

INFORME DE LA COMISIÓN DE AGRICULTURA, SILVICULTURA Y DESARROLLO RURAL RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL DECRETO LEY N° 3.516, DE 1980, QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE DIVISIÓN DE PREDIOS RÚSTICOS, PARA GARANTIZAR LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES DE TRÁNSITO DE PLENO DERECHO EN EL CASO QUE INDICA.

BOLETÍN N° 12.268-01

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural pasa a informar, en primer trámite constitucional y primero reglamentario, el proyecto de la referencia, de origen en una moción de las diputadas señoras Emilia Nuyado Ancapichún y Alejandra Sepúlveda Orbenes, y de los diputados señores René Alinco Bustos, Sebastián Álvarez Ramírez, Iván Flores García, Tucapel Jiménez Fuentes, Fernando Meza Moncada, José Pérez Arriagada, Raúl Soto Mardones y Esteban Velásquez Núñez.

I. CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS

1. Idea matriz o fundamental del proyecto de ley.

La iniciativa legal en informe tiene por objeto subsanar las dificultades o falta de acceso a caminos públicos, producidas por la subdivisión de predios, mediante la modificación del decreto ley N° 3516, sobre División de Predios Rústicos.

2. Normas de quórum especial.

El proyecto de ley no tiene normas que requieran un quórum especial de aprobación.

3. Normas que requieran trámite de Hacienda.

No requiere ser conocido por la Comisión de Hacienda.

4. Aprobación del proyecto, en general.

El proyecto fue **aprobado, en general por la unanimidad** de los diputados presentes (10) señoras Carvajal, Nuyado y Alejandra Sepúlveda, y señores Alinco, Álvarez-Salamanca, Barros, Jürgensen, Rathgeb, Sabag y Sauerbaum.

5. Diputado informante.

Se designó como diputado informante al señor René Alinco Bustos.

6. Título del proyecto de ley.

Se **acordó, por la unanimidad** de los integrantes de la Comisión, reemplazar el título del proyecto de ley, por el siguiente:

“Proyecto de ley que modifica el decreto ley N° 3.516, de 1980, que Establece Normas sobre División de Predios Rústicos, para garantizar el acceso a espacios públicos y caminos Cora”.

II. ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS Y OBJETIVOS

1. Antecedentes y fundamentos.

Los autores de la moción señalan que el derecho real de servidumbres se encuentra regulado en el Título XI, del Libro Segundo del Código Civil, titulado “De los bienes, y de su dominio, posesión y goce”, artículo 820 y siguientes. La *“servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”*.

Agregan que, de esta definición se pueden distinguir dos figuras: la primera el predio sirviente, correspondiendo a aquel que sufre el gravamen, mientras que el segundo, denominado predio dominante, corresponde a aquel que reporta utilidad¹.

Luego, el artículo 830 inciso primero, del citado Código establece la norma prohibitiva consistente en que *“El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo”*.

Asimismo, señalan que dentro de las clasificaciones de servidumbres se distinguen entre voluntarias, naturales y legales, siendo estas últimas aquellas que guardan relación al uso público, o a la utilidad de los particulares. Respecto de ellas, están las servidumbres de tránsito, donde se otorga este derecho, en virtud de la ley, al dueño de un predio, que no tiene comunicación alguna respecto del camino público, debido a la interposición de otros predios, donde mediante ella se exige el paso, en la medida que sea indispensable para el uso y beneficio de éste, previa indemnización. Así, el gravamen en este caso consiste en dejar que el dueño del predio dominante transite por aquel que es sirviente.

Dentro de sus características propias se encuentra el ser discontinua, por cuanto se ejerce en intervalos de tiempo, que pueden ser más o menos largos, suponiendo un hecho actual de la persona que requiere pasar por él. Además, puede ser aparente o inaparente, dependiendo de si se encuentra de forma permanente a la vista, o en el segundo caso, si no se conoce por una señal exterior, como por una puerta o senda destinada a él.

Destacan que es el propio Código Civil, que, al regular el derecho real de servidumbre se refiere a aquella que es de tránsito en su artículo 847, disponiendo que *“Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo perjuicio”*.

De lo anterior, se colige lo necesario que es la constitución de la servidumbre de tránsito de pleno derecho, cuando sea la única manera que tiene el predio dominante para conectarse con el camino público, ya que de lo contrario su salida es impracticable por diversos factores, como lo son: las

¹ Artículo 821 inciso 1°, Código Civil.

características topográficas del terreno en la que se encuentra, como asimismo la excesiva onerosidad que implicaría el ser habilitado, donde se terminaría incurriendo en cuantiosos gastos pecuniarios, o desproporcionados en relación con el valor del terreno necesario para la servidumbre².

Loa autores de la moción hacen presente que es frecuente que el dueño de un terreno se encuentra sin acceso a su propiedad, ya que el propietario del predio colindante o cercano ha cerrado sin causa justificada la única vía de acceso más expedita que tiene hacia el camino público correspondiente, situación compleja, que se puede ver prolongada en el tiempo, restringiendo el libre tránsito de las personas, o impidiendo llegar al camino público disponible para la vida cotidiana, viéndose ello alterado por el aislamiento que produce esta situación, siendo muchas veces perjudicial para la vida de las personas, afectando el derecho de dominio absoluto por cuanto el dueño no puede ejercer su derecho de goce en forma plena, como tampoco la realización de labores de trabajo para poder mantenerse, como aquellas de carácter agrícolas y ganaderas, o incluso el poder transitar libremente en caso de problemas de salud, requiriendo conectarse al camino público, como forma de conexión con el resto del territorio.

Por último, los mocionantes señalan que en diversas oportunidades, la constitución de la servidumbre de tránsito es materia de litigios en sede civil, siendo juicios que pueden demorar años en resolverse, siendo necesaria la protección adecuada y oportuna de aquellos propietarios de terrenos que de forma urgente necesitan tener el libre tránsito por motivos de necesidad, mediante una regulación que asegure tal derecho.

2. Objetivo.

El objetivo del proyecto de ley es establecer la servidumbre de tránsito para los propietarios de un predio, sin necesidad de llegar a instancias de litigio entre el dueño del predio sirviente y dominante, sino que sea un derecho garantizado *ipso iure*, a aquel que por necesidad inmediata requiera el libre acceso hacia el camino público, siendo una obligación real el tener que soportarlo, permitiendo con ello el paso a quién requiera su tránsito.

3. Normas legales o reglamentarias que se propone modificar o que inciden, directa o indirectamente, en esta iniciativa legal.

La iniciativa legal propone modificar el decreto ley N° 3.516, de 1980, que Establece Normas sobre División de Predios Rústicos.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley consta de un artículo único mediante el cual incorpora en el artículo 1° del decreto ley N° 3.516, un nuevo inciso séptimo que dispone que en la subdivisión de los terrenos prediales, que no cuenten con vías de acceso directo, se entenderá constituida de pleno derecho la servidumbre de tránsito a favor de los caminos públicos colindantes.

IV. DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE LEY.

a.- Discusión general.

² Fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 27 de abril de 2012, respecto de sentencia de primera Instancia, de Causa Rol C-10230-2010, de 18 de noviembre de 2010, seguida ante el Juzgado de Letras de Chanco.

1. El abogado del Área de Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), don Pedro Harris.³

Señaló que de la propuesta contenida en el proyecto de ley en relación con la servidumbre se pueden plantear dos posiciones la primera es si esta figura reitera algunas servidumbres actualmente reguladas en el Código Civil y la segunda es que constituye una innovación en la materia.

1. La posición favorable a la reiteración.

Sobre este punto, expresó que el Código Civil no ignora la protección del propietario de un predio cuyo acceso a un camino público se viere impedido, debido a la interposición de otras propiedades de diferente dueño. Esta protección es consagrada tanto en general, respecto de todo dueño, como en especial respecto de ciertos actos o contratos.

El régimen general, aplicable respecto de todo dueño de un predio, se consagra en el artículo 847 del Código Civil:

Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.

El régimen especial, aplicable respecto de ciertos actos o contratos, se consagra en el artículo 850 del mismo Código:

Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que lo poseían proindiviso, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna.

La proximidad de las disposiciones recién citadas con aquella propuesta por el proyecto de ley podría llevar a interpretar una reiteración de las disposiciones desde diferentes puntos de vista. Primero, todas las normas se aplican en la ausencia de comunicación entre un predio privado y un camino público. Segundo, todas consagran el derecho de imponer a los propietarios de los predios colindantes una servidumbre de tránsito. Y tercero, todas prevén un supuesto de aplicación de carácter excepcional.

2. La posición favorable a la innovación.

Sobre la segunda posición, señaló que en estricto rigor, las servidumbres consagradas por los artículos 847 y 850 del Código Civil y aquella propuesta por el proyecto de ley poseen diferencias. *Ratione materiae*, la servidumbre del proyecto se aplica “en la subdivisión de los terrenos prediales”, mientras que al menos una de aquellas en vigor (señaladas in supra) carecen de limitaciones. *Ratione personae*, la servidumbre del proyecto permite la intervención de personas públicas (ya sea directamente, por la administración del camino, ya indirectamente, por su fijación por parte de la autoridad). Este aspecto abriría ciertas interrogantes.

En tanto institución de derecho privado, se trataría de un derecho real limitado de goce. Conforme a la definición del artículo 820 del Código Civil, sería un “gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de

³ Sesión 48ª, celebrada el 14 de mayo de 2019.

distinto dueño”, razón por la cual tendría que integrar los elementos afirmados por parte de la doctrina en la materia. La doctrina postula tres elementos esenciales: la relación de predios, el gravamen y la utilidad del predio dominante. No parecen existir obstáculos en relación al gravamen: este consistiría en el tránsito por el predio sujeto a la servidumbre pasivamente. Sin embargo, una relación “entre predios” de derecho privado podría discutirse frente a la aplicación a un camino público. Asimismo, cabe considerar que el camino pareciera carecer de una utilidad directa, todo lo que afecta a dos de los tres elementos.

No obstante, la servidumbre referida podría eventualmente interpretarse como una técnica de derecho público. Se trataría de lo que los autores civilistas califican de “servidumbre legal de interés público o utilidad pública”. El Código Civil habría consagrado ejemplos. Era el caso de las servidumbres de las riberas para los menesteres de la pesca y de la navegación o flote (hoy en día consagrada en los artículos 103 y siguientes del Código de Aguas). Las características generales de este tipo de servidumbres es que hacen excepción a la aplicación de las disposiciones de derecho privado, siendo aplicables las reglas del derecho público.

Diferentes razones podrían llevar a interpretar que la servidumbre propuesta por el proyecto de ley constituye, en esencia, una técnica propia del derecho público. En primer lugar, estas razones se asocian a la dificultad de interpretar a la servidumbre referida como una técnica del derecho privado (por ejemplo, debido a la ausencia de un beneficio o utilidad directo al camino público, que opera en la relación como el predio dominante). Sin embargo, otras razones son propias de la técnica utilizada para crear esta figura. En este sentido, se trata efectivamente de una técnica que tiene como fuente la aplicación de disposiciones de ley. Asimismo, se trata de una ley que se impone a los particulares, pues su operación es “de pleno derecho”, sin perjuicio de la posibilidad de acordar con la autoridad los términos en que se ejerce.

La aplicación de la servidumbre legal.

La aplicación de la servidumbre legal se encuentra relacionada con la naturaleza jurídica que la misma posee. Si la figura en cuestión consagra una innovación respecto del derecho actualmente aplicable, deberá distinguirse a lo menos dos aspectos: la creación del régimen propuesto y su extinción eventual.

1. La creación del régimen.

La calificación de la técnica no es indiferente a la creación del régimen jurídico. Si ésta corresponde a una intervención estatal, la controversia se situaría en la protección constitucional de la propiedad. Por un lado, la Constitución Política de la República establece que: “[n]adie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”. Por el otro, dispone que la “ley puede establecer (...) las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

A partir de las disposiciones citadas dos interpretaciones serían posibles: o bien se interpreta que la servidumbre de tránsito se asimila a una expropiación del propietario que deberá sufrir el gravamen (lo que supondría la calificación de la ley como expropiatoria, debiendo llevar aparejada la indemnización del propietario colindante al camino), o bien se interpreta que la técnica en cuestión

es tan sólo una delimitación del derecho de propiedad que posee dicho titular, la que sería impuesta en base a la función social de la misma (lo que no supondría una indemnización a favor del propietario del predio). Esta posición implicaría, sin embargo, determinar cuál contenido de la función social permitiría fundar la medida.

El criterio para determinar la calificación de las técnicas corresponde al “contenido esencial” de la propiedad (artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República). Una aplicación de este criterio ha sido realizada por el Tribunal Constitucional en materias relacionadas. Así, respecto del acceso a playas, éste ha estimado “que el decreto supremo N° 1, de 1996, al establecer la posibilidad que se imponga a los propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, sin pago de indemnización, atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe acogerse el requerimiento planteado”. Una posición similar ha sido afirmada el año 2009.

2. La extinción del régimen.

Al tratarse de una servidumbre legal, la técnica propuesta por el proyecto de ley no se encontraría sujeta a la prescripción consagrada por el artículo 885 del Código Civil, que establece que las servidumbres se extinguirán “por haberse dejado de gozar durante 3 años”. En principio, este plazo se aplica tanto a las servidumbres continuas como a las discontinuas, variando sin embargo su cómputo. No obstante, la jurisprudencia limita su aplicación en la medida que ella sea constituida legalmente. En efecto, en este caso “la alegación de prescripción de la servidumbre ha debido ser rechazada, pues como se ha dicho estamos frente a una servidumbre legal, pues ha sido la ley quien la ha impuesto, de tal suerte que el propietario del predio sirviente puede ser obligado a soportarla aún en contra de su voluntad (...) por lo mismo su extinción no depende de la voluntad de los mismos, por ende no se puede extinguir por prescripción”.

No obstante, lo anterior no implica que la servidumbre no se encuentre sujeta a ciertas formas especiales de extinción. En particular, resultan de interés las formas consagradas por el artículo 849 del Código Civil:

Si concedida la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno.

Al igual que la creación del régimen, la aplicación de esta disposición depende, en gran medida, de la calificación de la técnica como pública o privada. Al menos, si se interpreta que únicamente en este último caso la aplicación de las disposiciones del Código Civil parecería menos controversial. Ahora bien, aún en este caso, deberá considerarse lo siguiente: si esta forma de extinción opera respecto de la servidumbre de tránsito concedida “en conformidad a los artículos precedentes” del Código Civil, su aplicación podría debatirse respecto de aquella propuesta por el proyecto de ley. Particularmente, ya que el proyecto no introduce modificaciones al Código Civil (en sus artículos 839 y siguientes.) sino al artículo 1 del decreto de ley N° 3516, que establece Normas sobre División de los Predios Rústicos.

En conclusión:

Existe incertidumbre en relación a si la servidumbre de tránsito propuesta por el proyecto de ley constituye una reiteración o una innovación respecto de los artículos 847 y 850 del Código Civil chileno.

De ser una innovación, puede plantearse la pregunta relativa a si la técnica es propia del derecho privado o del derecho público. En este último caso surgen nuevas interrogantes acerca de si ella exige o no una indemnización.

Una posición favorable a la indemnización ha sido afirmada por parte del Tribunal Constitucional en materias próximas, como es el caso del tránsito exigido respecto de terrenos que son colindantes con playas.

En fin, si la técnica es de derecho privado o público puede incidir en la aplicación de otras disposiciones. En particular, respecto de las formas de extinción de la servidumbre por aplicación del artículo 849 del Código Civil.

La diputada Sepúlveda pidió mayores antecedentes para poder analizar las diversas hipótesis que contempla el proyecto de ley y sus efectos para los diversos intervinientes.

En la misma línea, el diputado Rathgeb expresó que el proyecto de ley propondría una servidumbre de tránsito de pleno derecho, principal diferencia que observa respecto de la normativa vigente contemplada en el Código Civil.

El diputado Barros observó que el proyecto de ley buscaría resolver aquellos casos en que, producto de una subdivisión de predios rústicos, existan terrenos que no cuenten con vías de acceso directo. Sin embargo, estimó conveniente exigir que toda subdivisión de terrenos garantice el acceso de cada uno de los predios originados, por la vía de las servidumbres, a fin de evitar la judicialización.

El diputado Alinco, coautor del proyecto de ley, expresó que el objetivo de la iniciativa legal obedece a una realidad del país, particularmente, en la Región de Aysén, por la cual las subdivisiones generan sectores que no tienen acceso o salida, terrenos "ciegos".

Sostuvo que las normas del Código Civil sobre este punto no serían claras, y que se han observado múltiples dificultades entre vecinos, incluso enfrentamientos, afectando la convivencia entre ellos.

El objetivo es mejorar la ley a fin de evitar situaciones de conflicto, por ejemplo, el caso de vecinos que transitan por la mitad de predios ajenos afectando su siembra, o, para evitar riesgos. Hizo presente el caso del lago Caro, donde no había acceso (al fondo del valle), ya que todos los predios estaban cercados, razón por la cual los campesinos se veían obligados a pasar, junto con sus animales, por la orilla del río Grande, lugar donde se produjo el deceso de uno de ellos, don Julio Antiñirre, al desbarrancarse.

Agregó que otro antecedente relevante es la aplicación de la ley N° 19.776, sobre regularización de posesión y ocupación de inmuebles fiscales, la llamada "ley del sur" y las veranadas, por la cual crianceros llevan sus animales a pasar la temporada de verano en la Cordillera de Los Andes, sin que se haya fijado con claridad su acceso.

La diputada Nuyado pidió mayores antecedentes ya que a pesar a que las servidumbres se encuentran reguladas en los artículos 847 y 850 del Código Civil –y existiendo la posibilidad de entender el proyecto de ley como una reiteración de las normas vigentes-, concordó con que en la ruralidad existen

muchas familias que no tienen acceso expedito al camino público debiendo pasar por otros predios, lo que ha generado situaciones complejas.

El diputado Sabag expresó que el objetivo de ley del proyecto de ley es que ningún predio quede sin acceso a un camino público, sin embargo, ello ya se encontraría resuelto por la normativa vigente. Asimismo, expresó su inquietud por cuanto la iniciativa legal propone que la servidumbre opere de pleno derecho y cómo ello se compatibiliza con el acuerdo de las partes o con la vía judicial, en su defecto, de acuerdo a la legislación.

El diputado Ignacio Urrutia manifestó que actualmente se recurre a la Justicia pero no siempre se dan soluciones al acceso de salida de algunos predios. Se debe revisar la normativa que permite estas situaciones.

En el mismo sentido, se pronunció la diputada Sepúlveda, señaló que el Servicio Agrícola Ganadero es exigente en materia de autorización de subdivisión de predios rústicos pero se han observado múltiples dificultades, especialmente, en zonas rurales.

Por último, la diputada Carvajal reflexionó en torno a la importancia de tomar conocimiento de lo que se adquiere, haciendo un símil con los “loteos brujos”, en que se adquieren ciertos derechos sobre un predio pero no la propiedad misma.

Además, señaló que actualmente el derecho a servidumbre existe, pero se debe alegar en tribunales. Lo que busca el proyecto de ley es que se garanticen condiciones para la constitución de servidumbres de “paso”, asegurar el tránsito a pie por un predio, no con vehículos, ni camión con animales, ni un lugar para estacionar un vehículo, en consideración a que la propiedad privada es inviolable. Consultó cuál sería el elemento originario frente a la normativa vigente.

El diputado José Pérez concordó con las inquietudes planteadas en torno a las dificultades de acceso de algunos predios ubicados en sectores de mayor complejidad, y de vecinos que viven en situación de aislamiento.

Ante las diversas opiniones y consultas, el profesional manifestó que el rol de la BCN se limita a observar posibles interpretaciones frente al proyecto de ley: una interpretación posible sería considerar que el proyecto de ley estaría reiterando los artículos números 847 y 850 del Código Civil, o se estaría innovando jurídicamente. Precisó que la primera interpretación surge porque existe una serie de semejanzas entre la iniciativa legal y las normas del Código Civil: en ambas hay un camino público, un predio sirviente y uno dominante, se requiere indemnización y existe excepcionalidad en el acceso.

Sin embargo, una primera diferencia radica en la operatividad, ya que el proyecto de ley prevé que la servidumbre opere de pleno derecho. Una segunda diferencia radica en la remisión a la “autoridad” ya que en las normas de derecho común quien resuelve una eventual colisión de derechos es la autoridad judicial. En cambio, el proyecto de ley alude a la “autoridad correspondiente, o bien, en el modo que determine el tribunal competente”, de lo que se desprendería también una posible intervención de la autoridad administrativa.

En tal caso, la propuesta legislativa se aproximaría a la regla del artículo 13 del decreto ley N° 1939 que establece las vías de acceso a las playas o los bienes nacionales de uso público. Si se aplica esta regla, se debiera precisar si la autoridad administrativa -al fijar el deslinde- estaría expropiando (requiere indemnizar) o está limitando el derecho de propiedad (caso en que no procede la

indemnización). Preciso que, en el caso del acceso a las playas, el Tribunal Constitucional ha planteado una situación ambivalente, ya que se estaría frente a una limitación pero que genera la necesidad de indemnización. Por último, cabría resolver quién debiera indemnizar, si el dueño del predio dominante o la autoridad al fijar el deslinde.

2. El profesor de Derecho Civil de la Universidad Andrés Bello, don Eugenio Vásquez.⁴

Señaló que en su opinión, el proyecto de ley innova en materia de servidumbres

1. El proyecto de ley innova respecto de las normas del Código Civil y no es, por tanto, reiterativo.

Estimó que la propuesta no es una reiteración de las normas existentes en el Código Civil en esta materia, especialmente, los artículos 847 y 850. Los supuestos normativos son distintos y, en todo caso, por aplicación del principio de la especialidad, el decreto ley N° 3.516 prevalece por sobre las normas del Código Civil, las que le serían supletorias en sus vacíos.

2. La servidumbre legal del proyecto de ley no priva del dominio al titular de la franja de terreno en que se ejerce.

En este sentido, el dueño del predio sirviente conserva el dominio de esta franja porque no es una servidumbre expropiatoria como las de utilidad pública, ya que su utilidad es para privados.

3. Las servidumbres de tránsito no deben ser ejercidas únicamente a pie.

Estas servidumbres, en atención a la calidad de rústicos de los predios a los que se aplicaría, necesariamente deben comprender una faja de tierra en donde se transite a pie o en vehículos de tracción animal o mecánica. No es obligación ni tampoco lo dispone la legislación vigente que se transite solamente por una "huella peatonal" o sendero a pie, perfectamente pueden consistir en un camino que permita el tránsito en vehículos motorizados.

4. Judicialización en materia de servidumbres de tránsito.

Sin considerar el proyecto de ley, y recurriendo a las normas citadas precedentemente del Código Civil, generalmente los particulares concurren a los tribunales de justicia para solicitar la declaración de existencia del derecho o la franja de terreno en donde se ejercerá materialmente el derecho.

En caso de que la iniciativa legal sea aprobada, tal y como se ha presentado, se extrae de sede judicial la primera cuestión, esto es, que se recurra ante un juez para que por sentencia declare la existencia de una servidumbre, pues ahora la ley ya la declara existente.

Con todo, la moción no se hace cargo de la segunda cuestión señalada, a saber, cómo se ejercerá materialmente el tránsito por el predio sirviente.

Es bueno señalar que, con o sin proyecto de ley, de todas formas, los particulares recurren ante los tribunales para solicitar la extinción de una servidumbre o su readecuación material. Con esto significa que siempre existirá

⁴ Sesión 53ª, celebrada el 2 de julio de 2019.

alguna cuestión relacionada con las servidumbres que deberá ser resuelta por un tribunal de justicia.

5. Sugerencia de materialización del ejercicio de la servidumbre en el proyecto.

Si bien la moción reconoce la existencia de un derecho, no se hace cargo de su real ejercicio en la práctica. Para ello, se podrían agregar dos elementos:

El primero, que se fije un mínimo de anchura de la faja de terreno en donde se ejercerá la servidumbre de tránsito, esto habría que analizarlo con entes técnicos.

El segundo, que todo título de partición deba contener materialmente el lugar en donde se ejercerá la servidumbre, con su delimitación material, so pena de:

- a) no autorizarse la subdivisión,
- b) no practicarse las inscripciones conservatorias de rigor, y
- c) solicitar la nulidad absoluta de esos títulos.

Estas dos últimas sanciones ya están establecidas en el decreto ley N° 3.516, pero debería existir una mayor explicitación a las sanciones por la inobservancia de este requisito.

Propuso la siguiente redacción:

“En toda subdivisión de predios rústicos efectuada en conformidad al presente decreto, los predios resultantes que no cuenten con vías de acceso directo a un camino público, tendrán constituidos de pleno derecho servidumbre de tránsito en su beneficio. Todo título de subdivisión predial deberá contener la faja de terreno en donde se deberá ejercer de manera más eficaz la servidumbre de tránsito, considerando siempre el paso de peatones, vehículos y animales.”

De aceptarse la propuesta, quedaría pendiente discutir si es o no conveniente y legalmente procedente la fijación de un mínimo de ancho de la faja de terreno en donde se materializará el ejercicio de la servidumbre.

El diputado Sabag expresó su inquietud por las dificultades que se puedan presentar por la constitución de servidumbres de pleno derecho y su materialización.

El diputado Alinco reiteró los hechos que dieron origen a esta moción que busca asegurar el paso de los vecinos al camino público armonizando diversos intereses de la comunidad.

La diputada Sepúlveda preguntó sobre la posibilidad de que algunos “pasos” o “huellas”, constituidos hace muchos años, pudieran contar con respaldo jurídico, y la conveniencia de establecer algunas especificaciones de las servidumbres.

En la misma línea, los diputados Jürgensen y Calisto estimaron necesario precisar determinados parámetros para asegurar la factibilidad técnica por donde se va a ejercer la servidumbre.

Por su parte, la diputada Nuyado preguntó el impacto de la propuesta normativa en predios indígenas en el marco de la Ley N° 19.253, que “Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena”.

3. El asesor de Ministerio de Agricultura, don Andrés Meneses.⁵

Se refirió a la ley N° 20.623, por la cual se derogó el inciso quinto del artículo 1 del decreto ley N° 3.516, de 1980 (que establecía la obligatoriedad de consignar en las escrituras públicas de compraventa la circunstancia de que los predios resultantes de una subdivisión estaban sujetos a la prohibición de cambiar su destino en los términos que establecen los artículos 55 y 56 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones) y además declaró saneado, por el solo ministerio de la ley, el vicio de nulidad que pudiere afectar o haber afectado la validez de los actos y contratos celebrados con omisión de la constancia prevista en dicho inciso. De la misma forma, esta iniciativa tiene que servir para facilitar la “limpieza” de los títulos de propiedad a través de una solución práctica.

Preguntó si, dado el principio de especialidad, se aplicarían en forma supletoria las normas del Código Civil, y si es posible de adquirir (por prescripción adquisitiva) distintos modos de ejercer la servidumbre.

Sobre la apertura de caminos antiguos, hizo presente la el decreto ley N° 2.190, de 1930, Reglamento de la Ley General de Caminos.

Respondiendo a las diversas consultas, el profesor Vásquez reforzó la idea de que la iniciativa extrae el reconocimiento del derecho de sede judicial, y propuso que también se extraiga la materialización de la servidumbre.

El artículo 882 del Código Civil establece que “Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las.” Es decir, los simples permisos de paso (sean verbales o escritos) que puede haber dado un dueño no constituyen servidumbres, por lo que no pueden ser reclamadas en tribunales aunque hayan transcurrido décadas de uso.

Precisó que la normativa del Código Civil es de derecho común, por lo que aplica supletoriamente a este decreto, y aclaró que la normativa de acceso a las playas es diferente.

Manifestó que su propuesta dispone “Todo título de subdivisión predial deberá contener la faja de terreno en donde se deberá ejercer de manera más eficaz la servidumbre de tránsito...” La expresión “de manera más eficaz” significa que el camino debe ser funcional para el tránsito de las personas. No sería correcto determinar un metraje de anchura en la ley -lo que se dependerá de la realidad topográfica de cada terreno- y la calidad de eficacia se deberá resolver en sede judicial si no hay acuerdo entre las partes.

4. La coordinadora legislativa de la División Jurídica del Ministro de Bienes Nacionales, doña Isabel Vial.⁶

Explicó cómo se relaciona el Ministerio en materia de servidumbres. Al efecto, dijo que, dentro de los instrumentos de administración del patrimonio fiscal, el decreto ley N° 1939, sobre Normas sobre Adquisición,

⁵ Ibídem.

⁶ Sesión 58ª, celebrada el martes 18 de agosto de 2019.

Administración y Disposición de Bienes del Estado dispone las destinaciones, concesiones de uso, arriendos, afectaciones y desafectaciones.

No obstante, existen otros actos -que si bien no se encuentran expresamente tratados en la norma- su administración compete igualmente a esta Secretaría de Estado, como es el caso de la constitución de servidumbres en terrenos fiscales.

El Ministerio de Bienes Nacionales es la autoridad facultada para la constitución y alzamiento de servidumbres por delegación expresa del Presidente de la República (decreto supremo N° 19, del 22 de enero de 2001).

Manifestó, la constitución y alzamiento de las servidumbres legales se encuentra delegada en los secretarios regionales ministeriales y en los jefes de oficinas provinciales mediante decreto supremo N°79, de 2010. Dado que no existe norma expresa sobre su constitución, en esta materia el Fisco se rige por las normas de derecho común (artículos 820 y siguientes del Código Civil y por las normas especiales según el tipo de servidumbre de que se trate).

En ese sentido, el Ministerio ha impartido instrucciones internas en relación con los criterios y procedimientos para la constitución de servidumbres (orden ministerial N° 1, del 9 de septiembre de 2016).

La facultad de constituir servidumbres y determinar las condiciones y montos de indemnización es una facultad de carácter discrecional que le otorga el ordenamiento jurídico a las autoridades ministeriales, en tal sentido, las solicitudes de servidumbre podrán ser rechazadas hasta la respectiva dictación de la resolución o decreto según sea el caso.

Luego, se refirió al acceso a las playas y precisó que la norma especial (artículo 13 del decreto ley N° 1939) no se vincula con las normas de servidumbres.

El Artículo 13 dispone *“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.*

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados.

Una vez fijadas las vías de acceso de conformidad al inciso anterior, el propietario, arrendatario, tenedor u ocupante del terreno colindante no podrá cerrarlas ni obstaculizarlas de ningún modo. En caso de contravención, el infractor será sancionado con multa a beneficio fiscal de diez a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá aplicar una multa equivalente al doble del máximo establecido. La aplicación de la multa y la reclamación de la misma se regirán por las disposiciones contenidas en la ley N° 18.287.

Observó algunas diferencias entre las servidumbres y la regulación del acceso a las playas de mar, ríos y lagos.

La naturaleza jurídica de una y otra es distinta. La servidumbre es “un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño” (artículo 820 del Código Civil). La norma del artículo 13 del decreto ley N° 1939 no es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, sino que es una limitación al derecho de propiedad impuesta por ley que pretende dar acceso a determinados bienes nacionales de uso público que son las playas de mar, ríos y lagos.

Precisó que quién fija el acceso conforme al artículo 13 es el Intendente a través del Ministerio de Bienes Nacionales. En el caso de las servidumbres, la forma de constitución dependerá del tipo de servidumbre, esto es si son servidumbres naturales, legales o voluntarias.

En el caso del acceso a playas, por expresa disposición legal, el acceso debe ser gratuito.

A continuación, dio cuenta de medidas que se han implementado para facilitar el acceso de los vecinos y resolver las dificultades que se les presenten en el paso a las veranadas y acceso a playas y lagos. Destacó la modificación legal al artículo 13 incorporando sanciones a quienes impidan el acceso a las playas de mar, ríos y lagos, y el lanzamiento de la campaña “Que no te falte playa” y fiscalización en terreno por parte de las SEREMI.

Sobre el proyecto de ley, la representante del Ministerio de Bienes Nacionales expresó algunas dudas y comentarios:

Consultó sobre la operatividad de la servidumbre materia de análisis ya que la norma propone la constitución de una servidumbre “de pleno derecho” y luego señala que “los términos y condiciones de la servidumbre serán los que surjan del acuerdo entre el propietario del predio sirviente con la autoridad correspondiente, o bien, en el modo que determine el tribunal competente”.

Entonces, cabe la duda ¿Qué se entiende por constitución de pleno derecho o *ipso iure*? De pleno derecho implica por expresa disposición de la ley. De esta forma, los efectos de una determinada disposición se producen sin requerimiento o instancia de parte, pero no queda claro su operativa de acuerdo al tenor de la redacción. En el mismo punto, hizo presente las normas sobre prescripción de las servidumbres.

Por último, enfatizó que la norma pretende solucionar un problema actual de muchos predios rústicos, sobre todo en el sur de Chile, sin embargo, esta solo podría tener efecto para las nuevas subdivisiones prediales dado que no puede tener efecto retroactivo.

El diputado Barros expresó que este proyecto de ley busca resolver situaciones muy antiguas donde terrenos muy extensos no contemplaron servidumbres.

En la misma línea, el diputado Alinco manifestó que la iniciativa legal tiene como objetivo resolver una situación concreta, permitir acceso libre para desarrollar las actividades productivas con respeto a quien debe dar el paso, agregó que la idea es que pudiera tener efecto retroactivo para resolver situaciones antiguas. Asimismo, expresó su inquietud por la denominada “ley del sur” y los conflictos por las veranadas y dijo que quién compra “compra el terreno y su historia”.

El diputado Rathgeb preguntó cómo se asegura la certeza jurídica en aquellas situaciones en la servidumbre operaría de pleno derecho.

Por su parte, la diputada Sepúlveda preguntó sobre los usos inmemoriales y la posibilidad de que puedan constituir servidumbres de tránsito, y asimismo, preguntó por los caminos Cora, provenientes de la Reforma Agraria, los que se debieran traspasar, por ley, del SAG a Vialidad.

En ese sentido, la diputada Nuyado preguntó por la posibilidad de dar reconocimiento de “huellas”, en base a usos y costumbres, y el uso consuetudinario del Convenio N° 169 de la OIT. Propuso analizar una glosa presupuestaria para financiamiento de caminos provenientes de subdivisión de la Reforma Agraria, y caminos indígenas en desarrollo de la ruralidad.

El diputado Sauerbaum expuso los problemas de comités de vivienda que han comprado terrenos que actualmente se encontrarían ciegos.

5. La abogada del Servicio Agrícola y Ganadero, doña Lorena Brown.⁷

Expresó que el Servicio, a través del artículo 46 de su ley orgánica, tiene el mandato legal de certificar que se cumpla con la normativa vigente en relación con el decreto ley N° 3516, que Establece normas sobre División de Predios Rústicos.

Señaló que la normativa ha tenido cierta evolución en el sentido de que la certificación que realiza el SAG no solo implica certificar la consistencia del plano presentado por los dueños del predio (que los lotes resultantes sean de más de 5 mil metros), sino también el cumplimiento de la normativa vigente en sentido amplio, por ello, también refrendar el cumplimiento del artículo 68 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones que establece que “toda subdivisión tiene que tener acceso a la vía pública”, que no distingue entre predios urbanos y rurales.

En ese orden de ideas, la resolución exenta N° 3904, de mayo de 2019, del Servicio Agrícola y Ganadero, que “Determina forma de expedir certificados de subdivisión de predios rústicos y deroga resolución N° 169 exenta, de 1994”, exige a los solicitantes de subdivisión de predios rústicos que presenten las servidumbres correspondientes, asegurando el acceso a una vía pública, con el fin de resolver muchos problemas planteados en este aspecto.

Manifestó que el Código Civil establece con claridad cuándo y cómo proceden las servidumbres y las hipótesis sobre las que operan. No hay ningún terreno que tenga la obligación de permanecer ciego.

Asimismo, se refirió a la oportunidad en que el SAG certifica el proyecto de subdivisión, situación que se produce antes de que el dueño disponga (incluso el plan se puede retirar y presentar uno distinto). Cualquier instrumento jurídico se lleva a cabo con posterioridad a la certificación del SAG; ningún ente estatal tiene acceso a un contrato privado y será -en la transferencia del dominio del lote- cuando se haga efectiva la servidumbre.

Agregó que los planos certificados por el SAG se inscriben en el Conservador de Bienes Raíces.

Sobre los usos y costumbres (por ejemplo, huellas), expresó que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema han sido contestes en señalar que las servidumbres de tránsito -que son discontinuas- solo pueden adquirirse por medio de un título y ni aún el goce inmemorial bastaría para

⁷ Ibídem.

constituirlas, y que no conculcan el derecho de propiedad sobre el terreno donde se ejercen.

En los casos consolidados –objetivo del proyecto de ley- se requiere la voluntad del predio ya que cualquier acción sobre la disposición o constitución de una servidumbre en su predio sería un acto expropiatorio, lo que se deberá resolver conforme a las reglas generales. La norma que se apruebe no tendría efecto retroactivo.

Por último, hizo hincapié que la redacción de la iniciativa legal no daría cuenta operativamente de lo que se busca, pues cada plano de subdivisión es una realidad distinta, y la servidumbre debe constituirse en base a un largo y ancho determinado según cada situación particular.

En ese sentido, propuso incorporar en el decreto ley N° 3516, que Establece normas sobre División de Predios Rústicos una norma similar a la contenida en el artículo 68 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones:

“Artículo 68°.- Los sitios o lotes resultantes de una subdivisión, loteo o urbanización, estén edificadas o no, deberán tener acceso a un espacio de uso público y cumplir con las disposiciones de la presente ley, su Ordenanza y el Plan Regulador correspondiente.”

6. El asesor de la Biblioteca del Congreso Nacional, don Matías Meza-Lopehandía.⁸

Expuso sobre el proyecto de ley en relación con las tierras y usos indígenas. El contenido de su intervención consta, con mayor extensión, en informe proporcionado por su autor, en los términos que se exponen a continuación:⁹

I. Predios comunicados y el acceso a caminos públicos en la legislación vigente y en el proyecto de ley

De acuerdo a la idea matriz expresada en los fundamentos de la iniciativa en estudio, el proyecto busca garantizar una servidumbre de tránsito que se constituye de pleno derecho en favor de los dueños de predios que lo requieren para tener libre acceso a un camino público.¹⁰ En rigor, lo que hace el proyecto es establecer, en las subdivisiones de terrenos, una servidumbre de paso en favor del camino público al que se requiere acceder:

En la subdivisión de los terrenos prediales, que no cuenten con vías de acceso directo, se entenderá constituida de pleno derecho la servidumbre de tránsito a favor de los caminos públicos colindantes. El referido derecho se ejercerá en los términos y condiciones que surja del acuerdo entre el propietario del predio sirviente con la autoridad correspondiente, o bien, en el modo que determine el tribunal competente, a solicitud de quien tenga interés en ello.¹¹

Lo anterior hace necesario revisar las normas pertinentes relativas a subdivisión de predios rurales, las aplicables en materia de servidumbres y a la regulación de los caminos públicos, para determinar el sentido y alcance de la propuesta.

⁸ Ibídem.

⁹ BCN: Informe de Asesoría Técnica Parlamentaria. *Servidumbres de tránsito y tierras indígenas, Proyecto de ley boletín N° 12.268-01*. Matías Meza-Lopehandía G., 2019. Disponible en: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_listadodocumento.aspx?prmlD=417

¹⁰Boletín N° 12.268-01:1.

¹¹ Artículo único. La propuesta agrega un inciso séptimo al artículo 1° del Decreto Ley N° 3.516 de 1980 que establece normas sobre división de predios rústicos.

1. División de predios rurales

La división de predios rústicos está normada principalmente en el decreto ley N° 3.516, de 1980, aunque también hay normas aplicables en el Código Civil, en relación con el destino de las servidumbres del predio dividido.¹²

La regla general es que los terrenos pueden ser divididos por sus propietarios en lotes cuya superficie no sea inferior a 0,5 hectáreas.¹³ El Decreto no alude a la cuestión del acceso de los predios resultantes a los caminos públicos adyacentes. Sin perjuicio de ello, la norma administrativa que determina la forma de expedir los certificados de subdivisión, que en la práctica son necesarios para inscribir la subdivisión, establece que el plano de subdivisión debe incluir vías de acceso, y todos los lotes deben “tener acceso a un espacio de uso público”, sea a través de un camino-lote o de una servidumbre.¹⁴

Por su parte, la Ley N° 19.253 sobre Desarrollo Indígena establece reglas especiales para la división de tierras mapuche emanadas de títulos de merced. Requiere para ello que la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios lo soliciten al juez. Además, establece que las tierras resultantes de este proceso, al igual que las originadas en las divisiones realizadas al amparo del decreto ley N° 2.568 de 1.979, son indivisibles, salvo autorización especial de Juez, aunque en ningún caso pueden ser inferiores a 3 hectáreas.¹⁵ La normativa no contempla normas especiales sobre accesos de los lotes resultantes.

2. Acceso de predios incomunicados vía servidumbre de tránsito

La regla genera en materia de servidumbres de tránsito y acceso a caminos públicos está consagrada en el artículo 847 del Código Civil, ubicado en el párrafo dedicado a las servidumbres legales.¹⁶ Conforme a éste, el dueño del predio incomunicado tiene derecho a imponer una servidumbre a los que le impiden el acceso al camino público, previo pago de la indemnización que corresponda. Además, el Código contempla la obligación de establecer una servidumbre de tránsito sin indemnización cuando un predio queda separado del camino como consecuencia de dos actos jurídicos: (i) cuando se enajena una parte del predio (subdivisión); (ii) cuando se adjudica una parte del predio a quien lo posea proindiviso (adjudicación).¹⁷

De esta manera, el proyecto de ley propone agregar una nueva servidumbre legal, similar a la establecida en el artículo 850 del Código Civil, pero limitada al primer caso, esto es, la subdivisión de terrenos. La propuesta agrega tres elementos adicionales.

Primero, operaría de pleno derecho, lo que significa que al producirse la situación se genera directamente el derecho de servidumbre, y no, el derecho a imponerla, como el caso de la contemplada en el Código Civil. Lo segundo es que la servidumbre propuesta sería en favor de los caminos públicos

¹² En particular, los artículos 826 y 827 establecen que ni la división del predio sirviente ni la del dominante alteran la servidumbre preexistente.

¹³ Art. 1° DL N° 3.516. El mismo artículo establece explícitamente una lista de excepciones a esta restricción y la prohibición de notarios y conservadores de autorizar y registrar escrituras que contravengan estas disposiciones. Además se establece la nulidad absoluta de la contravención a la limitación y multas por su infracción (arts. 2 y 3, respectivamente).

¹⁴ Sección 1.4.D.xi de la Resolución ex. N° 3904 del SAG, 30 de mayo de 2019.

¹⁵ Art. 17. LDI.

¹⁶ Las servidumbres consisten en un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro de distinto dueño (art. 820 Código Civil). Ahora bien, en las “servidumbres legales relativas al uso público”, que son impuestas por ley, no se beneficia necesariamente a otro predio, sino que puede hacerlo respecto de un tipo de actividad, como las de navegación (art. 839 Código Civil y arts. 103 y siguientes del Código de Aguas). En este sentido, Penailillo (2014:218), sostiene que estas últimas, por carecer de predio dominante, no son servidumbres sino que “restricciones o privaciones del dominio”.

¹⁷ Art. 850 Código Civil.

colindantes, y no en favor del predio afectado. Por lo mismo, los términos y condiciones del derecho se negocian entre el propietario del predio sirviente y la autoridad competente, y no entre el aquel y el propietario del predio dominante. En tercer lugar, la disposición no se refiere explícitamente a si procede o no la expropiación, por lo que la cuestión quedaría abierta a ser discutida en tribunales, para determinar si se trata de un acto expropiatorio o de una limitación del dominio justificada en su función social.¹⁸

3. Caminos públicos

Conforme a la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, los caminos públicos son aquellas “vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito” en tres circunstancias: (i) cuando se hallen en zonas rurales; (ii) cuando estando en zonas urbanas, las calles o avenidas conecten caminos públicos, dándoles continuidad, y sean declarados como tales mediante Decreto Supremo;¹⁹ y (iii) las que se declaren como tales en los planos oficiales de terrenos transferidos por el Estado a particulares, incluyendo a indígenas.²⁰

La misma disposición declara que las fajas que corresponden a los caminos públicos “son bienes nacionales de uso público”.²¹

Lo anterior no significa que la sola destinación al uso público convierta un camino en bien nacional. En este sentido, el artículo 592 del Código Civil, establece expresamente que los “caminos construidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen, *no son bienes nacionales*, aunque sus dueños permitan su uso y goce a todos.”²² Como ha señalado la Contraloría General de la República (CGR):

En otras palabras, son privados los caminos construidos a expensas de particulares y en tierras que les pertenecen. [...] En efecto, el hecho de que por un camino privado circulen personas, sea cual fuere su cantidad, por mera tolerancia o con permiso del dueño, no cambia la naturaleza jurídica de la vía, es decir no la convierte en un camino público, según las características que determina el citado artículo 24, inciso primero, del DFL. 850 [...]²³

Por lo anterior, para establecer un camino público, es necesario hacerlo sobre un terreno fiscal y destinarlo al libre tránsito.²⁴ Por lo tanto, si se trata de un terreno privado, será necesaria la expropiación, pues “la naturaleza jurídica de bien nacional de uso público [...] es incompatible con la existencia del derecho de propiedad de un particular sobre el terreno respectivo”.²⁵ Así lo ha entendido la propia CGR:

Luego, desde el momento en que la calle aludida se entregara al uso público, pasaría a ser un bien nacional de uso público y la titularidad

¹⁸ Sobre esta cuestión en relación con el proyecto de ley en análisis, ver. BCN, 2019.

¹⁹ “La lógica de lo anterior [la posibilidad de declarar como camino público una calle o avenida en zona urbana] es clara y no es otra que dar continuidad a un camino público, ya que no sería razonable que una vía, manteniendo su mismo tamaño y características, sea en un sector ‘camino público’ y en otro ‘vía urbana’”, quedando su administración bajo la competencia de distintas autoridades (Isensee, 2013:162). El autor ejemplifica con la Autopista Costanera Norte de Santiago, que a pesar de estar contempladas en el Plan Regulador como vía urbanas, pasó a ser camino público mediante Decreto Supremo No 1.403 de 2003, quedando así bajo la tuición de la Dirección de Vialidad.

²⁰ Art. 24° Decreto con Fuerza de ley N° 850 del Ministerio de Obras Públicas (DFL N° 850).

²¹ Los bienes nacionales son aquellos “cuyo dominio pertenece a la nación toda”. El Código Civil reconoce dos tipos, los de “uso público” que son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como por ejemplo, los caminos, y los “bienes fiscales”, que son todos los demás que pertenecen al Estado (art. 589 CC).

²² Énfasis añadido.

²³ CGR, 2007.

²⁴ Isensee, 2013; Lozano, 2004.

²⁵ CGR, 2003.

de la propiedad de la faja de tierra estaría radicada en la nación toda, esto es, ingresaría al patrimonio inmueble del Estado, traspaso que, al tenor del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, no puede perfeccionarse sin previa adquisición o expropiación del predio, en este caso, por causa de utilidad pública.²⁶

Sin perjuicio de aquello, existe una presunción legal de la calidad de camino público respecto de los caminos rurales de uso inmemorial, cuando hayan sido cerrados o modificados, independientemente del tiempo que haya sido sustraído del uso público. La disposición ordena a la autoridad a disponer su reapertura, o en su caso, su ensanche.²⁷ Lo anterior es sin perjuicio del derecho del dueño a reclamar judicialmente su dominio. En este sentido, la presunción es solamente una inversión de la carga de la prueba, que recae en quien alega ser dueño,²⁸ y no de la constitución de un dominio público sobre un bien privado.

II. Servidumbres de tránsito en tierras indígenas

En esta sección, se abordarán dos cuestiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas en relación con el proyecto de ley. En primer lugar se expondrá cómo se relaciona el estatuto actual de las tierras indígenas con la propuesta del proyecto. En otro apartado se revisará de qué manera se reconoce o no el uso inmemorial de caminos en relación a la población indígena.

1. La prohibición de gravar tierras indígenas

Uno de los aspectos centrales del Convenio 169 de la OIT de 1989, es el reconocimiento de la relación especial que une a los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, y su consiguiente protección.²⁹ En este sentido, los gobiernos tienen la obligación de “garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.³⁰ Esto es relevante, no sólo porque el Convenio está ratificado por Chile desde 2008, sino que también, porque dicho instrumento influyó en los contenidos del ante-proyecto que dio origen a la actual Ley N° 19.253 de Desarrollo Indígena (LDI) y también su discusión legislativa.³¹

En efecto, en esta materia, la LDI, además del deber general de protección de las tierras indígenas, establece un conjunto de prohibiciones con tal objetivo. Así, el artículo 13 del mismo cuerpo legal señala que “por exigirlo el interés nacional”, las tierras indígenas no pueden ser gravadas, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia, o en los casos que autorice CONADI. De esta manera, existe una prohibición legal explícita respecto de gravar tierras indígenas.

La servidumbre es, por definición, un gravamen,³² y por lo tanto, está en principio prohibido establecerla sobre tierra indígena, en beneficio de

²⁶ CGR, 2003. Énfasis añadido.

²⁷ Art. 26° DFL 850.

²⁸ Isensee, 2013; Lozano, 2004. Así lo ha entendido la Corte Suprema al señalar que la disposición: “implica la consagración de una presunción simplemente legal, que como es sabido, envuelve en la práctica la inversión del onus probandi, de manera que dándose los presupuestos de la presunción del artículo 26 del cuerpo legal en examen, atribuye al particular la carga de probar ante los tribunales que el camino en cuestión le pertenece [...]” (Rol N° 22830/2014: c. 11°). También la CGR cuando señala que “la aludida presunción no implica una calificación en cuanto al dominio del suelo, ni impide el ejercicio de las acciones del eventual propietario ante las instancias que correspondan” (CGR, 2015). En el mismo sentido CGR, 2017 y los dictámenes anteriores que aplica.

²⁹ Cfr. Parte II Convenio 169 OIT.

³⁰ Art. 14.2 Convenio 169 OIT.

³¹ De acuerdo a Bengoa (2017:19), los “borradores de esta legislación habían logrado acercar estas disposiciones a las que existían en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Por su parte, durante la discusión del proyecto en la Cámara de Diputados, el diputado Ojeda señalaba que las normas de protección de la cultura y tierras indígenas “está[n] a la par con las exigencias contenidas en los tratados internacionales, como el Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (BCN, 2018:119).

³² Así se desprende de su definición en el artículo 820 del CC: “es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”.

tierra no indígena, salvo que lo autorice especialmente CONADI. La pregunta es si esta prohibición alcanza todo tipo de servidumbres, o solo aquellas voluntarias. Al menos en una oportunidad, la Corte Suprema revisó el reclamo de un propietario indígena frente a la imposición de una servidumbre de tránsito en favor de un predio no indígena. Ahí la Corte sostuvo que la prohibición de gravar tierra indígena en relación con las servidumbres, alcanzaba solo a las servidumbres voluntarias, y no a las impuestas por ley como las de tránsito, que primarían sobre tal prohibición.³³

Esta misma solución sería aplicable a la propuesta en estudio, en la medida en que constituiría una servidumbre legal. Ahora bien, cabe tener presente que se trata de solo una sentencia del máximo tribunal, por lo que no se puede hablar de una jurisprudencia asentada.

Ahora bien, si se entendiera que la prohibición del art. 13 de la LDI alcanza tanto a las servidumbres voluntarias como a las legales, habría que determinar si la eventual aprobación del proyecto de ley constituiría una derogación tácita de aquella, por ser una ley posterior. Si el texto no aborda la cuestión explícitamente, habría que ver si prima el criterio de la temporalidad, o el de la especialidad. En este último caso podría argumentarse que la legislación indígena y sus prohibiciones son especiales, por lo que primarían, lo que podría reforzarse apelando a la obligación internacionales de proteger las tierras indígenas. De todos modos, si se entendiera que prima la LDI, habría que establecer bajo qué condiciones CONADI puede autorizar el gravamen de tierra indígena.

En cualquier caso, si la intención del legislador es que los predios indígenas puedan ser gravados con una servidumbre legal en favor de los caminos públicos en los casos de subdivisiones, podría ser necesario someter la iniciativa a consulta previa indígena, en la medida en que el Convenio 169 establece la obligación de consultar a los pueblos indígenas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.³⁴ Es más, esta obligación es particularmente intensa respecto del estatuto de las tierras indígenas, no sólo por las disposiciones generales en tal sentido, sino que porque así lo establece explícitamente el Convenio:

Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.³⁵

2. El uso inmemorial indígena como fuente para el reconocimiento de servidumbres de tránsito

Otra cuestión que se ha planteado en la discusión del proyecto de ley, es la posibilidad de que el uso consuetudinario indígena de una vía de comunicación terrestre genere una servidumbre de tránsito.

Conforme a las reglas generales del derecho civil, existen diferentes modos de adquirir el dominio y otros derechos reales (como las servidumbres). Entre ellas está la prescripción adquisitiva, esto es, la tenencia ininterrumpida de una cosa con ánimo de señor y dueño por un tiempo determinado.³⁶ En otras palabras, las servidumbres pueden, en principio, adquirirse por usarlas en forma constante, cumpliendo con los demás requisitos legales.

³³ “[E]l reclamante pretendió se impidiera la constitución de una servidumbre que la propia ley impone al dueño de un predio; en consecuencia, al haberse desestimado la aplicación de este precepto prohibitivo los sentenciadores han hecho una correcta aplicación de las disposiciones legales atinentes al caso de que se trata, por cuanto dicha norma no puede sino referirse a servidumbres que han sido contractualmente convenidas y no a aquellas legalmente previstas y que han sido establecidas por el ministerio de la justicia” (Corte Suprema, 2006: c. 3’).

³⁴ Art. 6.1.a Convenio 169 de la OIT.

³⁵ Art. 17.2 Convenio 169 de la OIT.

³⁶ Cfr. art. 700, 2492 y 2498 CC.

Ahora bien, la adquisición por prescripción de las servidumbres es particular, porque solo se pueden adquirir por esta vía aquellas que son continuas y aparentes.³⁷ La servidumbre de tránsito es discontinua, porque para ejercerse requiere de un hecho actual de una persona realizado en intervalos más o menos largos de tiempo.³⁸ Es más, el Código señala explícitamente que “ni aun el goce inmemorial bastará para [construir]” las servidumbres discontinuas.³⁹

La LDI no contiene normas específicas sobre la materia, aunque su artículo 19 establece un derecho para ejercer comunitariamente actividades culturales o recreativas en bienes fiscales.

Ahora bien, el Convenio 169 de la OIT reconoce “el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”. Este derecho ha sido conceptualizado como una “servidumbre tradicional”, especialmente relevante para pueblos dedicados al pastoreo, caza y/o recolección.⁴⁰ Esta obligación de salvaguardar este derecho, podría requerir del Estado “un estatuto más apropiado a la realidad de los pueblos indígenas” que el que regula las servidumbres en el Código Civil.⁴¹ En particular, porque esta servidumbre tradicional sería de carácter discontinuo, y por lo tanto, no podría adquirirse por su uso inmemorial.

En síntesis, la regulación legal de las servidumbres impide el reconocimiento formal de una servidumbre tradicional en favor de los indígenas, aunque existe una obligación internacional del Estado en orden a garantizar el ejercicio de tal derecho.

Por último, señaló que -a su juicio personal- la figura de la servidumbre podría no ser la más adecuada para resolver el problema, y que la normativa de acceso a playas pudiera ser interesante en virtud de la función social de la propiedad que le subyace.

7. El asesor del Ministerio de Agricultura, don Andrés Meneses.⁴²

Concordó con el espíritu del proyecto de ley, es decir, establecer que los predios rústicos resultantes de una subdivisión deban contar con acceso a la vía pública -o a un camino CORA (proveniente del proceso de parcelación de la reforma agraria)- y así evitar la formación de predios “ciegos” constituidos en tiempos remotos.

Sin embargo, manifestó la inconveniencia de que sea la constitución de una “servidumbre” la vía o mecanismo jurídico idóneo para conseguir tal objetivo.

Sobre el punto, argumentó que desde el punto de vista estrictamente jurídico, la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. (Artículo 820 del Código Civil).

³⁷ Art. 882 Código Civil.

³⁸ Art. 822 Código Civil.

³⁹ Según Penailillo (2014:223) esta prohibición se justifica en que “los actos que las constituyen pueden ser considerados por el propietario del predio sirviente como un de su imple tolerancia”.

⁴⁰ Montt y Matta, 2013:199.

⁴¹ Para los particulares, implicaría la obligación de no interferir en el goce de este derecho (Montt y Matta, 2013:201 y 205)

⁴² Sesión 68ª, celebrada el 5 de noviembre de 2019.

El primer inconveniente radicaría en que mientras no se enajenen los lotes resultantes de la subdivisión de un predio, no cabría la posibilidad de hablar de predios de “distintos dueños”.

La segunda dificultad es de tipo registral, particularmente, en el estudio de títulos de los lotes resultantes de una subdivisión de un predio rústico, ya que la servidumbre no exige –al momento de ser constituida- que deba ser inscrita en el registro de gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo, y por lo tanto, podría no visualizarse su existencia.

Por último, hizo hincapié en que las servidumbres de tránsito son discontinuas (se ejercen a intervalos más o menos largos de tiempo y supone un hecho actual del hombre), aparentes (la que está continuamente a la vista), y están sujetas a la prescripción extintiva en caso de no ejercerse por 3 años, aunque estén inscritas, de acuerdo a la normativa del Código Civil.

Esta última situación requeriría la disposición de una cláusula especial en los contratos, lo que, en base a la experiencia, podría llevar situaciones complejas en su aplicación práctica.

A continuación, propuso -en concordancia con el SAG – incorporar en el decreto ley N° 3516, que Establece normas sobre División de Predios Rústicos una norma similar a la contenida en el artículo 68 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, del siguiente tenor:

“Artículo 68°.- Los sitios o lotes resultantes de una subdivisión, loteo o urbanización, estén edificadas o no, deberán tener acceso a un espacio de uso público...”

Al efecto, sugirió la siguiente redacción:

“Los predios resultantes de una subdivisión efectuada en conformidad al presente decreto deberán tener acceso a la vía pública o a un camino proveniente del proceso de parcelación de la reforma agraria, llevada adelante bajo el amparo de las Leyes números 15.020 y 16.640, en su caso.”

Señaló que la redacción propuesta permitiría garantizar el acceso de los lotes resultantes de una subdivisión a la vía pública o a un camino Cora, sería más efectiva y simple en términos prácticos y evitaría la judicialización al mediar una intervención administrativa que autorice la subdivisión (revisión que ya está efectuando el SAG).

La diputada Carvajal expresó su inquietud sobre el uso del término “deberán” ya que se estaría estableciendo una limitación a la propiedad privada a través de este decreto, lo que sería inconstitucional.

Al respecto, el asesor del Ministerio sostuvo que debe seguirse el aforismo jurídico “donde existe la misma razón existe la misma disposición”, por ello, la norma propuesta es semejante a la contenida en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de aplicación sobre predios de carácter privado.

El diputado Rathgeb precisó que, de todas maneras, subsisten las reglas generales, por las que se puede recurrir a la Justicia para resolver los conflictos que se produzcan.

Por último, la diputada Nuyado expresó que se requiere una solución también para las comunidades indígenas que deben transitar por muchos predios para acceder al camino público, por ejemplo, a través de huellas que

requieren la autorización de los propietarios de los predios o la situación de empresas forestales que poseen grandes terrenos.

Sobre el último punto, el asesor del Ministerio sostuvo que en este caso, se debiera atender a otro cuerpo normativo, la ley de Caminos, que establece normas sobre el uso inmemorial de un camino.

Precisó que la redacción propuesta por el Ministerio se enmarca en los términos de la iniciativa legal en discusión que busca modificar el decreto ley sobre División de Predios Rústicos.

b.- Votación general.

Sometido a votación, el proyecto **fue aprobado en general, por la unanimidad** de los diputados presentes (10) señoras Loreto Carvajal, Emilia Nuyado y Alejandra Sepúlveda, y señores René Alinco, Pedro Pablo Álvarez-Salamanca, Ramón Barros, Harry Jürgensen, Jorge Rathgeb, Jorge Sabag y Frank Sauerbaum.

c.- Votación particular.

Artículo único: Incorpórese al artículo 1° del Decreto Ley 3.516, que establece normas sobre división de predios rústicos, un nuevo inciso 7°, pasando el actual a ser inciso 8° y así sucesivamente, en el siguiente tenor:

"En la subdivisión de los terrenos prediales, que no cuenten con vías de acceso directo, se entenderá constituida de pleno derecho la servidumbre de tránsito a favor de los caminos públicos colindantes. El referido derecho se ejercerá en los términos y condiciones que surja del acuerdo entre el propietario del predio sirviente con la autoridad correspondiente, o bien, en el modo que determine el tribunal competente, a solicitud de quien tenga interés en ello".

Las diputadas Jenny Álvarez, Carvajal, Nuyado y Alejandra Sepúlveda, y los diputados Alinco, Álvarez-Salamanca, Barros, Jürgensen, José Pérez, Rathgeb, Sabag, Sauerbaum e Ignacio Urrutia presentaron una indicación del siguiente tenor:

- Reemplázase el artículo único del proyecto, por el siguiente:

“Artículo único: Incorpórase al artículo 1° del Decreto Ley N° 3.516, que establece normas sobre División de Predios Rústicos, un nuevo inciso séptimo, pasando el actual a ser inciso octavo y así sucesivamente, del siguiente tenor:

“Los predios resultantes de una subdivisión efectuada en conformidad al presente decreto deberán tener acceso a un espacio público o a un camino proveniente del proceso de parcelación de la reforma agraria, llevada adelante bajo el amparo de las Leyes N° 15.020 y 16.640, en su caso.”.

El asesor del Ministerio de Agricultura, don Andrés Meneses, explicó que la redacción busca satisfacer los objetivos de la moción en el marco de sus ideas matrices o fundamentales.

Preguntado sobre la conveniencia de que toda subdivisión de predios rústicos garantice el acceso a un “espacio público” más que a un “camino o vía pública”, sostuvo que la indicación adopta los mismos términos del artículo 68 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, el que ya goza de amplia aplicación práctica y ha demostrado ser eficaz.

De este modo, no se entraría en la casuística de demostrar a qué tipo de camino o vía pública se refiere, sino que alude a “espacio público” en sentido amplio, o a un camino proveniente del proceso de parcelación de la reforma agraria.

La diputada Sepúlveda expresó su inquietud por cuanto se señala que deberán tener acceso a un “espacio público”. Pidió que quede claramente establecido -en el espíritu del proyecto de ley y su indicación- que se entenderá que en él se podría colocar una postación o electrificación (sin necesidad de constituir una servidumbre de paso), a diferencia de lo que ocurriría en un camino vecinal (que requiere autorización).

El asesor del Ministerio de Agricultura concordó con lo señalado, y enfatizó que la redacción planteada no hace necesaria la autorización (como en los caminos vecinales) y facilita las demás mejoras en infraestructura asociadas a ese camino y sus accesos.

Respondiendo las inquietudes de la diputada Nuyado, expresó que la redacción empleada cubre todas las alternativas posibles de acceso a la vía pública que pueda tener un lote resultante de una subdivisión de un predio rústico, sea a un espacio público o a un camino proveniente del proceso de parcelación de la reforma agraria.

El diputado Alinco recordó que el espíritu de esta iniciativa es buscar un consenso que permita resolver, en forma práctica, las dificultades de acceso que padecen muchas personas, especialmente campesinos, afectados por trancas y cierres en predios que impiden un adecuado traslado a caminos públicos.

Sometida a votación, **la indicación fue aprobada por la unanimidad** de los presentes (13) señoras Jenny Álvarez, Carvajal, Nuyado y Alejandra Sepúlveda, y señores Alinco, Álvarez-Salamanca, Barros, Jürgensen, José Pérez, Rathgeb, Sabag, Sauerbaum e Ignacio Urrutia.

Asimismo, se acordó, por la unanimidad de los mismos diputados presentes en la votación anterior, modificar el nombre del proyecto de ley, por el siguiente:

“Proyecto de ley que modifica el decreto ley N° 3.516, de 1980, que Establece Normas sobre División de Predios Rústicos, para garantizar el acceso a espacios públicos y caminos Cora”.

V. ARTICULOS E INDICACIONES RECHAZADAS.

No hay.

Por las razones señaladas y por las que expondrá oportunamente el diputado Informante, la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural recomienda aprobar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

“Artículo único: Incorpórase, en el artículo 1° del Decreto Ley N° 3.516, que establece normas sobre División de Predios Rústicos, el

siguiente inciso séptimo, pasando el actual a ser inciso octavo y así sucesivamente:

“Los predios resultantes de una subdivisión efectuada en conformidad al presente decreto deberán tener acceso a un espacio público o a un camino proveniente del proceso de parcelación de la reforma agraria, llevada adelante bajo el amparo de las Leyes N° 15.020 y 16.640, en su caso.”

Se designó Diputado Informante al señor René Alinco Bustos.

Tratado y acordado, según consta en las actas de las sesiones de fecha 14 de mayo, 2 de julio, 13 de agosto, 22 de octubre, 5 y 19 de noviembre de 2019, con la asistencia de las señoras Jenny Álvarez Vera, Loreto Carvajal Ambiado, Emilia Nuyado Ancapichún y Alejandra Sepúlveda Orbenes, y señores René Alinco Bustos, Pedro Pablo Álvarez-Salamanca Ramírez, Ramón Barros Montero, Harry Jürgensen Rundshagen, José Pérez Arriagada, Jorge Rathgeb Schifferli, Jorge Sabag Villalobos, Frank Sauerbaum Muñoz e Ignacio Urrutia Bonilla.

Sala de la Comisión, a 19 de noviembre 2019.



MARÍA TERESA CALDERÓN ROJAS
Abogada Secretaria de la Comisión

INDICE

I. CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS	1
1. IDEA MATRIZ O FUNDAMENTAL DEL PROYECTO DE LEY.	1
2. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL.	1
3. NORMAS QUE REQUIERAN TRÁMITE DE HACIENDA.	1
4. APROBACIÓN DEL PROYECTO, EN GENERAL.	1
5. DIPUTADO INFORMANTE.	1
II. ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS Y OBJETIVOS.....	2
1. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS.	2
2. OBJETIVO.....	3
3. NORMAS LEGALES O REGLAMENTARIAS QUE SE PROPONE MODIFICAR O QUE INCIDEN, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, EN ESTA INICIATIVA LEGAL.	3
III. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY	3
IV. DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE LEY.	3
A.- DISCUSIÓN GENERAL.	3
1. <i>El abogado del Área de Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), don Pedro Harris.</i>	<i>4</i>
2. <i>El profesor de Derecho Civil de la Universidad Andrés Bello, don Eugenio Vásquez.....</i>	<i>9</i>
3. <i>El asesor de Ministerio de Agricultura, don Andrés Meneses.....</i>	<i>11</i>
4. <i>La coordinadora legislativa de la División Jurídica del Ministro de Bienes Nacionales, doña Isabel Vial.</i>	<i>11</i>
5. <i>La abogada del Servicio Agrícola y Ganadero, doña Lorena Brown.</i>	<i>14</i>
6. <i>El asesor de la Biblioteca del Congreso Nacional, don Matías Meza-Lopehandía.....</i>	<i>15</i>
7. <i>El asesor del Ministerio de Agricultura, don Andrés Meneses.</i>	<i>20</i>
B.- VOTACIÓN GENERAL.....	22
C.- VOTACIÓN PARTICULAR.....	22
V. ARTICULOS E INDICACIONES RECHAZADAS.....	23
PROYECTO DE LEY	23