



BOLETIN. SEPTIEMBRE 28, 2016

**EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN:
NATURALEZA JURÍDICA ACTIVA Y LA NOCIÓN DE GRAVAMEN**

1. DEFINICIÓN

El artículo 2 de la Ley N°20.930 dispone que el Derecho Real de Conservación es “un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste”.

El derecho real de conservación es definido como aquel que “*consiste en la facultad de conservar*” el patrimonio ambiental del predio.

De la misma manera como sucede respecto de las facultades de uso, goce y disposición (en el derecho de dominio y en el derecho de usufructo), la *facultad de conservar* no se encuentra definida legalmente y del mismo modo como sucede con aquellas, su contenido se irá definiendo tanto por medio de la aplicación práctica de esta institución, como por la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, existen ciertos contenidos que ya son de alguna manera explicitados en la ley. Por ejemplo, en virtud del artículo 1 de la Ley 20.930, se hacen aplicables ciertos artículos que tienen relevancia al efecto: el artículo 828 del Código Civil, en virtud del cual se debe entender que quien tiene un derecho real de conservación, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerlo (Art. 1 de la Ley 20.930). Asimismo, por aplicación del artículo 829 del Código Civil, se debe entender que el que goza de un derecho real de conservación, puede hacer las obras indispensables para ejercerlo.

Sin embargo, más allá de estos contenidos normativos explícitos, debe entenderse que -de la misma manera como sucede respecto de otros derechos reales- la facultad de conservar incluirá todos aquellos derechos que aseguren al titular la tutela y ejercicio del derecho real de conservación. Esos derechos incluirán tanto los que las partes acuerden expresamente como también aquellos indispensables o necesarios para llevar a cabo o ejercer la facultad de conservar. Entre estos últimos se pueden entender generalmente incluidos los siguientes¹: (i) el derecho a prevenir, reparar o restaurar todo deterioro o perjuicio al patrimonio ambiental que sea objeto del derecho real de conservación; (ii) el

¹ Estos derechos fueron explícitamente regulados en el primer caso de derecho real de conservación establecido en Chile en Julio de 2016, relativo al proyecto Mi Bella Ecoaldea localizado en Rari, Linares.



derecho a información relevante respecto al estado del correspondiente patrimonio ambiental; (iii) el derecho a realizar auditorías periódicas respecto del patrimonio ambiental conservado; (iv) el derecho a acceso al inmueble conforme a normas acordadas por las partes.

Ahora bien, la Ley 20.930 también hace una regulación expresa de los 'efectos' del contrato que da origen al derecho real de conservación. El Artículo 6 establece: *“Efectos. En el contrato que se establece en el artículo anterior se establecerán los gravámenes que tendrán como finalidad la conservación del patrimonio ambiental”*. La norma continua estableciendo que *“Para tal efecto, las partes deberán acordar al menos una de las siguientes prohibiciones, restricciones u obligaciones:*

1.- Restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más determinados fines inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola, forestales o de otro tipo.

2.- Obligación de hacerse cargo o de contratar servicios para la mantención, limpieza, descontaminación, reparación, resguardo, administración o uso y aprovechamiento racionales del bien raíz.

3.- Obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo acordado en el contrato constitutivo, con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales del inmueble gravado, dentro del marco de un uso sostenible de los mismos.”

Nos parece relevante entender este Artículo 6 de la Ley 20.930 en el contexto de la definición legal del derecho real de conservación, y por tanto del análisis de su naturaleza jurídica, lo cual pasamos a revisar a continuación.

2. NATURALEZA JURÍDICA: DERECHO REAL ACTIVO

2.1. La Facultad de Conservar y la Naturaleza Activa del Derecho Real de Conservación

Lo primero es explicitar que, tal como lo establece la definición legal de la Ley 20.930, el derecho real de conservación es aquel que consiste en la 'facultad de conservar', y es el establecimiento de esta 'facultad de conservar' la que tipifica activamente este derecho. Esto se puede confirmar en base a las siguientes consideraciones:

Consideración Uno. Esta definición reemplazó a la definición previa establecida en el proyecto de ley de la Cámara de Diputados que disponía que el derecho real de conservación era un “gravamen”. Fue justamente esa



definición la que la Comisión de Constitución del Senado modificó estableciendo en el proyecto definitivo que el derecho real de conservación “*consiste en la facultad de conservar*”, siguiendo en esto referencialmente la estructura y redacción exacta del derecho de usufructo en el Artículo 764 del Código Civil, otro derecho real activo por antonomasia. Esto consta del informe de la Comisión de Constitución del Senado², y consta además de la ‘Propuesta de Indicaciones’ preparada por el Centro de Derecho de Conservación de fecha 9 de Junio de 2014 remitida a los senadores De Urresti y Horvath³, quienes presentaron idéntica indicación al cambio de la definición, que fue en definitiva acogida y adoptada por la comisión referida.

Consideración Dos. La historia de la ley dejó explícitamente establecido que este cambio en la *definición del derecho real de conservación* se orientó justamente a transformar este derecho en un derecho real activo que fuera capaz de delinear nueva riqueza, nuevo capital natural. Esto se fundó en la constatación jurídico-dogmática de que las denominadas “facultades” son justamente las formas legales utilizadas por otros derecho reales de naturaleza activa y principal como son el derecho de dominio y el usufructo. Esto también consta del citado Informe 5823-07 de la Comisión de Constitución del Senado⁴, y consta además de la Propuesta de Indicaciones preparada por el Centro de Derecho de Conservación de fecha 9 de Junio de 2014.

Consideración Tres. La historia de la ley dejó constancia, además, que fue este cambio el que permitió que este nuevo derecho real no quedara limitado a una duración máxima de 40 años como lo establecía el proyecto de la Cámara de Diputados (lo cual había sido resultado de la consideración de que al tratarse de un gravamen causaba una interrupción en la circulación de la riqueza), ya que se consideró que la nueva definición permitiría delinear nueva riqueza (y por tanto haría posible su representación contable activa), y por ello, facilitaría la circulación de esta nueva riqueza⁵.

² Informe 5823-07 de la Comisión de Constitución del Senado, pp.28.

³ Propuesta de Indicaciones preparada por el Centro de Derecho de Conservación de fecha 9 de Junio de 2014.

⁴ Op.Cit. pp.28

⁵ Aquí uno de los marcos teóricos utilizados fue el análisis económico institucional de Douglas North y Yoram Barzel. Ver especialmente: *Economic Analysis of Property Rights*, Yoram Barzel, Cambridge University Press, 1997, pp.85.



Consideración Cuatro. El derecho real de conservación no se denomina “servidumbre de conservación”. Si el legislador hubiera tenido la intención de crear una servidumbre de conservación así la habría denominado, pues en ello no habría habido obstáculo alguno ya que así se ha hecho en otras jurisdicciones. La no utilización de esta denominación claramente indica la intención de crear una nueva institución legal de distinta naturaleza. Justamente la denominación de esta institución fue originalmente ideada y propuesta en orden a tomar distancia de las servidumbres ambientales⁶.

Consideración Cinco: El Artículo 1º de la Ley 20.930 solamente hace aplicables al derecho real de conservación cuatro artículos del título de la servidumbres del Código Civil, y no se estableció la aplicación supletoria de todas las normas de las servidumbres como habría sido lo lógico en caso de tipificarse simplemente de una servidumbre de conservación. Más aún, los cuatro artículos referidos se refieren fundamentalmente al lado activo o ‘contenido de derechos’ del derecho real pues, a modo ejemplar, disponen: “*El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla*” (Art.828), y “*El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla*”. Esto confirma que los elementos normativos considerados referencialmente por el legislador fueron aquellos que otorgan y dan preeminencia un carácter activo al derecho real de conservación, y fue solo a ellos que se hizo referencia de modo que no se hicieren aplicables todas las normas de las servidumbres.

Consideración Seis: El Artículo 6º de la Ley 20.930 se refiere a “Efectos” del derecho real de conservación, y es en ese contexto que se hace referencia a los ‘*gravámenes*’. Debe notarse, primeramente, que se hace referencia a “efectos” y no a la definición de la institución. En segundo lugar, debe notarse que la referencia acá es en *plural* y no en singular (vid infra los distintos sentidos en que se utiliza la palabra ‘gravamen’ en el Código Civil), lo cual se debe entender referido a la noción de gravamen en cuanto *obligaciones reales* que surgen como efectos de una institución, y no a la noción de gravamen como *definición de una institución (Vid infra)*. El artículo 6, dispone que estos gravámenes se manifiestan en distintos tipos de ‘*prohibiciones, restricciones u obligaciones*’ que las partes pueden acordar,

⁶ Ubilla, Jaime. Derecho Real de Conservación. Revista de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, N°1, año 2003. Esto aún cuando en este artículo aún no se define con claridad la diferencia con las servidumbres, pues el análisis dogmático civil aún no se había ejecutado. A este último efecto, ver Ubilla, Jaime. Reflexive Law and Reflexive Property Rights, 2016, PhD Thesis, University of Edinburgh.



lo cual semánticamente claramente se refiere a los efectos y específicamente a un contenido pasivo u “obligaciones” .

2.2. La Noción de Gravamen en el Código Civil Chileno.

El Código Civil Chileno utiliza el término gravamen en diversos sentidos. A partir de estos distintos sentidos, sostenemos que corresponde distinguir entre (i) la *definición o tipificación* de un derecho real como ‘gravamen’; (ii) la referencia a los *efectos* de los derechos reales que pueden incluir el surgimiento de gravámenes u obligaciones; y (iii) la *caracterización* de un derecho como ‘limitación’ al derecho de dominio, es decir como un ‘gravamen’ por referencia al derecho de dominio.

Estas distinciones se encuentran en el Código Civil que hace uso del término ‘gravamen’ en los siguientes cuatro sentidos distintos:

Primer Sentido: Obligación en general. Este es el uso que le da al término el artículo 1440 que dispone:

‘Art. 1440. El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.’

Segundo Sentido: Obligación Real⁷. Este es uso que le da al término, entre muchos otros, el Art.658 del Código Civil:

Art. 658. En los casos de adjunción, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dominio de lo accesorio accederá al dominio de lo principal, con el gravamen de pagar al dueño de la parte accesoría su valor.’

Pero de manera más relevante debemos citar el Artículo 732 N°1 que corresponde justamente al artículo que tipifica las distintas limitaciones al

⁷ Sobre la ‘obligación real’ ver especialmente: De Los Mozos, J.L. La Obligación Real. Aproximación a su Concepto, Libro Homenaje a Ramón M. Roca, Tomo II, 1977, p. 331; Zachariae, Le Droit Civil Français, Traducción de la 5a ed. alemana, II, Paris, 1855, n. 345. Sobre el gravamen fideicomisario como obligación real ver: Roca Sastre, Derecho Hipotecario, II, cit., p. 636. En p. 648 y ss.



dominio, y cuyo N°1 se refiere a la propiedad fiduciaria que es la que, conforme al artículo 733, “*está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición*”:

Art. 732. El dominio puede ser limitado de varios modos:

1° Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición;

Este uso del término claramente es el de una obligación real que es de tipo condicional, pues la propiedad fiduciaria no está ‘definida’ como gravamen en cuanto institución sino que más bien la propiedad fiduciaria hace surgir el efecto jurídico de una obligación real o gravamen⁸.

Otros ejemplos de este ‘Segundo Sentido’ son: Art.1093 (obligación modal), Art.1188 (obligación del donatario); Art.1338 (obligación del legatario), etc.

Tercer Sentido: Limitación al Dominio por Derechos Activos

El Artículo 732 N°2 dispone:

Art. 732. El dominio puede ser limitado de varios modos:

2° Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra; y

Como se observa en este numeral 2°, todos los ejemplos son de derechos reales que están definidos por facultades activas. Estos derechos no son “*definidos*” o no se dicen “ser o consistir en un gravamen”, sino que solamente son “*caracterizables*” como gravámenes en cuanto limitan el dominio. Acá los términos ‘gravamen’ y ‘limitación’ son intercambiables.

Cuarto Sentido: Limitación al Dominio por Derechos Restrictivos o Pasivos

Art. 732. El dominio puede ser limitado de varios modos:

3° Por las servidumbres.

⁸ Más allá de las posibles discusiones teóricas respecto a la noción de ‘obligación real’, no se puede desconocer que en los casos citados estamos en presencia de efectos jurídicos que consisten en obligaciones que vinculan o se vinculan a una cosa determinada; todo lo cual es distinto de la *definición* de un instituto jurídico determinado como derecho real –que por lo demás está sujeto a la doctrina del *númerus clausus*–.



Y el artículo 820 relativo a la Servidumbre dispone: “*Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño*”

En este mismo Cuarto Sentido: Art.757 (hipoteca, censo, servidumbre)

Debe notarse que toda vez que se ocupa el término gravamen en este Cuarto Sentido, se ocupa en singular y no en plural. La servidumbre ‘es un gravamen’ que tiene como efecto varias obligaciones.

Por lo tanto, y en base a las Consideraciones Uno a Seis arriba indicadas, podemos concluir que el uso que hace la Ley 20.930 de los términos “inmueble gravado” y “gravámenes”, debiera ser entendido en los siguientes dos sentidos:

Uno. En el “Segundo Sentido” de obligaciones reales que vienen a corresponder a los efectos del contrato conforme al artículo 6 de la ley.

Dos. En el “Tercer Sentido” de que el derecho real de conservación tiene la *característica* de ser una ‘limitación al dominio’ y en cuanto tal un ‘gravamen’ desde la perspectiva del derecho de dominio. Es en este sentido que se hace referencia al “bien gravado”. Ese uso lingüístico es semánticamente correcto conforme al Código Civil, y especialmente conforme a la atingente norma del artículo 732 que trata también como gravamen al usufructo desde la perspectiva del dominio.

Una interpretación distinta, que buscara atribuir el Cuarto Sentido al uso de esos términos, sosteniendo por ejemplo que se está en presencia de una servidumbre, no solo sería contraria a la historia de la ley y a la lógica conceptual que plantea la definición del Artículo 2 de la Ley 20930, sino que sería una interpretación contra texto expreso de ley ya que esta le define como un derecho que ‘consiste en la facultad de conservar’ y no como ‘gravamen’. Más aún, esto debe ser entendido en el contexto de un orden jurídico civil donde las *facultades* son entendidas e interpretadas como conjuntos de haces de derechos detentadas por titulares de derechos de naturaleza activa, como el dominio y el usufructo. Esto fue justamente lo que los legisladores tuvieron en consideración al momento de legislar, y nada de esto obsta a que surjan obligaciones y gravámenes en cuanto ‘*efectos jurídicos*’ del contrato y del derecho real de conservación. Tampoco nada de eso obsta a que desde la perspectiva del derecho de dominio se considere



o *caracterice* al derecho real de conservación como una limitación o gravamen al derecho de dominio.

Baste en este sentido recordar de manera simple que el usufructo es un derecho real activo, en base a las facultades de uso y goce, y que no obstante ello el artículo 732 N°2 establece que desde la perspectiva del dominio se trata de un gravamen.

Esto además permite entender con claridad cual es el sentido que tiene la denominación del Registro de Hipotecas y Gravámenes que es justamente donde también se registran el usufructo y el derecho real de conservación. Acá naturalmente la palabra 'gravamen' se utiliza en el Tercer Sentido expuesto puesto que lo relevante para este registro es que se deje constancia de las *limitaciones al dominio*.

Finalmente, hay una argumento de fondo: el contenido del derecho real de conservación, y especialmente la facultad de conservar, siempre van a exceder a los meros gravámenes u obligaciones que surjan de este derecho real. Esto debido a que toda vez que se detente la 'facultad de conservar' sobre un predio, surgirán una serie de derechos o haces de derechos que harán posible el ejercicio de esta facultad respecto del patrimonio ambiental, sus atributos o sus funciones. Esto, en términos simples, involucrará que el titular llevará a cabo acciones positivas (representadas como derechos, y eventualmente también como obligaciones de hacer) relevantes al logro de los objetivos de conservación, y que esto será esencial para la consecución de los fines buscados por las partes en la suscripción del contrato que de origen al derecho real de conservación. De manera que esto excede con mucho lo que una mera noción de "gravamen" pueda capturar en términos jurídicos y también semánticos. Esto, por ejemplo, queda de manifiesto ya en el primer ejemplo de derecho real de conservación que se ha constituido en el país (Caso: La Bella Ecoaldea, Rari, Linares, Chile), en el cual –ya hemos dicho- se ha establecido que la facultad de conservar incluirá al menos, y sin limitación: el derecho a prevenir, reparar o restaurar el deterioro del medio ambiente, el derecho a información respecto a aspectos relevantes del medio ambiente conservado, el derecho a llevar a cabo auditorías periódicas al objeto del derecho, y el derecho a acceso al inmueble conforme a se acuerde entre las partes.

Como se puede comprender, este contenido normativo activo va más allá de lo que simplemente podría referirse por medio de las nociones de restricciones u



obligaciones, o en general gravámenes, ya que en la mayoría de los casos el mismo titular llevará a cabo numerosos actos de conservación o de gestión que serán indispensables para la consecución de los objetivos de las partes.

Adicionalmente a todo lo anterior, que desde ya nos parece categórico y decisivo en si mismo, creemos que pueden agregarse consideraciones relativas al análisis del sistema general de los derechos reales en base a la teoría de la forma de Spencer Brown y de Niklas Luhmann. Sin embargo, esto lo llevaremos a cabo en un boletín separado del centro de Derecho de Conservación.

JAIME UBILLA F.
jubilla@centroderechoconservacion.org