

EN BUSCA DE UN ESTATUTO JURÍDICO APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES INDIVISOS

IN SEARCH OF A LEGAL STATUS APPLICABLE TO THE ADMINISTRATION OF
UNDIVIDED PROPERTY

ÉRIKA ISLER SOTO*

Fecha de recepción: 21 de diciembre de 2009.

Fecha de aceptación: 27 de enero de 2010.

Resumen

La legislación común chilena sobre comunidad no contempla una forma de administración general de los bienes indivisos.

El presente artículo expone las principales teorías que intentan dar solución a la cuestión planteada, entre las cuales encontramos a la tesis que le otorga primacía al derecho de veto, la teoría del mandato tácito y recíproco, la tesis de la apariencia jurídica, la teoría de la agencia oficiosa, el criterio de mayoría y la tesis según la cual un comunero puede actuar sin el consentimiento de los demás, cuando este sea el único modo de conservar o amparar su derecho.

Por último, se hace alusión a la institución de las medidas conservativas.

Abstract

The common Chilean legislation on community, he does not contemplate a form of general administration of the undivided goods.

The present article, it exposes the principal theories that try to give solution to the raised question, between which we think to the thesis that it grants primacy to him to the right of veto, the theory of the tacit and reciprocal mandate, the thesis of the juridical appearance, the theory of the semioficial agency, the criterion of majority and the thesis according to which a commoner can act without the assent of the others, when this one is the only way of preserving or protecting his right.

Finally, allusion is done to the institution of the conserving measures.

Palabras clave : Administración, dominio, propiedad, indivisión.

Key words: *Administration, domain, propriety, indivision.*

* Magister © en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Diplomada en Género y Políticas Públicas por el SERNAM. Abogada del Servicio Nacional del Consumidor. Dirección electrónica: erikaisler@yahoo.es

1. Introducción

La antigua Roma consideraba a los regímenes de comunidad, fuente de discordias y malos entendidos (*communio est mater discordiarum*). Por esta razón, se esmeraron en establecer trabas a su constitución y funcionamiento, favoreciendo su liquidación.

Casi veinte siglos después, la Francia de Napoleón dicta su Código Civil, influenciada en gran medida por el Derecho Civil Romano. La comunidad no fue la excepción y el legislador galo no innovó en la materia, optando por un sistema de similares características. Este cuerpo legal –también llamado el Código de la Propiedad por ser tan cerradamente individualista– solo legisló sobre el condominio al tratar la indivisión *post mortem*, por temor de favorecer la propiedad de “manos muertas” (abiertas para adquirir y cerradas para enajenar).

Sin embargo, con el correr de los años, la copropiedad se ha transformado en una gran herramienta para el logro de diversas actividades, que no se podrían realizar sin una unión de esfuerzos. Por esta misma razón, las formas indivisas de propiedad lejos de extinguirse, han ido adoptando las más distintas manifestaciones, haciendo disminuir de a poco los prejuicios de los legisladores. Es así como tanto el *Code* como los Códigos que lo han seguido, han ido incorporando normas que regulan aspectos anteriormente olvidados, tales como la administración de la comunidad.

En Chile aún no se ha actualizado la legislación sobre la materia, subsistiendo solo las escasas normas originales, muy similares a las contempladas originalmente en su símil francés. De esta manera, el Código de Bello regula solo algunos ámbitos de la comunidad, tales como la partición, los derechos de los comuneros, su origen y terminación, mas no establece claramente la forma de administración de la cosa común.

Este problema ha sido parcialmente resuelto por algunas normas posteriores, tales como la Ley 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria¹, su Reglamento²; y los artículos 653 al 655 del Código de Procedimiento Civil. Digo parcialmente, puesto que tales normas son solo aplicables a los casos especiales establecidos en dichos estatutos.

La duda que surge es evidente: cuál es el estatuto jurídico aplicable a la administración de los restantes bienes no sujetos a normas especiales.

El presente trabajo tiene por objeto dar respuesta a tal interrogante.

1. Ley N° 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 16 de diciembre de 1997. En lo sucesivo LCI.

2. Decreto N° 46, publicado en el *Diario Oficial* con fecha 17 de junio de 1998.

2. La administración de la propiedad común

Tal como se señaló, la administración de los bienes indivisos fue el gran tema silenciado por Bello en materia de comunidad. En la época de dictación del Código, se consideraba a esta institución como una situación transitoria, no bien vista por el legislador, siempre a favor de la seguridad jurídica. Ya lo advirtió Lira Urquieta en 1956: “si el legislador chileno mira con ojos benignos y protectores a la propiedad individual, no dispensa iguales favores a la propiedad común. Diríamos que la ve con malos ojos y que tiene prisa en hacerla cesar”³.

Por otra parte, el paradigma de comunidad que se tenía en esos momentos era la comunidad hereditaria, la que por definición era un patrimonio pasivo pronto a liquidarse⁴. A esta situación transitoria se le pondría término tan pronto como se subsane algún impedimento que no haya permitido su división con anterioridad. Así las cosas, es de toda lógica que el legislador no se haya molestado en dedicarle normas a una situación que no perduraría en el tiempo⁵.

Las soluciones que estudiaremos a continuación, se aplicarán a todas aquellas formas de comunidad cuya administración no ha sido especialmente contemplada por el legislador. Dentro de estas podemos mencionar a la sociedad conyugal disuelta, la comunidad hereditaria, las sociedades civiles o comerciales disueltas, y antes de proceder a su liquidación, la comunidad proveniente del concubinato, etc.

a) Cuestiones previas

Antes de entrar al estudio que nos preocupa, conviene tener clara la diferencia entre los actos de administración y los actos de disposición, puesto que la calificación del acto determinará, finalmente, la voluntad que se exija para su celebración.

De esta manera, si un acto es calificado como administrativo, tienen lugar las teorías que posteriormente se señalarán. En caso contrario, se exigirá unanimidad en el consentimiento. Esto tiene su explicación en que los actos de disposición se refieren a la masa común toda, por lo que solo obrando de consuno los comuneros reúnen la totalidad de las cuotas que componen la unidad que se pretende disponer.

3. LIRA URQUIETA, Pedro: *El Código Civil Chileno y su época*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago, 1956; p. 70.

4. Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Indivisión y Partición*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2002; quinta edición, p. 43.

5. “Quedaron atrás las trabas a que estaba sujeto en la legislación colonial el derecho de propiedad. El legislador chileno admite sin vacilaciones la doctrina liberal del Código francés y piensa que en ella anida un potente factor de progreso. Quiere libre a la propiedad, susceptible de continua división, y no sujeta a ataduras engorrosas y arcaicas”, en LIRA URQUIETA, Pedro: *Op. cit.*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1956; p. 19.

En caso contrario, los que no han consentido tienen derecho a recuperar su cuota en el bien. Lo señalado anteriormente, se entiende sin perjuicio de la facultad de los comuneros de nombrar un administrador con facultades para enajenar los bienes comunes.

Un primer criterio que se podría aplicar es el de la naturaleza del acto. Desde este punto de vista, se entiende por actos de disposición “aquellos a que solo da derecho la propiedad, como la enajenación o la hipoteca”⁶. Actos de administración serían, por el contrario, todos aquellos que no provienen directamente de las facultades del dominio. Si bien este criterio pudiera, a primera vista, parecer el acertado, presenta un grave inconveniente. Si lo aplicamos al problema que nos ocupa, resulta que entraría aún más la producción de las cosas comunes, puesto que para la menor enajenación se requeriría de unanimidad en el consentimiento.

Desde un punto de vista económico se puede decir que los actos de administración contemplarían la renta, incluyendo aquellos actos que se dirigen a obtener de los bienes de capital un rendimiento. Los actos de disposición, por su parte, afectarían a los bienes de capital. Díez-Picazo critica este criterio, señalando que es insuficiente para calificar ciertos actos, como la inversión de una renta ya obtenida, como nuevo capital. Por otra parte, observa que un acto puede afectar a un bien de capital y ser al mismo tiempo de administración, como el caso de las medidas conservativas⁷.

Un tercer criterio, que considero correcto, entiende por actos de administración a aquellos relativos al manejo o gestión de los bienes de acuerdo a su naturaleza o destino⁸. En este sentido León Hurtado los define como aquellos que “tienen por finalidad la conservación o el incremento del patrimonio”⁹. Por su parte, se entiende por actos de disposición “aquellos que significan una disminución del patrimonio”¹⁰. Este autor afirma que para juzgar la calidad del acto o negocio jurídico, se debe atender a la finalidad querida a través del acto, y no a la naturaleza misma de él¹¹. De esta manera, dentro de la administración ordinaria de un fundo, lo normal es que se contemplen actos de enajenación de ciertos bienes, como los sujetos a un próximo deterioro o aquellos que deban enajenarse según el giro del ordinario del negocio¹².

6. LAURENT, Francis: *Principios de derecho civil francés*, t. VI, p. 107, citado por SILVA SEGURA, ENRIQUE: *Acciones, actos y contratos sobre cuota*, Editorial Jurídica de Chile; segunda edición; Santiago; 1985, p. 171.

7. Cfr. Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligacionales*; Editorial Civitas; Madrid; Vol. II; cuarta edición; 1993, p. 177.

8. LEÓN HURTADO, Avelino: *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1990, p. 27.

9. *Loc. cit.*

10. *Loc. cit.*

11. Este mismo criterio es el seguido por SILVA SEGURA, ENRIQUE: *Op. cit.*, p. 171.

12. LEÓN HURTADO, Avelino: *Op. cit.*, p. 28.

b) Regulación de la comunidad por los propios comuneros.

No existe inconveniente para que las partes regulen las relaciones existentes entre ellas una vez que se ha formado una comunidad, por ejemplo, redactando un reglamento de administración, nombrando un administrador, determinando que todos en conjunto ejercerán la administración, etc. Esto se ve reconocido en distintos cuerpos legales como el Código de Derecho Internacional Privado en su Art. 118 que señala: "La comunidad de bienes se rige en general por el acuerdo o voluntad de las partes y en su defecto por la ley del lugar". De esta manera, según las reglas generales, si las partes han dispuesto la forma de administración de una comunidad, se aplicará ella con preferencia a las normas legales.

Si las partes son diligentes y previsoras no dejarán este aspecto sin reglar, lo que ocurrirá con más frecuencia en el caso de que se haya pactado la indivisión, subsistiendo normalmente el problema en el caso de las comunidades constituidas por patrimonios inactivos que esperan su partición. En este punto es importante destacar que el solo pacto de indivisión y las estipulaciones relativas de la administración de las cosas comunes no transforman a la comunidad en una sociedad, y por lo tanto no la erigen en persona jurídica que adquiere el dominio del bien o bienes comunes¹³.

Tal como se adelantó, nada obsta a que las partes nombren uno o más administradores, los que pueden ser comuneros o extraños a la indivisión. En este caso, debemos entender que tiene todas las facultades de administración que le corresponden a la copropiedad en su conjunto, salvo, claro está, que los propios comuneros hayan limitado sus atribuciones.

Somarriva estima que en el régimen contemplado en el Código Civil tanto el nombramiento como la revocación de tal cargo deben realizarse mediante decisión unánime de los comuneros¹⁴, sin perjuicio del régimen especial regulado por el legislador procesal civil, que regula el tema a propósito de los juicios de partición (Arts. 653 y 654 CPC).

c) Teorías que intentan dar solución al problema

i. Primacía del *ius prohibendi*

El *ius prohibendi* o derecho de veto consiste en la facultad que tiene cada comunero de impedir los actos de administración realizados por los otros comuneros. Se encuentra fundado en la máxima *in re pari potior est conditio prohibendis*, es decir,

13. Cfr. PESCIO VARGAS, Victorio: *Manual de Derecho Civil*, tomo IV; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1958; segunda edición; t. IV, p. 74.

14. Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Op. cit.*; p. 188.

siendo igual el derecho, mejor es la causa del que prohíbe. Este principio ya fue expresado por Papiniano: "*in re communi, nemine dominorum jure facere quidquam in-ivolo altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potio-rem caussam esse prohibendis constat*"¹⁵. De esta manera, los actos realizados por uno de los comuneros solo a él aprovechaban o perjudicaban.

Como consecuencia de lo señalado anteriormente, el mismo derecho romano contemplaba, en caso de generación de perjuicios a un comunero por violación del *ius prohibendi*, la posibilidad de ser este indemnizado. Esto se realizaba mediante el sistema de las prestaciones personales establecido a propósito de las acciones divisoria-rias, las que se componían de dos partes: la división propiamente tal y las prestaciones personales¹⁶.

Este derecho de veto tiene fácil explicación. Se ha señalado que no obstante tener todos los titulares iguales facultades de intervenir en la administración de la cosa común, por ser el comunero solo dueño de una cuota en el bien, sus facultades se extienden solo hasta el límite de ella. Esto es lo que hace imperativa la concurrencia de los demás¹⁷. El comunero es, así, un simple propietario por su cuenta y por consi-guiente no representa a los demás¹⁸.

En nuestro país este derecho a veto no se encuentra claramente establecido en nuestra legislación civil, aunque la mayoría de la doctrina lo estima procedente¹⁹. Señala PEÑAILILLO que habiendo seguido nuestro Código el sistema romano, es claro que se entienda regir en nuestro país. Por lo tanto, ninguno de los comuneros representa a la comunidad, ni puede obligarla respecto de terceros. Solo en caso de que contraiga una obligación en pro de ella, tendrá el comunero que la contrajo acción de reembolso, lo que en caso alguno implica la existencia de una relación de tipo representativa²⁰.

Se manifiesta este principio en que cualquier acto de administración requiere de la unanimidad en el consentimiento, de tal manera que ninguno de los comuneros

15. CLARO SOLAR, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*; vol. III; t. VI; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1992; p. 518.

16. Cfr. CERDA VARAS, Fernando: *Carácter declarativo de los actos de partición y sus efectos*, Imprenta "Uni-verso"; Santiago; 1933; pp. 13 y 14.

17. OLAVARRÍA AQUEVEQUE, Oscar: *El mandato tácito y recíproco entre los herederos*, en <http://espanol.groups.yahoo.com/group/ensayos/message/222>, revisado en diciembre de 2005.

18. CLARO SOLAR, Luis: *Op. cit.*, p. 516.

19. Así, SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*; p. 157; SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL: *Op. cit.*; p. 176; CERDA VARAS, Fernando: *Op. Cit.*, p. 97; FIGUEROA CORTÉS-MONROY, PAULA: *Régimen jurídico aplicable a la sociedad con-yugal disuelta*; en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*; t. XVI; 1995; p. 210.

20. Cfr. FABRES, José Clemente: *Instituciones de Derecho Civil*; Imprenta del Universo de G. Helfmann; Val-paráíso; 1863; p. 267.

puede realizar actos de administración por sí solo²¹. En caso de hacerlo, cualquiera de los comuneros tiene derecho a oponerse. Tal es la fuerza de esta institución que la oposición de uno de los comuneros basta para inmovilizar las decisiones incluso de la mayoría. En este sentido, respecto de la comunidad hereditaria, se pronuncia CAPI-TANT señalando que “cada coheredero tiene el derecho de oponerse a que un acto de administración al cual él no consiente sea ejecutado por uno de los coherederos”²².

La doctrina nacional²³ ha señalado que este derecho de veto se encuentra consagrado en nuestra legislación a partir de la remisión que realiza el Art. 2305 al Art. 2081 del Código Civil²⁴. El Art. 2305 señala que “el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social”. Tal norma constituiría entonces una remisión al Art. 2081 que regula la administración de la sociedad colectiva, el cual señala en su numeral primero que cualquier socio tendrá el derecho de oponerse a los actos administrativos de otro, mientras esté pendiente su ejecución o no se hayan producido sus efectos legales.

Somarriva estima que si bien el Código silenció el tema en forma absoluta, es precisamente de este silencio del que se desprende que el más insignificante de los actos de administración requiera de la unanimidad de los indivisarios²⁵.

Alessandri Rodríguez, en tanto, se refiere en los mismos términos a propósito de la administración de la sociedad conyugal disuelta por muerte de uno de los cónyuges, señalando que le corresponde de consuno al cónyuge sobreviviente y a sus herederos con iguales facultades de conformidad con las reglas de la comunidad (Arts. 2081 y 2305), sea por sí, por mandatario o representantes legales²⁶. Además, en caso de que la disolución se produzca por muerte de uno de los cónyuges y existan hijos comunes sujetos a patria potestad, el cónyuge sobreviviente ejercerá la administración por sí solo en su doble carácter de comunero y representante legal de los hijos. Las facultades del administrador son, en este caso, las contempladas en los Arts. 2077 al 2081 (en aplicación del Art. 2305). Y en el caso del cónyuge sobreviviente que administra en su doble carácter, tiene las facultades y limitaciones que le impone la patria potestad²⁷.

21. Cfr. PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel: *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2001; tercera edición; p. 95.

22. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Op. cit.*; p. 176.

23. OLAVARRÍA AQUEVEQUE, Oscar: *Op. cit.*

24. En lo sucesivo, cada vez que no se mencione cuerpo legal, se entiende la referencia hecha al Código Civil.

25. Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Op. cit.*; p. 43.

26. Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *Tratado de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*; Imprenta Universitaria; Santiago; 1935; pp. 493 y ss.

27. *Ibid.*, p. 495.

Si bien la doctrina acepta esta institución, al mismo tiempo la critica, señalando que constituye un grave inconveniente que llega a ser paralizante²⁸. Para Somarriva la gran falla del sistema radica precisamente en este derecho de veto, pero simultáneamente afirma que es necesario para el cabal respeto de los derechos de cada uno de los comuneros. Si bien se explica que los legisladores de la época lo contemplaran como un principio de administración, no es menos cierto que en esos momentos se tuvo en vista patrimonios próximos a liquidarse y no verdaderas masas de bienes destinadas a negocios productivos.

Por esta razón surgieron algunas manifestaciones positivas contra este *ius prohibendi*, como el ya derogado Art. 849 del Código de Comercio respecto de la copropiedad de las naves y la mencionada Ley de Copropiedad Inmobiliaria.

Este derecho a veto desde el derecho romano ha tenido limitaciones, algunas de las cuales han sido recogidas por diversas legislaciones, como la nuestra. La primera limitación, consagrada en el mismo Art. 2081 N°1, consiste en que el derecho debe ejercerse con anterioridad a la realización del acto, de lo contrario, el afectado solo tendrá acción de indemnización de perjuicios contra el comunero que violó el *ius prohibendi*. La otra limitación la constituyen las medidas conservativas, las que se tratarán más adelante.

ii. Teoría del mandato tácito y recíproco

Según esta tesis, existiría entre los comuneros un mandato tácito (no formulado expresamente) y recíproco (cada uno lo ha recibido de los demás), con el cual cada uno de ellos puede efectuar actos de administración en la cosa común. El gran propósito de esta teoría es vencer los obstáculos provenientes de la rigurosidad del *ius prohibendi*.

En Chile se ha pretendido sustentar la existencia de este mandato, nuevamente mediante la remisión que realiza el Art. 2305 al Art. 2081. Este último artículo establece respecto de la sociedad colectiva, la existencia de un mandato legal de administración que se confieren cada uno de los comuneros recíprocamente. Señalan estos autores que la remisión es total, incluyendo por lo tanto el inciso primero del citado artículo, donde se encontraría consagrado. Se trataría entonces de un mandato legal, de administración general.

Según Silva Segura, quien sigue en este punto a Ionasco, si bien este mandato no se puede presumir, nada impide que efectivamente exista un mandato tácito entre los comuneros cuando este ha sido determinado por las circunstancias, como por ejem-

28. Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Op. cit.*; p. 95.

plo en el caso de que un comunero realice actos administrativos a vista y paciencia de los otros comuneros sin que ellos se opongan²⁹.

Las críticas a esta teoría han sido abundantes, siendo las más importantes las siguientes:

- Según los tratadistas franceses no serían comparables las relaciones jurídicas existentes entre las partes, en el caso de la sociedad y en el caso de la comunidad. En efecto, la sociedad es, por definición, un contrato *intuitu personae*, circunstancia que es la verdadera fuente del mandato tácito y recíproco. Por el contrario, en el caso de una comunidad no existe la *affectio societatis*³⁰. Esta misma crítica es compartida en nuestro país por Silva Segura.
- En directa relación con lo señalado anteriormente podemos observar que la base de la relación entre el mandatario y el mandante es la confianza³¹, la que da origen además a ciertos deberes de lealtad entre las partes³². La confianza asimismo determina que un sujeto confíe la ejecución de un negocio a otro, más aún en este caso, en que estamos frente a un mandato de amplias facultades como lo es el de administración general. Esta confianza puede presentarse en la sociedad por su naturaleza contractual, siendo un supuesto en el que las partes expresamente han convenido en celebrarlo, pero no siempre podemos encontrarlo en la comunidad. Quizá, se presentaría este elemento si la comunidad se genera producto de un pacto de indivisión, pero difícilmente estará en otras comunidades, como la hereditaria o la que proviene de un cuasicontrato, pues en estas la voluntad de las partes en orden a relacionarse, normalmente será precaria e incluso inexistente.
- Por otra parte, es posible advertir que esta teoría incurre en un error conceptual, pues aun en caso de aceptar una relación de tipo representativa, no se debería hablar de un contrato de mandato, puesto que el origen del poder del comunero, según estos mismos autores, radica en la ley (Arts. 2305 y 2081) y no en la convención.

29. Cfr. SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*; p. 159.

30. En este sentido se pronuncian DEMOLMBE, C.: *Cours de Code Napoléon*, T. 15, p. 429; LAURENT, Francis: *Principios de derecho civil francés*, t. 26, p. 444; IONASCO, Aurelian: *La copropriété d'un bien*, p. 48; COLLIN, AMBROISE y CAPITANT, Henri: *Curso elemental de derecho civil*, t. II, p. 620; PLANIOL, Marcel y RIPERT, GEORGES: *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. III, p. 278. Todos citados por SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*, p. 158.

31. DÍEZ-PICAZO, Luis: *Op. cit.*; p. 98; en el mismo sentido: REVECO URZÚA, Ricardo: *Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno*, en Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, N° 1; 2007; Facultad de Derecho Universidad de Chile; p. 98: "La confianza es estructural al contrato de mandato, y por eso, es que emanan deberes especiales de lealtad y cuidado".

32. REVECO URZÚA, Ricardo: *Op. cit.*; p. 114: "Los fundamentos del deber de lealtad emanan de la confianza que se ha depositado en el agente por parte del principal, a mayor libertad y discrecionalidad del mandatario, mayor deberá ser la contrapartida de fidelidad que le debe a su mandante".

- Tal como bien observa Díez-Picazo, las normas que establecen los casos de representación legal, deben interpretarse restrictivamente, aun cuando el legislador las haya redactado en forma genérica³³. De esta forma, habiendo dudas al respecto, debemos forzosamente inclinarnos por la inexistencia de la representación.
- Para que se constituya un mandato, deber haber apoderamiento, lo que no ocurre en este caso. Si entendemos al apoderamiento como un acto o negocio jurídico³⁴, necesario es reconocer que esto normalmente no ocurrirá, pues el origen de la comunidad no siempre será contractual. Si los comuneros no han convenido en su indivisión, mal podrían haberse otorgado un mandato, ni aun mediante una expresión tácita de voluntad, puesto que en tal caso, debiera de existir al menos una conducta del mandante que haga presumir el otorgamiento de un poder³⁵, lo que en caso de un cuasicontrato no se presenta.
- Según Somarriva, quien es seguido por Silva Segura³⁶, la remisión del Art. 2305 al 2081 se refiere solo a los numerales, y no al inciso primero que es el que establece el citado mandato. Esto se demuestra con la historia fidedigna del establecimiento de la ley. En efecto, Bello habría tomado los preceptos señalados, de Pothier, quien señalaba que “el derecho de cada uno de los cuasiasociados en las cosas que le son comunes, son los mismos que los de los asociados en las cosas de que la sociedad se compone”. De esta forma, al haber tomado la norma de tal autor, hay que recurrir al mismo para interpretarla, quien al respecto concede solo cuatro máximas, correspondientes a las establecidas en los numerales del Art. 2081, refiriéndose solo al mandato tácito y recíproco incidentalmente y a propósito de las sociedades comerciales³⁷.
- Somarriva³⁸, cuya opinión nuevamente es compartida por Silva Segura³⁹, argumenta que el Art. 2307 establece que a las deudas contraídas en pro de la comunidad solo es obligado el que las contrajo, teniendo solo posteriormente tendrá acción contra la comunidad por lo que hubiere pagado por ella. Si el legislador hubiere aceptado el mandato tácito y recíproco, habría dejado a todos los comuneros obligados en virtud del mandato. Pothier da la misma solución⁴⁰.

33. Cfr. Díez-Picazo, Luis: *Op. cit.*; p. 289.

34. *Ibid.*, p. 133.

35. *Ibid.*, p. 156.

36. Silva Segura, Enrique: *Op. cit.*; p. 158.

37. Somarriva Undurraga, Manuel: *Op. cit.*; p. 180.

38. *Loc. cit.*

39. Silva Segura, Enrique: *Op. cit.*; p. 158.

40. Obras de Pothier, anotadas por M. Bugnet, t. IV, p. 309, citado en Somarriva Undurraga, Manuel: *Op. cit.*, p. 180.

- Por último, es posible advertir que esta teoría no señala en qué casos el comunero puede actuar a nombre de los otros, pareciendo que se trata de un mandato ilimitado en cuanto a los actos de administración⁴¹.

iii. Representación basada en la teoría de la apariencia jurídica

Conforme a este postulado, si bien no existe poder de representación entre los comuneros, se le da validez a los actos realizados por uno de ellos, como una forma de proteger a los terceros que han contratado de buena fe.

Para que se configure el supuesto señalado, deben presentarse los requisitos propios de la apariencia jurídica, esto es, debe ser idónea para suscitar en los terceros la confianza o la representación mental de que dicha apariencia se corresponde con la realidad⁴². De esta manera, si no ha habido otorgamiento de poder, ni expreso ni tácito, pero existe un poder aparente que tiene su origen en un error justificable dadas las circunstancias del negocio, se entiende en doctrina que ese poder es tan eficaz como el verdadero⁴³.

Esta solución constituye una protección a los terceros de buena fe, y, por consiguiente, no cualquier acto realizado por un comunero deberá ser confirmado por los tribunales. Para que se le reconozca su plena eficacia será necesaria entonces la concurrencia de tres requisitos copulativos. En primer lugar, de no aceptarse la validez del acto, se generarían perjuicios a terceros ajenos a la comunidad. En segundo lugar, los terceros deben encontrarse de buena fe. Por último, debe existir un poder aparente basado en un error justificable, no imputable al tercero.

Las razones para aceptar este tipo de representación son más de equidad que jurídicas, pero no por ello deben descartarse, puesto que son las mismas que justifican la institución del error común (Art. 1576)⁴⁴.

En nuestro país, en principio, es difícil sostener una solución en este sentido, puesto que el Código exige siempre el consentimiento del representado, sea este expreso o tácito (Art. 2123). Aquellas veces en que la ley le otorga validez al silencio como manifestación de voluntad, son casos excepcionalísimos y requieren de consagración legislativa expresa.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que el Código en diversas dis-

41. Cfr. SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*, p. 159.

42. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis: *Op. cit.*; p. 157.

43. Cfr. LEÓN HURTADO, Avelino: *Op. cit.*; p. 255.

44. *Ibid.*, p. 256.

posiciones a propósito de las más distintas materias protege la buena fe engañada por las apariencias. Esto es lo que ocurre por ejemplo en el matrimonio putativo (Art. 122), en materia hereditaria (Art. 1267), respecto de la presunción de dominio de que goza el poseedor (Art. 700), a propósito de la acción reivindicatoria (Art. 1490), en materia de resolución por no pago del precio en la compraventa (Art. 1876), en el pacto de retroventa (Art. 1882), en materia de arrendamiento (Art. 1925 inc. 2), la inoponibilidad derivada de la falta de formalidades de publicidad (Art. 1707), etc. Siendo la protección de la buena fe un principio inspirador de este cuerpo legal, lo anterior no es más que una manifestación de aquel.

Por otra parte, dentro de la regulación de la representación, el mismo Art. 2173 acepta que los actos realizados por un individuo cuyo poder ha caducado produzcan sus efectos normales, por lo que no se ve inconveniente para que esta solución se aplique a los otros casos en que no habiendo poder de representación, los terceros contraten en consideración a la apariencia⁴⁵.

Esto es lo que ocurriría en el caso de un comunero que contrata con un tercero. Si los juristas no se han logrado poner de acuerdo en orden a establecer la existencia o no de un mandato entre los comuneros, más aún habiendo sido aceptado en distintas ocasiones por la jurisprudencia, no será poco frecuente que un tercero, lego en la materia, tenga la convicción de que un comunero pueda actuar a nombre de la comunidad.

En atención a lo anterior, es que en mi opinión es jurídicamente sustentable que un tribunal le otorgue fuerza vinculante a ciertos actos, cumplidos los requisitos señalados.

iv. Teoría de la agencia oficiosa

Surge en Francia esta tesis como una forma de vencer nuevamente los obstáculos del *ius prohibendi*. La jurisprudencia francesa optó por considerar a cada comunero como un agente oficioso de los demás, de tal manera que se pudieran confirmar ciertos actos de un comunero cuando uno de ellos fuera incapaz. Concordante con la institución en la que se basa, hacían responsables a la comunidad, solo en caso de que el acto le haya sido beneficioso⁴⁶.

Esta es la solución adoptada por el Código Civil argentino, el que señala en su Art. 2709 que "cualquiera de los condóminos que sin mandato de los otros, administrase la cosa común, será juzgado como gestor oficioso".

45. LEÓN HURTADO, Avelino: *Op. cit.*; p. 256.

46. IONASCO, Aurelian: *La copropriété d'un bien*, p. 59, citado por SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*; p. 159.

Como consecuencia necesaria de la aplicación de este postulado, los actos de administración solo obligarán al resto de los comuneros en aquello que le haya sido beneficioso, y por lo tanto, una eventual resolución judicial solo producirá cosa juzgada respecto de aquello que le haya reportado utilidad.

Esta pareciera ser la postura adoptada por Claro Solar, quien –luego de reconocer la vigencia del *ius prohibendi*– sostiene que “los actos ejecutados por un comunero sin el consentimiento de los demás no obligan a estos, sino en cuanto la gestión haya resultado realmente útil como en cualquier caso de agencia oficiosa”. Así, para este autor, los casos en que un comunero actúe como agente oficioso de los demás, constituirían una excepción a regla de la vigencia del derecho de veto⁴⁷.

Al igual que la doctrina anterior, esta tesis ha sido objeto de diversas críticas. Capitant se muestra disconforme con esta postura, pues señala que de aceptar esta teoría, sería muy fácil de anular el ya mencionado *ius prohibendi*⁴⁸. Entre nosotros, SILVA SEGURA comparte tal crítica⁴⁹.

v. Criterio de mayoría

En derecho comparado, el criterio dominante en materia de administración de comunidad consiste en darle validez a los acuerdos adoptados por la mayoría de los comuneros. Este sistema tiene la ventaja de no trabar la productividad de los bienes indivisos.

En Chile, esta solución ha sido recogida por la LCI y las normas del CPC sobre juicios divisorios. La doctrina nacional por su parte, en ausencia de norma legal que lo acoja, no lo ha aceptado como de aplicación general.

Según esta tesis, el Art. 2305 al referirse a los derechos de los comuneros, incluiría también a la administración de los bienes sujetos a indivisión. De esta forma, tal artículo se remite al Art. 1331 que señala en la parte pertinente que “en las deliberaciones de los socios que tengan derecho a votar, decidirá la mayoría de votos, computada según el contrato, y si en este nada se hubiere establecido sobre ello, decidirá la mayoría numérica de los socios”. Por lo tanto, podría entenderse que, en caso de que nada se haya pactado por las partes, decidirá la mayoría de los comuneros.

Somarriva critica esta solución señalando que de haber sido este el criterio establecido por el legislador, el Art. 1331 no tendría justificación, pues este solo en for-

47. CLARO SOLAR, Luis: *Op. cit.*; vol. III, t. VI, p. 518.

48. CAPITANT, Henri: *Cours d'indivision*, citado por IONASCO, AURELIAN: *La copropriété d'un bien*, p. 59; en SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*; p. 159.

49. Cfr. SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*, p. 159.

ma excepcional faculta a los indivisarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, para solicitar la suspensión de la partición cuando alguien alegare derecho exclusivo sobre un bien que aparezca como común. De igual forma serían injustificadas las innovaciones establecidas por el legislador a propósito de los juicios divisorios, en las que se le da preponderancia a la mayoría de los comuneros⁵⁰.

vi. Teoría según la cual un comunero puede actuar sin el consentimiento de los demás, cuando este sea el único modo de conservar o amparar su derecho

Esta teoría, de origen más reciente, es llamada por Silva Segura como “la verdadera doctrina”⁵¹. Conforme a ella, los comuneros estarían facultados para realizar actos respecto de los bienes comunes, solo cuando tales actos sean la única manera de proteger su propio derecho o cuota indivisa.

Encuentra asidero esta idea en el mismo concepto romano de cuota. De esta manera, si el todo o alguna parte del bien o de los bienes indivisos se encontraran en peligro, la cuota de cada comunero se extendería a cada una de las partes de la cosa, y aun a sus partes más pequeñas, pues lo lógico es que cada uno de los comuneros tenga interés en proteger las cosas tenidas en indivisión. Ante la imposibilidad de actuar todos los comuneros en su conjunto y ante la misma imposibilidad de amparar su cuota en forma independiente de los demás, se origina la facultad para actuar en defensa de la cosa común, pues esta sería la única forma de amparar su derecho en el bien indiviso.

Esta idea no se opone al ya analizado *ius prohibendi*, puesto que reconociendo su existencia, se establece la excepción anteriormente dicha⁵². Como señala Somarriva, los comuneros no tienen derecho de actuar por la comunidad en forma independiente, salvo cuando se trate de defender sus propios derechos⁵³.

d) Las medidas conservativas

La doctrina entiende que este tipo de actos administrativos pueden ser realizados por cualquiera de los comuneros sin necesidad de poder especial⁵⁴, por ser actos

50. Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Op. cit.*; p. 183.

51. SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*; p. 157.

52. *Loc. cit.*

53. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1984; segunda edición; p. 464; del mismo autor: *Indivisión y partición*, p. 181.

54. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *Op. cit.*; p. 497; en España DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-Reales*, p. 922, citado por DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: *Comentario de jurisprudencia*; en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción; N° 205; 1999; p. 187.

destinados al beneficio de la comunidad. Por ejemplo, no es necesario que todos los comuneros rieguen un jardín (acto conservativo material), basta con que solo uno de ellos lo realice⁵⁵.

Esto encuentra su explicación, según algunos como Olavarría, en el mandato tácito y recíproco de los comuneros, cuya procedencia solo acepta respecto de este tipo de actos⁵⁶. Otros, entre los cuales se cuenta SILVA SEGURA⁵⁷, afirman que las medidas conservativas constituyen una excepción al *ius prohibendi* que rige plenamente en nuestro derecho⁵⁸. Tal excepción radica en la propia naturaleza de estos actos, pues cada uno de los comuneros, aun considerado individualmente, tiene interés en conservar su derecho y evitar el deterioro de la cosa⁵⁹.

Entre nosotros este concepto es bastante útil para el adecuado funcionamiento de la comunidad, pues algunos integrantes pueden ser desconocidos o difíciles de ubicar por otros comuneros⁶⁰, haciendo difícil y en ocasiones imposible la obtención de un mandato. Observa DOMÍNGUEZ que exigir un mandato para realizar actos conservativos solo privilegia la situación del demandado, que en la mayoría de las ocasiones tienen una posición ilegítima respecto de los comuneros⁶¹.

Admitiendo unos y otros, la posibilidad de que un comunero actúe por la comunidad, preciso es determinar qué se entiende por medidas conservativas, para poder establecer qué es lo que es permitido realizar al comunero sin necesidad de mandato especial.

Para Olavarría, se encuentran constituidas por aquellos actos que tienen por objeto evitar la pérdida o depreciación de los bienes. Pueden ser materiales como las reparaciones o jurídicos como las acciones judiciales en defensa de la herencia⁶².

Capitant, por su parte, señala que se trata de aquellas reparaciones necesarias para evitar la destrucción de los bienes, para interrumpir las prescripciones que perjudiquen a la comunidad y para hacer inscribir una hipoteca que garantice crédito común⁶³.

55. Cfr. OLAVARRÍA AQUEVEQUE, Óscar: *Op. cit.*

56. Cfr. OLAVARRÍA AQUEVEQUE, Óscar: *Op. cit.*

57. Cfr. SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*; p. 160.

58. Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: *Op. cit.*, p. 187.

59. IONASCO, AURELIAN: *La copropiedad d'un bien*, p. 51, citado por SILVA SEGURA, Enrique: *Op. cit.*, p. 160.

60. Pensemos en el caso de una comunidad hereditaria.

61. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: *Op. cit.*, p. 187.

62. Cfr. OLAVARRÍA AQUEVEQUE, Óscar: *Op. cit.*

63. CAPITANT, HENRI: *La indivisión*, p. 264, citado por SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Indivisión y Partición*, p. 177.

Silva Segura señala que pueden ser tanto actuaciones materiales como jurídicas. Ejemplos de las primeras serían hacer reparaciones de urgencia, recolectar frutos susceptibles de desaparecer, etc. Actuaciones jurídicas podrían ser por ejemplo hacer inscribir una hipoteca, intentar una acción posesoria, interrumpir una prescripción, etc.⁶⁴.

CERDA VARAS en tanto, no incluye a las reparaciones. Así, quien las haya contratado en alguna de las heredades comunes, es el único responsable frente a los acreedores, y solo cuando las reparaciones hayan sido efectivamente útiles a la comunidad, puede dirigirse contra los otros comuneros por la parte que les corresponda a cada uno⁶⁵.

Respecto de las acciones judiciales, observamos que la mayoría las contempla como casos de medidas conservativas, pero no se encuentran contestes al señalar si se trata de cualquier acción judicial o algunas en particular. Domínguez estima que se encuentran amparadas por esta excepción todas aquellas acciones que sean de tipo conservativo, que no impliquen disposición de bienes y que sean útiles a la comunidad⁶⁶.

Somarriva, a su vez, respecto del desahucio del arrendatario, estima que no constituiría una medida conservativa, pues dicha acción no es indispensable para el amparo o conservación de las cuotas de los comuneros. En este mismo sentido, agrega SILVA SEGURA que esta acción corresponde al arrendador, y en caso de que lo sean todos los comuneros, no puede uno solo de ellos deducir la acción a nombre de los demás, sin mediar poder suficiente.

La solicitud de cancelación de la inscripción hecha a nombre de un tercero, respecto de los inmuebles de la comunidad, sería, para Somarriva, un caso de medida conservativa, pues la inscripción pone en un claro peligro el derecho de cada comunero considerado individualmente⁶⁷.

Pescio, por último, estima que para nuestra jurisprudencia constituirían actos conservativos aquellas gestiones relativas a obtener la cancelación de inscripciones realizadas por un tercero, ejecutar una verificación de crédito en una quiebra y pactar un seguro en beneficio de la comunidad⁶⁸.

64. IONASCO, Aurelián: *La copropiedad d'un bien*, p. 51, citado por SILVA SEGURA, ENRIQUE: *Op. cit.*; p. 160.

65. Cfr. CERDA VARAS, Fernando: *Op. cit.*; p. 97.

66. Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: *Op. cit.*; p. 187.

67. Cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Indivisión y partición*, p. 182. Así RDJ, t. XXVII, sección primera, p. 1.

68. Cfr. PESCIO VARGAS, Victorio: *Op. cit.*; p. 74.

Conclusiones

- a) El criterio para distinguir entre actos de administración y de disposición radica en el destino querido con la realización del acto y no en su naturaleza misma.
- b) Como regla general en nuestro derecho, seguidor de la tradición romana, rige el llamado *ius prohibendi* o derecho a veto. Lo anterior se desprende tanto de los Art. 2305 y 2081 N° 1, como de la misma concepción de comunidad inspiradora de nuestro Código, entendida como una forma de propiedad.
- c) El mencionado derecho de veto no es ilimitado, existiendo excepciones tanto doctrinales como legales.
- d) La primera excepción queda constituida por la temporalidad de su ejercicio. Solo puede ser realizado mientras se encuentre pendiente la ejecución del acto o no se hayan producido sus efectos legales (Art. 2081 N°1). En caso contrario, los comuneros que no han consentido en el acto administrativo, solo tendrán acción de indemnización de perjuicios contra el comunero que ha pasado por alto su consentimiento.
- e) Una segunda excepción la constituyen aquellos actos que el comunero realice, siendo ellos indispensables para la protección de su derecho en la comunidad. Esto se establece como una forma de proteger los derechos de cada uno de los comuneros considerados en forma individual.
- f) Como una manera de protección, esta vez de los terceros de buena fe, pueden los tribunales darle valor a los actos realizados por un comunero que no tenga la representación de la comunidad, cuando el tercero haya incurrido en justa causa de error.
- g) Una última excepción, radica en las llamadas medidas conservativas. La doctrina se encuentra conteste, en orden a permitir al comunero realizarlos por la comunidad. Tal conformidad doctrinaria desaparece al intentar delimitar qué se entiende por ellas.

Bibliografía

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *Tratado de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*; Imprenta Universitaria; Santiago; 1935.
- CERDA VARAS, Fernando: *Carácter declarativo de los actos de partición y sus efectos*, Imprenta "Universo"; Santiago; 1933.
- CLARO SOLAR, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*; vol. III; t. VI; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1992.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligacionales*; Editorial Civitas; Madrid; vol. II; cuarta edición; 1993.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: *Comentario de jurisprudencia*; en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción; N° 205, 1999.
- FABRES, José Clemente: *Instituciones de Derecho Civil*; Imprenta del Universo de G. Helfmann; Valparaíso; 1863.
- FIGUEROA CORTÉS-MONROY, Paula: *Régimen jurídico aplicable a la sociedad conyugal disuelta*; en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso; t. XVI; 1995.
- LEÓN HURTADO, Avelino: *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1990.
- LIRA URQUIETA, Pedro: *El Código Civil Chileno y su época*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1956.
- OLAVARRÍA AQUEVEQUE, Óscar: *El mandato tácito y recíproco entre los herederos*, en <http://espanol.groups.yahoo.com/group/ensayos/message/222>, revisado en diciembre de 2005.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2001; tercera edición.
- PESCIO VARGAS, Victorio: *Manual de Derecho Civil*, tomo IV; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1958; segunda edición; t. IV.
- REVECO URZÚA Ricardo: *Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil chileno*; en Revista del Magíster y Doctorado en Derecho; N° 1; 2007; Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- SILVA SEGURA, Enrique: *Acciones, actos y contratos sobre cuota*, Editorial Jurídica de Chile; segunda edición; Santiago; 1985.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1984; segunda edición.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Indivisión y Partición*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2002; quinta edición.