servidumbre, ambos predios se reúnen en un solo propietario y continúa éste manteniendo el gravamen, ahora como un simple servicio dentro de los bienes de su dominio y posteriormente, al enajenar uno de ellos, vuelve a aparecer la diferenciación de dueños. La servidumbre reaparece, constituida ahora por la destinación que mantuvo el propietario mientras era dueño de ambos.

b.4.2) Requisitos:

- Que los predios que actualmente estén separados hayan pertenecido a un mismo dueño;
- Que el servicio se hubiere constituido por el mismo dueño;
- El servicio que originará la servidumbre, debe ser continuo y aparente. (881).
- Que en el acto de enajenación o de la partición no se haya establecido expresamente otra cosa.

8.- Extinción de las servidumbres.

Los arts. 885 y 886 señalan las causales:

a) Por resolución del derecho del que las ha constituido (artículo 1491): este medio se aplica sólo a las servidumbres voluntarias, ya que las otras están impuestas por la naturaleza o por la ley.

b) Por la llegada del plazo fijado o el cumplimiento de la condición pactada. Cabe la misma observación que en el caso anterior.

c) Por la confusión, es decir, la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño.

d) Por la renuncia del dueño del predio dominante.

e) Por el no uso: por haberse dejado de gozar la servidumbre durante tres años. La servidumbre se extingue, cualquiera que sea la causa de este no ejercicio pues la ley no hace distinción alguna (ya se hizo referencia al cómputo del plazo).

El artículo 886 se pone en el caso que el predio dominante pertenezca a una comunidad: el goce de uno de los comuneros interrumpe la prescripción respecto de todos.

La suspensión que beneficia a uno beneficia a todos. La regla anterior, es una consecuencia del carácter indivisible que presentan las servidumbres.

f) Por imposibilidad de ejercicio: art. 887. La imposibilidad debe mantenerse por 3 años. Si cesa antes, revive la servidumbre.
