

PROPIEDAD Y DERECHOS REALES

Javier Barrientos Grandón

Profesor de historia del derecho

Universidad Diego Portales

DE LAS VARIAS CLASES DE BIENES

COSAS APROPIABLES E INAPROPIABLES. COSAS COMERCIALES E INCOMERCIALES: NATURALEZA INCOMERCIAL DE USUFRUCTO CONSTITUIDO COMO DERECHO DE ALIMENTOS. (CORTE SUPREMA, NULIDAD DE OFICIO, 14 DE MAYO DE 2001, ROL. 16.019).

Por resolución de un juzgado de letras de menores se ordenó constituir un usufructo sobre un bien raíz a favor de la cónyuge y de dos hijos del demandado, el cual fue inscrito competentemente en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Pasados ocho años desde la citada inscripción la cónyuge demanda ante el juez ordinario a su marido para que se declare que ha adquirido por prescripción adquisitiva tal derecho de usufructo, del cual ha estado en posesión no interrumpida durante los últimos ocho años.

La acción fue desestimada en todas las instancias y en sentencia de la Corte Suprema, invalidando de oficio la de alzada, se discurre sobre la naturaleza comerciable o in comerciable del usufructo cuya prescripción adquisitiva se pretendía fuera declarada. Interesa,

para este comentario, el considerando tercero:

“El derecho de usufructo que detenta la actora sobre un bien raíz de propiedad de su cónyuge ha sido concedido como pensión alimenticia, por medio de una sentencia judicial, que ha venido a servir de título y modo de adquirir de tal derecho, el que no pierde por ello su carácter de pensión alimenticia”;

el quinto:

“Si bien los artículos 766 N° 4 y 2498 inciso 2° del *Código Civil* permiten adquirir por prescripción el derecho de usufructo, éste ha de estar en el comercio humano, ser un bien comerciable, como lo dispone el inciso 1° de la última norma legal citada. Por ello la doctrina señala que en la práctica, la prescripción del usufructo se presentará rara vez, pues generalmente la prescripción se referirá a la totalidad de la propiedad; pero tendrá perfectamente cabida cuando el usufructo emana de una

persona que no tenía el dominio de la cosa fructuaria y constituye, por lo mismo, sin derecho, el usufructo”

(CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Imprenta Nascimento, 1933, tomo 8º, p. 161.)”

y el sexto:

“Del mismo modo que el derecho de alimentos tiene el carácter de personalísimo, por estar establecido en consideración a la persona del alimentario, lo cual lo hace un derecho intransferible (art. 334 del *Código Civil*), no susceptible de ser adquirido por prescripción, el derecho de usufructo sobre un bien raíz constituido por sentencia judicial como pensión alimenticia en beneficio del alimentario, emanado del ejercicio del derecho de alimentos, pasa también a tener un carácter personalísimo y a quedar fuera del comercio humano, tampoco susceptible de ser adquirido por prescripción, máxime si se tiene presente que en el usufructo así constituido no ha intervenido la voluntad del propietario del bien raíz y se ha originado únicamente por la decisión del juez, en consideración a la persona del alimentario”.

Bajo las consideraciones de la Corte Suprema late la siguiente cuestión: ¿Es posible que el carácter “persona-

lísimo” de un derecho personal comunique tal naturaleza al objeto de dicho derecho?

a) *De las cosas apropiables e inapropiables*

La jurisprudencia romana sentó la distinción entre aquellas cosas respecto de las cuales no había comercio (*res quarum commercium non est*) y aquellas otras sobre las cuales sí lo había (*in commercio*). Era esta la terminología de Celso asumida por Pomponio (D., 18.1.6pr), generalmente admitida por los juristas (Inst. 2.20.4), y con la cual se significaba que había cosas no susceptibles de ser adquiridas en dominio y, en consecuencia, respecto de ellas era imposible la realización de negocios jurídicos.

Nuestro *Código Civil* no incluye expresamente la citada distinción en el título primero de su libro II (“De las varias clases de bienes”), pero sí la asume en diversas de sus disposiciones, sobre la base del mismo criterio rector romano fundado en la imposibilidad de adquisición de ciertas cosas, como paladinamente lo declara el inciso primero del artículo 585, siguiendo la opinión de Marciano, en cuanto a aquellas cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, que: “No son susceptibles de dominio y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”, principio reiterado en el inciso primero del artículo 1.105 al declarar que no vale el legado de “cosa incapaz de ser apropiada”. Como consecuencia de esta imposibilidad de apropiación, tales cosas quedan fuera de la

esfera de las relaciones jurídicas patrimoniales de derecho privado, sin perjuicio de que sea posible el ejercicio de eventuales facultades de uso y goce fundadas en títulos de carácter administrativo, v. gr. concesiones.

Como consecuencia de lo anterior, se origina un régimen jurídico singular respecto de las cosas cuya adquisición es imposible: a) precisamente por no admitir adquisición no operan respecto de ellas los modos de adquirir el dominio, como la prescripción, pues ella procede respecto de “cosas ajenas” (art. 2.492 inc. 1) y éstas, claramente no son ajenas, pero, además, está expresamente excluida (arts. 2.498, 2.510 inc. 1), la ocupación (art. 606), la accesión, pues por ella es “el dueño de una cosa” quien adquiere otra (art. 643), la tradición dominical, supuesto que el tradente deber ser “dueño” de la cosa entregada (670, 671); b) no puede ser objeto de una declaración de voluntad (art. 1.461 inc. 1), como una compraventa; c) su eventual enajenación representa un caso en el cual hay objeto ilícito (art. 1.464 N° 1), de modo que, por ejemplo, no son susceptibles de tradición.

La in comerciabilidad de estas cosas, pues, es sólo una consecuencia de la imposibilidad de su adquisición y que, en el ejemplo típico del *Código Civil*, deriva de la misma “naturaleza” de las cosas (art. 585).

*b) De la comerciabilidad
y la in comerciabilidad*

Distinta de la división anterior que, en cierto modo arranca de la naturaleza de algunas cosas, es la comerciabilidad

o in comerciabilidad, que son atributos que el derecho predica de las cosas y que, por ende, no encuentra su fundamento en la “naturaleza”, sino en el mismo derecho que veda absoluta o parcialmente la posibilidad de constituir las en objetos de actos y declaraciones de voluntad o, en general, de establecer relaciones jurídico-privadas sobre ellas, por razones diversas, fundadas en conveniencias de orden privado o público. Hay así varias clases de cosas apropiables a las cuales el derecho vuelve in comerciables, por ejemplo:

1. Por razones de conservación de la fauna, se establece la in apropiabilidad e in comerciabilidad de ciertas especies en los períodos de “veda” (art. 2.48 y art. 3, ley 18.892).
2. Por razones de protección a la infancia y a la salud de los lactantes, el *Código Sanitario*, declara a la leche materna como de “propiedad exclusiva” del hijo, y veda a la madre “amamantar niños ajenos mientras el propio lo requiera” (art. 18), de modo que, en la práctica, siendo la leche materna apropiable, se la excluye del comercio, salvo consideraciones médicas singulares.
3. Por atribuir el carácter de “personalísimo” a ciertos derechos: hay derechos que se entienden constituidos en consideración de una persona determinada y que, en la terminología del *Código Civil*, son intransmisibles a los herederos, no pueden cederse a ningún título, prestarse, ni arrendarse, como los derechos de uso y habitación (art. 819), y el derecho de pedir alimen-

tos que, además, es irrenunciable (art. 334).

Estos derechos “personalísimos” son apropiables, es decir, pueden ser adquiridos y, por ende, se incorporan al patrimonio de una persona, pero el derecho impide que puedan transferirse a otra, lo cual es diverso de decir, que impida su adquisición.

c) Del derecho de alimentos

Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas constituyen una cosa incorporal (art. 565), concretamente un derecho personal o crédito (arts. 576, 578), cuya causa es la ley (“la sola disposición de la ley”), que ha puesto al alimentante en la obligación de prestarlos al alimentario (art. 321).

En tal obligación legal, el crédito del alimentario, es decir, su “derecho de pedir alimentos” está incorporado en su patrimonio y, por ende, constituye una cosa apropiable, pero, que no puede transmitirse *mortis causa*, ni venderse, ni cederse “en modo alguno”, ni renunciarse (art. 334), salvo en cuanto se tratare de “pensiones alimenticias atrasadas”, que pueden transmitirse, venderse, cederse, renunciarse y compensarse (art. 335).

En la misma obligación legal, su prestación, esto es, “la prestación de alimentos” (art. 322) puede consistir en débitos de dar y de hacer (art. 324), uno de los cuales puede ser el de dar el usufructo, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 14.908 (art. 9), es decir, el usufructo no constituye el “objeto” de la obligación de prestar alimentos: no es su prestación, sino que es el objeto

de la prestación: el objeto sobre el cual recae, en este caso, el débito de dar.

d) El usufructo constituido judicialmente como objeto de la prestación de alimentos

En virtud del artículo 334 del *Código Civil* es el derecho de pedir alimentos el que es considerado “personalísimo”, y no el objeto sobre el cual recae la prestación de darlos, de manera que la regla del citado artículo no altera la naturaleza común de derecho real, que es propia del usufructo constituido judicialmente. Pero, sin perjuicio de ello, hoy día es la ley 14.908 en su artículo 9, inciso cuarto la que impide la enajenación del usufructo así constituido, al hacer aplicable a este usufructuario el régimen de intransferibilidad de los derechos de uso y habitación fijado en el inciso primero del artículo 819 del *Código Civil*.

La sentencia de la Corte Suprema no distingue entre la prestación de una obligación legal y el objeto sobre el cual recae con la finalidad de extender al usufructo el carácter de personalísimo del derecho de pedir alimentos, para así declararlo intransferible. Esta opinión, aunque criticable, podía justificarse, en la época de la sentencia (14 de mayo de 2001) porque la ley 14.908 en su artículo 11 no contenía la remisión expresa al artículo 819 del *Código Civil*, que fue introducida por el número 11 del artículo 1° de la ley 19.741, publicada en el *Diario Oficial* el 24 de julio de 2001, lo cual reafirma en la opinión conforme a la cual ese derecho de usufructo hasta esta última fecha se regía por las reglas comunes.

Por ello declaraba la Corte Suprema que “el derecho de usufructo que detenta la actora” y que “ha sido concedido como pensión alimenticia... no pierde por ello su carácter de pensión alimenticia”. De modo que, continúa la Corte, si “el derecho de alimentos tiene el carácter personalísimo... lo cual lo hace un derecho intransferible”, le es posible concluir que:

“El derecho de usufructo sobre un bien raíz constituido por sentencia judicial como pensión alimenticia en beneficio del alimentario, emanado del ejercicio del derecho de alimentos, pasa también a tener un carácter personalísimo y a quedar fuera del comercio humano, tampoco susceptible de ser adquirido por prescripción”.

La conclusión de la Corte Suprema es correcta, pero hoy día los fundamentos de ella son claros y diversos de los que ella había ofrecido, pues es preciso distinguir dos situaciones:

1. El titular de un derecho real de usufructo constituido como objeto de una prestación de alimentos legales, no puede ceder su derecho de alimentos, es decir, el crédito que tiene en contra del alimentante, cuyo objeto es el usufructo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 334.
2. Tampoco puede ceder el usufructo con independencia de su derecho de alimentos, no porque tenga el carácter personalísimo derivado de la naturaleza alimenticia de la prestación, de acuerdo con el artículo 334, sino

porque expresamente el inciso cuarto del artículo 9 de la ley 14.908 altera el derecho común en materia de usufructo, para hacer aplicable a este usufructuario el régimen de no enajenabilidad propio de los derechos de uso y habitación: “Se aplicarán al usufructuario las normas de los artículos 819, inciso primero, y 2466, inciso tercero, del *Código Civil*”, y el referido artículo 819 señala:

“Los derechos de uso y habitación son intransferibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse”.

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

TÍTULO Y MODO DE ADQUIRIR. INTENCIÓN DE TRANSFERIR EL DOMINIO EN LA TRADICIÓN. TRADICIÓN POR MANDATARIOS. CLÁUSULA “SE FACULTA AL PORTADOR”. (CORTE SUPREMA, CAS. CIV. 13 DE JULIO DE 1999 (GJ. 229, JULIO DE 1999); CORTE SUPREMA, CAS. CIV. 25 DE ENERO DE 2001, ROL N° 3.939-99; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 23 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ROL N° 6.404-96).

A propósito de la tradición, hay alguna jurisprudencia, relativamente reciente, que importa desvincular la “intención de transferir el dominio” y de “adquirirlo” presente en la entrega de aquella manifestada en el título que la causa, exigiendo que ella se manifieste de manera específica e independiente

en el hecho de la entrega; con lo cual se está admitiendo que en la tradición dominical hay un acuerdo de voluntades dirigido a transferir el dominio y a adquirirlo que opera como requisito independiente del consentimiento expresado en el título y que, en consecuencia, se rige, no por las reglas propias de la tradición, sino por la generales relativas a la validez de los actos y declaraciones de voluntad, acercándose así a la concepción que el derecho civil alemán ofrece de la tradición.

La Corte Suprema, en la ya citada sentencia de casación de julio de 1999, considera que uno es el consentimiento dirigido a transferir y a adquirir manifestado en el título y otro, en igual sentido, expresado en la tradición concebida como acto jurídico, de guisa que si una vez que se ha constituido válidamente un título, muere el tradente antes de verificarse la tradición, no es posible que, una vez muerto, un mandatario, con poder suficiente constituido en el mismo título, realice la entrega, pues, si lo hace, tal tradición adolece de nulidad absoluta porque ha faltado el consentimiento en la tradición:

“Según se desprende de los artículos 670, 675, 686 y 1.824 del *Código Civil*, es necesario tener presente que un contrato de compraventa no tiene por sí solo la virtud de convertir en dueño de la cosa vendida a su comprador, sino que tal contrato es únicamente el título que puede conducir a ello, pues es necesario que luego opere el modo de adquirir llamado tradición... acto

jurídico que, como todos, según los artículos 1.431 (sic), 1.439 y 1.445 del *Código Civil*, para su existencia requiere, al ser bilateral, del consentimiento de ambas partes involucradas, en circunstancias que, dado su fallecimiento, la vendedora ya no podía prestarlo”

(GJ. 229, Santiago de Chile, julio 1999, Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 6º, p. 58), de guisa que como:

“Al momento que la demandada requirió la inscripción del bien raíz, éste era de propiedad de la sucesión formada por la descendencia de la vendedora, la cual, entonces, no pudo prestar el consentimiento requerido para ello, de lo que se sigue que, dada la ausencia de dicho requisito de existencia de tal acto jurídico, éste no fue válido, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1.681 y 1.682 del ya citado *Código*, que dispone que, al no concurrir un requisito de existencia de un acto jurídico, éste es nulo absolutamente” (*op. cit.*, cons. 7º, pp. 58-59).

El mismo criterio, y para un caso análogo al anterior, ha sido reiterado por la Corte Suprema en sentencia pronunciada el 25 de enero de 2001:

“La tradición efectivamente es un acto jurídico que debe cumplir con los requisitos de tales nego-

cios, entre otros, el consentimiento de las partes, declaración de voluntad común que requiere manifestarse actualmente, esto es, coetáneamente a la entrega real o simbólica del bien, a lo que en la especie se opone la circunstancia de haber fallecido tales partes con mucha antelación a la entrega simbólica, representada por la inscripción; en consecuencia, debe concluirse que la inscripción a nombre del comprador no ha existido jurídicamente, en la medida que se procedió a ella prescindiendo absolutamente de la voluntad de los interesados, lo que en definitiva importa que sea ineficaz como modo de adquirir el dominio, que la referida parte sólo conservara el derecho que le conferiría su calidad de contratante, y que la actual vigencia de una inscripción a nombre de los demandados sólo constituya posesión del derecho de dominio que, por no haber sido de su causante, no se les transmitió por causa de muerte”

(Corte Suprema, Cas. Civ., rol 3.939-99, Santiago de Chile, 25 de enero de 2001, cons. 4°).

La referida opinión jurisprudencial ha sido comentada por Rodríguez Pinto:

“Toca esta materia el núcleo de los sistemas de transferencia de propiedad que la Corte Suprema se preocupa en aclarar, pues

es en este contexto que el fallo de casación reitera la consabida doctrina de que el nuestro es un sistema de título y modo de adquirir, de raíz romana; y que, por lo tanto, la compraventa en este caso era sólo el título traslativo, ineficaz por sí mismo para transferir la propiedad (Cons. 6°)”

(RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “La cláusula ‘se faculta al portador’ y la transferencia de propiedad por tradición”, en *Revista Chilena de Derecho*, 27, N° 1, Santiago de Chile, 2000, p. 174). Pero inmediatamente advierte que:

“Lo curioso es que así las cosas, las partes deban reeditar su voluntad en el modo de adquirir (tradición-inscripción), un negocio jurídico en sí, para que sea plenamente eficaz la voluntad negocial ya expresada en el título, otro negocio jurídico en sí. No deja por esto de tener lógica el paso del codificador francés que, a comienzos del siglo XIX, simplemente eliminó la obligación de repetir la voluntad de enajenación en el modo de adquirir, dando plena eficacia real al título o convención traslativa de propiedad” (*op. cit.*, pp. 174-175).

Esta doctrina es antigua, pues la defendía expresamente Pothier y, precisamente, en un supuesto semejante al caso que motivó la sentencia de la Corte Suprema de 1999; pero que en la línea del

autor francés resultaba explicable su-
puesta su concepción general de una
“tradicción de efectos posesorios” y no
de una “tradicción de derechos”, cual es
el sistema adoptado por nuestro
codificador. Así, las condiciones que
exigía Pothier para que la tradición (*factus
tradendi*) “transfiriera la propiedad” se
referían al hecho de la entrega y no al
título de ella, línea dogmática que, como
queda explicado, desechó el codificador
chileno y que, por ende, al ser asumida
por la Corte Suprema importa una gra-
ve incoherencia frente a los principios
que gobiernan una tradición concebida
como exclusivamente dominical o de
adquisición de otros derechos.

Pothier escribía que debía advertir-
se que era

276

“al tiempo de hacerse la tradi-
ción en el que el consentimiento
del propietario debe interve-
nir en la tradición para que ella
pueda transferir la propiedad de
la cosa a aquel a quien ella se
hace. Si el propietario, habien-
do voluntariamente, y sin estar
obligado, consentido en la tra-
dición que un tercero (‘yo’ =
‘mandatario’) debía hacer de su
cosa, hubo después, antes que el
tercero la hubiera hecho, cam-
biado de voluntad, o perdido la
vida o la razón, no subsistiendo
su consentimiento: la tradición
que hiciera el tercero no podría
transferir la propiedad a aquel a
quien se hiciera”

(POTHIER, Roberto José, *Oeuvres*, Paris,
1821, t. X, nr. 221, p. 122:

“Observez que c’est au temps
que se fait la tradition, que le con-
sentement du propriétaire à la tra-
dition doit intervenir, pour
qu’elle puisse transférer la pro-
priété de la chose á celui à qui
elle est faite. Si le propriétaire,
ayant volontairement, et sans y
être obligé, consenti à la tradition
que je devois faire de sa chose,
eût depuis, avant que je l’aie fai-
te, changé de volonté, ou eût per-
du la vie ou la raison; son consen-
tément ne subsistant plus, la
tradition que je ferois depuis ne
pourroit transférer la propriété
à celui à qui je la ferois”).

No resulta fácil admitir la opinión
sentada por la Corte Suprema si se ob-
serva que ella descabala por completo
el sistema causado de adquisición asu-
mido por el codificador, y que pasa por
encima de todos los principios que ri-
gen a la tradición dominical, contrarian-
do, de paso, la regla de interpretación
legal consagrada en el inciso primero
del artículo 22 del mismo *Código Civil*;
supuesto que una tal interpretación im-
pide que entre todas las partes de la ley
haya “la debida correspondencia y ar-
monía”, sin perjuicio de no ceñirse a la
regla del inciso segundo del artículo 19,
debidamente complementada por los
pasajes del *Mensaje del Código* referidos
al sistema de adquisición del dominio.
En efecto, hacen bien las citadas sen-
tencias en distinguir el título translaticio
de dominio de la tradición; pero no hay
fundamento alguno para sostener que
esa correcta distinción dogmática im-
plique una radical separación entre

ambos actos, pues ello conduce a destruir por su base la concepción de una “entrega causada”, que es en lo que consiste la tradición al tenor del artículo 670 en relación con el 675.

Naturalmente, en los casos que dieron origen a las sentencias anteriores se hallaba también envuelta la cuestión tocante a la discutida cláusula “Se faculta al portador”, que ambas sentencias consideran simplemente como un mandato que expira con la muerte del mandante y, en consecuencia, el mandatario que realiza la inscripción después de la muerte del mandante no ha podido expresar en la tradición (“inscripción”) la voluntad de su mandante, ya muerto (Sobre esta cláusula *vide* STITCHKIN BRANOVER, David, *El mandato civil*, 3ª ed., Santiago de Chile, 1975; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Se faculta al portador de copia autorizada...”, en RDJ., N° LXXXI, Santiago de Chile, 1984; WINTER IGUALT, Rodrigo, “El portador facultado”, en *Revista del Abogado*, N° 13, Santiago, julio, 1998; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *op. cit.*).

Sumada esta interpretación a la concepción de la tradición como un acto jurídico bilateral, que requeriría de un específico consentimiento dirigido a transferir y a adquirir el dominio, se cierra el círculo de una doctrina jurisprudencial que, en la práctica, viene a independizar al título translaticio de dominio de la entrega dominical, descabalandos peligrosamente el sistema causado de adquisición de derechos consagrado en el *Código Civil*.

Hay, no obstante, también alguna jurisprudencia reciente que, por la vía de estimar que la cláusula “se faculta al

portador” envuelve un mandato que no expira con la muerte del mandante y que importa un caso lícito de autocontratación, considera válida la tradición efectuada mediante la inscripción del título translaticio de dominio con posterioridad al fallecimiento del vendedor.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 23 de septiembre de 1999 declaraba, fundándose en las opiniones de Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga y Stitchkin Branover, que la referida cláusula:

“Importa un mandato para celebrar un acto jurídico, la tradición del derecho mediante la inscripción de la escritura en el competente registro. A este mandato va unida, naturalmente, la facultad de representar a las partes. Como el portador de la copia de la escritura representa tanto al adquirente como al tradente, ejecuta un autocontrato o acto jurídico consigo mismo”

(GJ. 231, Santiago de Chile, 1999, Corte de Apelaciones de Santiago, Ap. Civ., rol 6.404-96, Santiago, 23 de septiembre de 1999, cons. 1º) y, en consecuencia:

“El mandato otorgado en este caso, que indeterminadamente facultaba para requerir y firmar la inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces; no se extingue por la muerte de uno de los mandantes, toda vez que accedía al contrato de compraventa que se ha querido o pre-

visto cumplir mediante su gestión”

(*Op. cit.*, cons. 3°) de manera que podía declararse que resultaba necesario:

“Desestimar la demanda interpuesta en autos en sus puntos primero y segundo de las respectivas peticiones en orden a declarar la nulidad de la tradición y cancelar la inscripción respectiva” (*Op. cit.*, cons. 4°).

ERROR EN LA TRADICIÓN. ERROR EN EL TÍTULO. (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, AP. CIV. 16 DE OCTUBRE DE 2000, ROL N° 1.406-98).

278

También, a propósito de la tradición, se advierte una aplicación jurisprudencial equivocada de las reglas tocantes al error, en relación con el título de la tradición, puede apreciarse en una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 16 de octubre de 2000. Los hechos de la causa eran los siguientes:

1. Al disolverse cierta cooperativa de reforma agraria se adjudicaron a “A” la parcela N° 61 y 1/38 parte de los derechos de la reserva cooperativa N° 3, inscribiéndose ambas adjudicaciones.
2. Posteriormente “A” vendió a “B” la citada parcela N° 61 y los referidos derechos en la reserva cooperativa N° 3, inscribiéndose la referida escritura pública de compraventa.
3. Más tarde, “B” constituyó en favor de “C” primera hipoteca sobre el

inmueble consistente en la parcela N° 61.

4. No satisfecha la obligación principal, “C” dedujo juicio especial hipotecario, cuyo resultado fue el remate de la referida parcela N° 61, expresamente individualizada en las bases del remate, en cabeza de “D” extendiéndose la escritura de adjudicación respectiva por el juez de la causa, y procediéndose a su posterior inscripción.
5. En esta última escritura de adjudicación, debidamente inscrita, fue incluida no sólo la parcela N° 61 sino, también, los derechos en la reserva cooperativa N° 3, que no habían sido hipotecados.
6. Supuesto lo anterior “B” demanda en juicio ordinario que se declare la nulidad de la tradición en cuanto a incluido en ella bienes no hipotecados ni adjudicados, ordenándose la correspondiente cancelación de la inscripción de la adjudicación en lo tocante a los citados derechos en la reserva cooperativa N° 3.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocando la sentencia de primera instancia, acogió la demanda y declaró:

“Que es nula la tradición de la noventa ava parte de las reservas cooperativas números dos y cinco; de la treinta y ocho ava parte de la Reserva Cooperativa número tres a que se refiere la inscripción de dominio de f. 365v. N° 549 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Limache del

año 1992 en favor de don (...), debiendo cancelarse dicha inscripción respecto a los referidos derechos, con costas”.

Si bien, la solución adoptada por la Corte resulta apropiada, sus fundamentos son del todo ajenos a la disciplina de la tradición y de las reglas que gobiernan el error en ella. Veamos cuáles fueron los fundamentos del Tribunal:

PRIMERO:

“Que la tradición de los bienes raíces se hace mediante la inscripción del título, en este caso la escritura de adjudicación en el remate judicial, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo”.

Nada parece objetable, pues se limita a recibir este considerando lo dispuesto en el artículo 686 del *Código Civil*.

SEGUNDO:

“Que tratándose de una venta forzada en pública subasta, el deudor, en este caso don J.A.S.E., fue representado legalmente por el Juez de Letras del Segundo Juzgado Civil de Valparaíso”.

También está exento de reparos este considerando, coherente con lo dispuesto por el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

TERCERO:

“Que de acuerdo con los títulos analizados, el inmueble denominado Parcela 61 y los derechos

sobre las Reservas y Bien Común especial, si bien se encuentran incluidos en una sola inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, constituyen dos propiedades diferentes, no existiendo ningún antecedente que permita considerarlos como un solo todo, o considerarlos dentro de los bienes señalados en los arts. 2.420, 2.421, y o 2.422 del *Código Civil*, para comprenderlos dentro del inmueble hipotecado”.

Considerando éste que sólo se limita a reconocer que, efectivamente, los derechos en la reserva cooperativa N° 3 no habían sido hipotecados.

CUARTO:

“Que de todo lo anterior, es preciso concluir que el Juez de Letras que actuó en representación del deudor en la escritura de adjudicación cometió un error al incluir los citados derechos, lo que constituye un vicio del consentimiento, debiéndose tener presente que el art. 677 del *Código Civil* dispone que el error en el título invalida la tradición”.

Este considerando, que es el séptimo y último de la sentencia, es el que merece una serie de objeciones, veamos cuales son:

- i) El error ha sido cometido por el juez, y se ha incurrido en él en la constitución del título translaticio de dominio, es decir, en la adjudicación y, por lo tanto, advienen apli-

cables las reglas generales tocantes al error en los actos y declaraciones de voluntad, y no las reglas propias de la tradición.

No se está, pues, frente al caso de un error en la tradición, ya que ella versó, exactamente, sobre las cosas contenidas en el título y, por ende, no es posible aplicar la reglas del artículo 676, precisamente, porque no se ha padecido “error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse”, ya que ciertamente se ha entregado la especie designada y determinada en el título.

- ii) El juez, en la referida escritura de adjudicación ha actuado “como representante legal del vendedor”, al tenor del artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*, y no como “representante legal” del tradente (art. 671 inc. 3).

Aunque coincidente, no es propio aplicar aquí la regla del artículo 671 inciso tercero, pues ella se refiere a la actuación del juez como representante legal en la tradición, ya que sólo en ella “la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal”, de guisa que tampoco adviene aplicable el artículo 678 en cuanto señala que: “Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición”. Son inaplicables los artículos 671 y 678 porque ellos no operan en la constitución del título, debido a que en dicho título nada se transfiere, y por ello éste es el supuesto expresamente previsto en el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

- iii) Tal error ha recaído

“sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra” (art. 1.453 *in fine*).

No puede pasarse en silencio que aquí se está en presencia de una “venta forzada”, por lo que el ejemplo del artículo 1453 es muy preciso.

En caso alguno puede sostenerse que el referido error es el previsto en el artículo 677 del *Código Civil*, como lo afirma expresamente la referida sentencia, supuesto que el campo operativo de tal regla es el del error que se genera cuando una de las partes supone un título translaticio de dominio y la otra uno de mera tenencia, o “cuando por las dos partes se suponen título translaticios de dominio, pero diferentes”. En el caso sujeto a sentencia, la aplicación del artículo 677 es extravagante, porque dicho error en el título no existió, sino que él recayó sobre la cosa vendida.

- iv) Un error tal, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, bien ha podido: a) obstar o impedir la formación del consentimiento (“error obstáculo” u “obstativo”, o bien, b) simplemente “viciar el consentimiento” (“error esencial”).
- v) Producido este error, para ciertos autores el acto afectado por él es inexistente; para otros, y para la jurisprudencia mayoritaria, el acto es

- nulo de nulidad absoluta y; para una minoría de autores el acto sería nulo de nulidad relativa.
- vi) Supuesto, entonces, que el título constitutivo de dominio es “inexistente” o nulo, no es posible considerar que se cumpla con la exigencia prescrita por el artículo 675 del *Código Civil* y, en consecuencia, no puede operar como causa de la tradición.
- vii) Más aún, como dicho error esencial ha excluido por completo el consentimiento, como también lo ha admitido una constante jurisprudencia (Corte Suprema, Cas. Civ. 4 de abril de 1945, cons. 3º, 5º (RDJ., Nº XLII, nr. 9, IIª parte, sección Iª, p. 558); Corte de Apelaciones de Valparaíso, Valparaíso, Ap. Civ. 23 de junio de 1992, cons. 7º, conf. Corte Suprema, Cas. Civ. 7 de agosto de 1995; Corte Suprema, Cas. Civ. 30 de mayo de 2001, cons 4º (GJ. 251), no sólo se está en presencia de un título nulo, inhábil para causar una tradición dominical (art. 675) sino, también, ha, consiguientemente, faltado la “intención de transferir el dominio” en el título y, por ende, no es posible que de una tal adjudicación declarada nula pueda hacerse depender la “intención de transferir el dominio” en el hecho de la entrega (art. 670), como acto que ha de estar, precisamente, causado en ella.

DEL DERECHO DE USUFRUCTO

DERECHO REAL DE USUFRUCTO CONSTITUIDO POR SENTENCIA JUDICIAL. TÍTULO Y MODO

EN LA ADQUISICIÓN DE UN DERECHO REAL DE USUFRUCTO. (CORTE SUPREMA, NULIDAD DE OFICIO, 14 DE MAYO 2001, ROL. 16.019).

La Corte Suprema en sentencias del 14 de mayo de 2001 ha tenido ocasión de pronunciarse, incidentalmente, sobre la constitución de un derecho real de usufructo, y de ocuparse, a propósito de ello, en la naturaleza de una sentencia judicial que decreta la constitución de un usufructo, sentando la doctrina conforme a la cual dicha sentencia judicial sería un modo de adquirir originario y que, además, ella configuraría el título y modo de la adquisición. Ha declarado la Corte, al anular de oficio la sentencia de alzada:

“Que la sentencia recurrida ha confirmado sin modificaciones la de primer grado, corriente a fojas 16 y siguientes. Este fallo, después de reconocer en su fundamento segundo que el usufructo detentado por la actora se constituyó por una resolución emanada del Primer Juzgado de Menores de Rancagua, en sus fundamentos tercero y sexto afirma que tal usufructo lo adquirió la actora por tradición, pero sin hacer consideración de derecho alguna para así aseverarlo y contentiendo ello, además, una contradicción manifiesta, puesto que un modo originario de constituir el derecho de usufructo es la sentencia judicial que, según lo previsto en el artículo 11 de la ley Nº 14.908, lo establece como pen-

sión alimenticia y otro acto jurídico muy distinto es la tradición, que es un modo derivativo de adquirir tal derecho por acto entre vivos, mediante un título traslativo, conforme a lo prescrito en los artículos 670, 675, 766 N° 3 y 767 del *Código Civil*”.

En concordancia con ello en la sentencia de reemplazo, sentó que:

“El derecho de usufructo que detenta la actora sobre un bien raíz de propiedad de su cónyuge ha sido concedido como pensión alimenticia, por medio de una sentencia judicial, que ha venido a servir de título y modo de adquirir de tal derecho, el que no pierde por ello su carácter de pensión alimenticia”.

Esta sentencia fue dictada cuando el artículo correspondiente de la ley 14.908 (art. 11) simplemente decía en su inciso primero que:

“El juez podrá fijar también como pensión alimenticia un derecho de usufructo, uso o habitación sobre bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz dicha prohibición deberá inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces”,

y en el segundo que:

“En estos casos, el usufructuario, el usuario y el que goce de

derecho de habitación, estarán exentos de las obligaciones que para ellos establecen los artículos 775 y 813 del *Código Civil*, respectivamente, estando solo obligados a confeccionar un inventario simple”.

La ley 19.741, publicada en el *Diario Oficial* de 24 de julio de 2001 reemplazó el referido artículo 11, y su contenido lo situó en el actual artículo 9 de la ley 14.908, solucionando expresamente la cuestión de la adquisición del derecho real de usufructo por sentencia judicial, de acuerdo con la distinción entre título y modo de adquirir, y sometiénola al principio general conforme al cual la inscripción del derecho real de usufructo constituye su tradición, fundada en su título, que es la sentencia judicial.

En efecto, el actual artículo 9 de la ley 14.908 expresamente declara en su inciso segundo que:

“El juez podrá también fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre 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 del Conservador de Bienes Raíces. Podrá requerir estas inscripciones el propio alimentario”.

Así, pues, se ha sentado legalmente que: “la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales”, en este caso el de usufructo de un bien raíz, que será adquirido, de acuerdo con la regla general, por la inscripción correspondiente, según el artículo 767 del *Código Civil*: “El usufructo que haya de recaer sobre inmueble por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito”, en plena armonía con el artículo 686 que, después de declarar que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectuará por la inscripción del título en el Registro Conservador, dispone que: “De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces”, cuyos fundamentos y sentido ya venían declarados en los párrafos XVIII, XXI y XLIII del *Mensaje* del propio *Código Civil*.

Esta situación, entonces, advendría asimilada al régimen fijado por el inciso tercero del artículo 671 del *Código Civil*, pues se estaría en presencia de una constitución “forzada” de un derecho real de usufructo, en la cual el alimentante, dueño de la cosa fructuaria, sería “el tradente” del derecho real de usufructo, y el juez su representante legal”, en concordancia con lo prescrito por el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

De esta suerte, la discutible doctrina que había sentado la Corte Suprema de identificar en la sentencia el título y el modo y de calificarla como un modo originario, ha sido legalmente desechada, adoptándose el criterio que había defendido el juez de la instancia de Rancagua en el breve consideran-

do tercero de su sentencia del 30 de septiembre de 1999: “Que con el título de la demandante y de los terceros, que no son partes en este juicio, más la inscripción en el registro de hipotecas respectivo, se ha producido la tradición del expresado derecho”.

DE LAS SERVIDUMBRES

ACCIÓN DE DEMARCACIÓN. FIJACIÓN DE DESLINDES Y ACCIÓN REIVINDICATORIA. (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, AP. CIV. 10 DE JUNIO DE 2003, ROL N° 511-00).

La Corte de Apelaciones de Valparaíso ha tocado en su sentencia de 10 de junio de 2003 dos cuestiones referidas a la acción que concede el artículo 842 del *Código Civil* a todo dueño de un predio, en cuanto le reconoce el derecho que tiene para “que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes”, con la posibilidad de “exigir a los respectivos dueños que concurren a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes”. Tales cuestiones son: a) las relativas a las condiciones para que ella pueda intentarse y b) sus relaciones con la acción reivindicatoria.

Condiciones exigidas para que proceda la acción del artículo 842

La Corte ha reiterado una opinión sentada desde antiguo por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, en cuanto ha declarado en su sentencia: