

EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN¹

1.- Origen, fundamentos constitucionales y finalidades de la institución.

Este derecho real se creó por la Ley N° 20.930 (en adelante “la Ley”), publicada en el Diario Oficial de 25 de junio de 2016. Se originó esta Ley en una moción parlamentaria, presentada en el año 2008.² En dicha iniciativa legislativa, se alude a figuras semejantes originadas en los Estados Unidos de América hace algunas décadas, que facilitan a los propietarios de inmuebles “para manejar armónicamente sus bienes raíces desde el punto de vista de la conservación ambiental”. Se agrega que “En los Estados Unidos esta herramienta que se usa muy comúnmente se llama ‘conservation easement’ o servidumbre de conservación” y que como resultado de su empleo, “se produjo un impresionante aumento de la conservación practicada por privados en los Estados Unidos”. En cambio, en Chile, expresaban los autores del Proyecto de Ley, “Nuestra legislación no reconoce el derecho real de conservación, el cual es muy relevante para permitir que los objetivos y actividades de protección de la biodiversidad y de conservación ambiental se lleven a la práctica a través de medios adecuados, obligando a su cumplimiento por los propietarios que decidan afectar sus inmuebles”. Se pretendía así desarrollar la “conservación privada”, como mecanismo complementario de aquella impulsada por el Estado.

En efecto, la creación de este derecho real supone incorporar de manera más efectiva a los privados en los esfuerzos tendientes a la conservación del patrimonio ambiental. En tal sentido, se ha dicho, “El medio ambiente es un derecho de tercera generación que interesa a un gran número de personas que comparten la preocupación por la sustentabilidad y la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras. Es por eso que su protección generalmente es atribuida al derecho público, el cual ha intentado regular de manera preventiva los impactos de la actividad humana. Para conseguirlo, hoy existe el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, administrado por el Estado, y los Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación. A su vez, el derecho privado tiene una participación bastante más acotada. Más allá de que parte de la doctrina ha planteado la función protectora del ambiente de algunos artículos del Código Civil, lo cierto es que opera sólo de manera *ex post* al daño a través del sistema de responsabilidad por daño ambiental. La novedad del DRC es que por primera vez el legislador ha dotado al particular de una institución de corte privado para que participe de la conservación del medio ambiente con antelación al daño”.³

¹ Fecha de última modificación: 17 de enero de 2017.

² Revisar “Historia de la Ley N° 20.930”, en www.congreso.cl.

³ Tisné Niemann, Jorge, “Comentario al derecho real de conservación”, en *El Mercurio Legal*, 24 de junio de 2016.

En el mismo sentido, en el acto de promulgación de la Ley, el Ministro del Medio Ambiente, Pablo Badenier, afirmó: “A nuestro juicio, se trata de una herramienta que incentiva y permite formalizar iniciativas de conservación privada, complementando así – desde el derecho privado- el rol del Estado en la protección de nuestro patrimonio natural, sobre todo en su aporte a cubrir vacíos de ecosistemas sub representados, mitigando amenazas o favoreciendo la conectividad territorial y biológica de las áreas protegidas ya existentes (...) Esto permitirá, por ejemplo, que dueños de predios levanten financiamiento para una adecuada protección de esos terrenos, y que organizaciones interesadas en la conservación focalicen sus recursos en actividades de manejo en vez de destinar grandes sumas a comprar terrenos”.⁴

Los fundamentos constitucionales de la Ley, se encuentran en las siguientes normas de la Carta Política:

a) Art. 19, N° 8, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se afirma en el Proyecto de Ley que “la Constitución obliga al Estado a proteger el derecho a vivir en un medio incontaminado y a preservar la naturaleza, de manera tal que la aprobación de una ley sobre el derecho real de conservación sería un importante vehículo para dar cumplimiento a estos deberes constitucionales del Estado chileno, y a la obligación constitucional que le exige respetar y promover aquel derecho fundamental conforme al artículo 5° inciso 2° de la Ley Suprema. Además, si el referido art. 19 n° 8 autoriza a imponer forzosamente restricciones específicas a ciertos derechos o libertades con fines ambientales, con mayor mérito todavía podrá limitarse el derecho de propiedad cuando así lo decide voluntariamente el dueño”.⁵

b) Art. 19, N° 1, derecho a la vida.

c) Art. 19, N° 9, protección de la salud.

d) Art. 19, N° 24, inc. 1°, la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Expresa la Moción Parlamentaria que “De este precepto constitucional se desprende que el derecho real de conservación en cuanto bien incorporal estará protegido jurídicamente como objeto del derecho de propiedad”.

e) Art. 19, N° 24, inc. 2°. Refiere la Moción que “Esta norma expresa que la función social del dominio, que autoriza a imponer limitaciones u obligaciones al dueño, admite entre sus causales justificantes los intereses generales de la Nación y la conservación del patrimonio ambiental. Es pertinente recalcar que estas limitaciones y obligaciones son inherentes al derecho de propiedad y, por esa razón, no conllevan una indemnización. De esto se deriva que más aún será lícito que el mismo dueño decida ‘auto restringir’ su derecho de dominio”.

“En conclusión –señala la referida Moción- la Carta Fundamental chilena expresa un claro espíritu a favor de la conservación ambiental. Si la Constitución permite limitar exógenamente el derecho de propiedad, con mayor razón esto será válido si se hace

⁴ www.portal.mma.gob.cl

⁵ “Historia de la Ley N° 20.930”.

voluntariamente por el dueño. Por lo tanto, la introducción de esta figura a nuestro ordenamiento jurídico es plenamente coherente con la Constitución”.⁶

Las finalidades de la ley, se resumen en el Proyecto de la siguiente forma:

- a) Proporcionar un marco jurídico idóneo para la conservación ambiental.
- b) Facilitar a los propietarios de inmuebles contribuir con este propósito, mediante un mecanismo simple y eficaz.
- c) Servir como plataforma de inversión en ecología.
- d) Operar como instrumento de fomento de la conservación ambiental.
- e) Asegurar que los inmuebles afectados estarán efectivamente resguardados y contribuirán a la finalidad de conservar el ambiente.
- f) Generar un mercado donde se pueden transferir los derechos reales de conservación.

2.- Regulación

El derecho real de conservación se rige por las siguientes normas:

- a) Las disposiciones de la Ley N° 20.930 (13 artículos).
- b) Los arts. 826, 828, 829 y 830 del Código Civil, en lo no previsto por la Ley N° 20.930 ni por el contrato constitutivo que sirve de título para adquirir el derecho de conservación.

Estos cuatro artículos forman parte del Título XI del Libro II del Código Civil, “De las servidumbres” y se encuentran dentro de las normas generales aplicables a este derecho real:

- El art. 826 dispone: “Dividido el predio sirviente, no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía”. De esta manera, la división del predio gravado con el derecho real de conservación no lo afectará, y podrá ejercerse sobre todos los inmuebles resultantes de la subdivisión, o sobre uno o algunos de éstos, si el derecho real de conservación no se extendía a todo el predio que fue subdividido. Por lo demás, el art. 3 de la Ley establece que el derecho real de conservación “es inseparable del inmueble o de la parte de él que se grava”.
- El art. 828 establece: “El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho a sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título”. Luis Claro Solar refiere al efecto: “Este derecho del titular de la servidumbre (...) es una consecuencia imprescindible de la existencia de la servidumbre que no pudo pasar desapercibida al lógico criterio de los juristas romanos. Así, Ulpianus y Neratius, refiriéndose precisamente a la servidumbre que el Código pone como ejemplo, decían: (...) el que tiene el derecho de sacar agua parece que también tiene el de camino para ir a sacarla (...) Paulus, daba análoga solución en el caso de una servidumbre de tránsito por un predio que se hallaba por un nivel más elevado que el predio dominante y resolvía que el propietario del predio dominante podía hacer gradas o declives para aprovechar la servidumbre en cuanto ello fuera estrictamente necesario (...) Lo mismo resolvía Pomponius para la servidumbre de acueducto que, según decía,

⁶ Ídem.

otorgaba a su titular tácitamente el derecho de reparar el cauce dentro de la heredad sirviente y de entrar en ésta con los operarios y materiales necesarios para dichas reparaciones (...) La disposición del art. 828 es, como se ve, la aplicación del principio de la lógica que debe presumirse en el establecimiento de una servidumbre, que quien quiere el fin quiere los medios necesarios para su realización, pues sin ellos la servidumbre sería en el hecho inútil para la imposibilidad de ejercitarla”. De esto resulta, dice Claro Solar, que hay servidumbres *accessorias* a las que el dueño del predio dominante tiene derecho como titular de la servidumbre principal.⁷ Todo lo anterior debe aplicarse entonces para el caso de constituir un derecho real de conservación.

- El art. 829, consigna: “El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla; pero serán a su costa, si no se ha establecido lo contrario; y aun cuando el dueño de predio sirviente se haya obligado a hacerlas o repararlas, le será lícito exonerarse de la obligación abandonando la parte del predio en que deban hacerse o conservarse las obras”. Luis Claro Solar señala que para que exista esta obligación del dueño del predio gravado con la servidumbre de “hacer las obras indispensables para ejercerla”, es necesario que se haya estipulado expresamente al constituirse una servidumbre, o durante el ejercicio de una servidumbre.⁸ Tratándose del derecho real de conservación, será necesario entonces que así se hubiere pactado en el “contrato constitutivo” al que más adelante nos referiremos. En cuanto a la posibilidad de “abandonar” el predio para liberarse de la servidumbre, nos parece que no operaría en el caso de un derecho real de conservación, pues el art. 12 de la Ley, que se refiere a la extinción del derecho, nada dice al efecto (a menos que se entienda que esta hipótesis queda comprendida en la frase “El derecho de conservación se extinguirá por las causales generales de terminación de los derechos reales”, lo que nos resulta improbable).

- Por su parte, el art. 830 preceptúa: “El dueño de un predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo. / Con todo, si por el transcurso del tiempo llegare a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas”. Constituido el derecho real de conservación, el propietario del predio gravado no podrá modificar de manera unilateral los términos del contrato constitutivo ni por ende los alcances del derecho real de conservación. Pero si se acreditaré que los términos del contrato y el gravamen y derecho nacidos de aquél resultan más onerosos para el dueño del inmueble, podrá solicitar que varíen las condiciones pactadas, y ellas deberán ser aceptadas por el titular del derecho real, cuando las modificaciones propuestas no lo perjudiquen, es decir, cuando a pesar de tales variaciones, se alcancen los fines de conservación previstos originalmente.

c) Las normas de la Ley N° 19.300, sobre “Bases Generales del Medio Ambiente”, en dos sentidos:

c.1) Se aplicarán las definiciones comprendidas en su art. 2°.

⁷ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo 9°, “De Los Bienes”, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1935, pp. 48 y 49.

⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., p. 52.

c.2) En forma supletoria, las demás disposiciones de dicho cuerpo legal.

3.- Definición de derecho de conservación.

Conforme al inc. 1° del art. 2 de la Ley, “El derecho 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”.

La definición sugiere los siguientes comentarios:

a) Nos encontramos ante un derecho real, al cual se le debe aplicar la definición de esa clase de derechos del art. 577 del Código Civil.

b) El derecho se constituye sobre un predio o sobre una parte de un predio (art. 3°). Según veremos, es necesario otorgar un plano, que se protocolice al otorgar la escritura pública respectiva, en el que se identifique la parte del predio gravada con el derecho real de conservación.

c) Conforme a su definición, el derecho consiste en “la facultad de conservar”, el *ius conservandi*, la que se ejercerá de conformidad a las normas establecidas en la Ley y en el contrato constitutivo (inc. 2°). Esta “facultad de conservar”, limita por ende las facultades de uso, de goce y de disposición material del propietario. El inmueble sobre el cual se ejerce esta facultad de conservar, queda gravado con la misma.

Ahora bien, como se ha destacado, al poner la definición el énfasis en la “facultad”, la institución cobra una fisonomía distinta de la servidumbre, que acentúa la noción de “gravamen” (art. 820). La cuestión no es pura retórica. Ello, porque “El derecho real de conservación viene a agregar una nueva facultad principal: la facultad de conservar –ius conservandi-. De este modo se facilita la delineación de nuevos bienes que vienen a constituir nueva riqueza, a veces denominada capital natural, y por lo mismo, se facilita la circulación de la nueva riqueza. En este sentido, el derecho real de conservación, al estar estructurado por medio de una facultad principal y activa, su forma se focaliza en la delineación de nuevos bienes y no en la restricción de la propiedad tradicional. Es importante notar que el derecho real de conservación, analizado desde la perspectiva del derecho de propiedad o dominio será ciertamente considerado como una limitación del mismo, pero lo será en un carácter similar al derecho de usufructo. Esto lo diferencia sustancialmente de gravámenes como las servidumbres”.⁹ En el mismo sentido, se expresa en la Moción Parlamentaria: “El derecho real de conservación se distingue de la servidumbre, ya que ésta presenta una lógica y una finalidad diversas, y un objeto mucho más reducido, amén de suponer la relación necesaria entre dos o más inmuebles, unos dominantes y otros sirvientes. En cambio, el derecho real de conservación, aun cuando limita el dominio de un bien raíz, no favorece a otro inmueble determinado, como la servidumbre predial, sino a la comunidad en su conjunto: se puede afirmar entonces que se beneficia, directa o indirectamente, a todos los miembros de la sociedad, protegiendo el ecosistema para las generaciones actuales y venideras, y, en definitiva, contribuyendo al cuidado de la biosfera”.¹⁰

⁹ “Derecho Real de Conservación: Su Origen y Bases Teóricas”, en www.centroderechoconservación.org.

¹⁰ “Historia de la Ley N° 20.930”.

Cabe acotar que no era esta la mirada que inicialmente tenía el legislador. En el Proyecto de Ley respectivo, se definía el derecho de la siguiente manera: “El derecho real de conservación consiste en una limitación al dominio de un inmueble, que se constituye voluntariamente con la finalidad de contribuir a conservar el ambiente, en beneficio de la comunidad en su conjunto, cuyo ejercicio y protección quedan especialmente entregados a una persona jurídica determinada en calidad de titular, y en virtud del cual se imponen ciertos gravámenes al bien raíz afectado”.

Además, el derecho, en su definición, deja en claro que se origina en beneficio de una persona natural o jurídica determinada, y no sólo “en beneficio de la comunidad en su conjunto”, como se expresaba en el Proyecto (art. 2, inc. 1° del Proyecto). El titular del derecho, además, puede ser una persona natural, y no sólo una persona jurídica, como se planteaba originalmente.

Como puede observarse, la definición que terminó por imponerse, enfatiza que el derecho crea nueva riqueza (constituye un activo para su titular) y además se enmarca en el principio de libre circulación de la misma, al permitirse su transferencia. Esta visión del derecho permitió también que se admitiera su duración indefinida.¹¹

d) Aquello que ha de conservarse, es “el patrimonio ambiental de un predio” o “ciertos atributos o funciones de éste”. Aquí debe hacerse una prevención: por la redacción del inc. 1° del art. 2, pareciera que la frase “ciertos atributos o funciones de éste”, está referida a la expresión “predio”, que la antecedente. No es así, sin embargo. Se desprende de la Historia de la Ley y del inc. 3° del art. 3, que dichos “atributos o funciones” lo son del “patrimonio ambiental” del predio. No se trata entonces de “atributos o funciones” del inmueble, sino que de su “patrimonio ambiental”.

e) El mismo inciso 1° agrega que este derecho se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio. No se le puede imponer por ende. De no mediar la voluntad del dueño del inmueble, no puede nacer este derecho.

f) El derecho puede constituirse en beneficio de cualquier persona natural o jurídica, siempre que esté debidamente determinada.¹²

4.- Características del derecho.

¹¹ “Derecho Real de Conservación: Su Origen y Bases Teóricas”, en www.centroderechoconservación.org.

¹² En el proyecto de ley, sólo podía constituirse el derecho en favor de una persona jurídica (art. 2). El art. 5, precisaba que sólo podrían ser titulares las siguientes personas jurídicas:

1. El Ministerio de Bienes Nacionales;
2. La Comisión Nacional del Medio Ambiente;
3. La Corporación Nacional Forestal, CONAF;
4. Las Municipalidades; o
5. Las Corporaciones y Fundaciones constituidas con sujeción al Título XXXIII del Libro I del Código Civil, que tengan como objeto o fin exclusivo la conservación, preservación, promoción o protección del ambiente, la naturaleza, la biodiversidad o las áreas silvestres protegidas; o la contribución y el fomento a la educación, investigación, capacitación o formación de conciencia sobre la ecología, el cuidado del ambiente y los recursos naturales; o el manejo, control, restauración, protección o mantención de zonas, lugares o inmuebles que sean de considerable valor o interés ambiental, histórico, cultural, científico o arqueológico, que hayan sido declarados así por las autoridades públicas competentes.

Se señalan algunas de ellas en el art. 3° de la Ley. Otras podemos deducirlas de las normas de la Ley. Son tales:

a) Se trata de un derecho real, distinto del derecho de dominio.

b) Es un derecho real inmueble: el derecho se ejerce sobre un inmueble o sobre la parte de un inmueble y por ende tiene tal naturaleza (art. 580 del Código Civil). Para los efectos de la Ley, “los atributos o funciones del patrimonio ambiental del predio se considerarán inmuebles” (art. 3, inc. 2°).

c) Es un derecho que recae en cosa ajena. Por ende, es un derecho real dependiente del dominio, deben coexistir ambos derechos.

d) Es un derecho limitativo del dominio.¹³

e) Es un derecho transferible. Sin embargo, se contemplan dos excepciones a este último carácter:

- El derecho no será transferible, si las partes así lo pactaren en el contrato constitutivo (art. 9).
- Tampoco se transferirá, en principio, en el caso de una venta forzada, realizada por la ejecución promovida por un acreedor hipotecario cuya hipoteca sea preferente al derecho real de conservación. Lo anterior, a menos que el adquirente del inmueble consienta en la mantención del derecho (art. 11).

f) Es un derecho transmisible.

Si el derecho se hubiere constituido en favor de una persona natural, a su muerte lo transmitirá a sus herederos.

g) Es un derecho inembargable.

Queda por ende excluido del *derecho de prenda general* de los acreedores del titular.

Durante la tramitación del Proyecto de Ley, se discutió el punto. Se sostuvo por algunos que no había argumento alguno para establecer tal inembargabilidad. Pero prevaleció la tesis opuesta, afirmándose que el derecho importa, de algún modo, la existencia de un interés prevaleciente de la sociedad que está comprometido.

Se precisó también durante la discusión legislativa que lo inembargable es el derecho real de conservación, y no el predio sobre el cual recae.¹⁴

¹³ Se expresa en la “Moción Parlamentaria” (Boletín N° 582307) que “... concretamente el derecho real de conservación se traduce y consiste en una limitación que afecta a uno o más inmuebles, o a una parte de un bien raíz. De este modo, además de las limitaciones tradicionales fideicomiso, usufructo, uso o habitación y servidumbre, el dominio de un inmueble ahora podrá quedar gravado por el derecho real de conservación, con un claro propósito ambiental”: “Historia de la Ley N° 20.930”.

¹⁴ “Historia de la Ley N° 20.930”.

- h) Es un derecho indivisible.
- i) Es un derecho inseparable del inmueble o de la parte de él que se grava.
- j) Es un derecho que se puede constituir sobre cualquier bien inmueble, sea rústico o urbano.
- k) Es un derecho de duración indefinida, salvo que las partes acuerden lo contrario.
- l) Es un derecho que sólo puede nacer dentro de un cierto plazo. Según veremos, si no se solicita la inscripción del contrato en el plazo de 60 días, el derecho no podrá originarse.
- m) Es un derecho real de goce. Esto, como dice Hernán Corral, “en un sentido lato”, ya que la utilidad de la conservación no irá en beneficio directo del titular, sino de toda la comunidad. Además, en principio, el titular del derecho no percibirá los frutos que deriven de la conservación del inmueble.
- n) Las normas que lo regulan, como ocurre con los derechos reales, son de *orden público*. No es posible modificarlas o excluirlas de la respectiva relación jurídica. Por ello, si el contrato no se ajusta a lo previsto en la Ley, será nulo (art. 6).

5.- Titulares del derecho.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, podrá ser titular del derecho real de conservación (art. 4). Por ende, las personas jurídicas de Derecho privado podrán tener o no fines de lucro.

6.- Contrato constitutivo y adquisición del derecho de conservación.

a) Partes del contrato.

El contrato se celebra entre el propietario de un inmueble (sujeto pasivo) y cualquier persona natural o jurídica (sujeto activo). El primero se obliga a conceder el derecho de conservación. El segundo, adquiere un crédito, en virtud del cual puede exigir al dueño del predio que le constituya el derecho real de conservación. Una vez inscrito el contrato, adquiere el *ius conservandi*, es decir “el derecho a preservar”.

El art. 2 de la Ley exige que el derecho lo constituya “el propietario del predio”, de manera que debe descartarse la posibilidad de que el constituyente sea un usufructuario, por ejemplo.

Nada obsta a que cada parte esté formada por una o varias personas. Así lo establece expresamente el art. 7, N° 6.

b) Solemnidad del contrato (art. 5).

Dispone la Ley que el contrato mediante el cual se “constituye” el derecho real de conservación deberá celebrarse por escritura pública, la cual, además, servirá como título para requerir la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente (inc. 1°).

Se trata de una solemnidad propiamente tal, cuya omisión ocasionará la nulidad absoluta (art. 1682, inc. 1°) o, a juicio de otro, la inexistencia del acto en cuestión.

En rigor, no es correcto afirmar que mediante el contrato “se constituye” el derecho real de conservación, pues éste quedará en verdad constituido con la inscripción del contrato. Por el contrato, entonces, el dueño de un predio “se obliga” a constituir el derecho real de conservación en favor de una persona natural o jurídica determinada.

El contrato será el “título” y su posterior inscripción corresponde al “modo”, tradición en este caso.

El contrato en cuestión podrá ser gratuito u oneroso (art. 7, N° 3). En el primer caso, un contrato de donación por ejemplo. En el segundo caso, un contrato de compraventa por ejemplo. Como expresa Hernán Corral, “El legislador parece asumir que está hablando de un contrato innominado, pero parece claro que se aplicarán los contratos típicos que sirven para la transferencia o constitución de derechos reales, como la compraventa o la donación. La constitución gratuita del derecho real implicará claramente una donación, por lo que deberán aplicarse las reglas sobre insinuación y solemnidades para donaciones inmuebles”.¹⁵

c) Objeto del contrato.

De acuerdo a la propia definición del derecho real que nace del contrato, se trata de conservar “el patrimonio ambiental de un predio” o “ciertos atributos o funciones de éste”.

Este objeto o fin del contrato debemos relacionarlo con lo dispuesto en el art. 19, N° 24 de la Constitución Política de la República, en cuanto ahí se declara que “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y 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”.

Como puede observarse, “la conservación del patrimonio ambiental” es uno de los cinco aspectos comprendidos en la “función social” de la propiedad.

¿Qué debe entenderse por “patrimonio ambiental”? La voz “patrimonio”, en el contexto de la Ley, debemos entenderla en su acepción natural, esto es, como un conjunto de bienes. Y la palabra “ambiental”, de acuerdo al Diccionario de la Lengua, es lo “Perteneiente o relativo al ambiente”. Y de las distintas acepciones de “ambiente”, nos parece que la que mejor calza con la materia que estudiamos es aquella que lo describe como “Condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas, etc., de un lugar, de una reunión, de una colectividad o de una época”.¹⁶ Así las cosas, podríamos entender que el

¹⁵ Corral Talciani, Hernán, “Derecho y Academia. El Blog de Hernán Corral”, www.corralalciani.wordpress.com.

¹⁶ Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, 2001, tomo 1, Espasa Calpe S.A., Impreso en Argentina, p. 134.

“patrimonio ambiental” de un inmueble corresponde al conjunto de bienes que se encuentran en éste y que de acuerdo a las condiciones o circunstancias físicas, sociales, económicas, etc., se consideran relevantes para una colectividad en un momento o época determinada. Y por “atributos o funciones” de dicho patrimonio ambiental, uno o más aspectos específicos del mismo.

Como puede observarse, el “patrimonio ambiental” no se circunscribe sólo a factores ecológicos o de conservación de la flora y de la fauna de un predio o de los ecosistemas presentes en él, sino que se extiende a otros aspectos, como por ejemplo sitios de interés cultural o histórico, las edificaciones o instalaciones existentes en él, etc.

Así por lo demás se dejó en claro en la Moción Parlamentaria: “Asimismo se incluye entre los objetivos de conservación ambiental un criterio más amplio, que comprende el resguardo, mantención, restauración y protección de zonas, lugares o inmuebles que sean de considerable valor o interés además de ambiental, histórico, cultural, científico o arqueológico”.¹⁷

Lo expuesto guarda armonía también con lo dispuesto en la Ley N° 19.300. Este cuerpo legal alude a la “conservación –o protección- del patrimonio ambiental” en los arts. 1, 2 (letras b, d y m), en el encabezado del párrafo 4°, 34, 48 ter, 66, 70 (letras m, t bis y v) y 77. En su art. 1, alude a “la conservación del patrimonio ambiental” como uno de los fines esenciales de esta ley. A su vez, las definiciones contenidas en el art. 2, deben aplicarse tratándose del derecho real de conservación, según ya lo expresamos. Aunque este último precepto no define el “patrimonio ambiental”, sí conceptualiza:

- La “Conservación del Patrimonio Ambiental”: “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración” (letra b); y
- El “medio ambiente”: “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (letra II).

d) Efectos del contrato (art. 6).

En el contrato constitutivo se establecerán los gravámenes al inmueble, que tendrán como finalidad la conservación del patrimonio ambiental. 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. La Ley señala que estos fines pueden ser “inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola, forestales o de otro tipo”. Considerando la expresión final “o de otro tipo”, debemos entender que estos fines son meramente ejemplares.

Resulta evidente que esta *Restricción o prohibición* le imponen al dueño del inmueble gravado, una *obligación de no hacer*. En efecto, se le impide darle al predio un

¹⁷ “Historia de la Ley N° 20.930”.

determinado fin, aunque las normas de la Ley de Urbanismo y Construcciones y las de su Ordenanza o los respectivos instrumentos territoriales a que alude la primera u otras normas de esa índole lo permitan.

En todo caso, el fin o los fines a los que no puede destinarse el predio, deben estar debidamente “determinados”.

La respectiva obligación de no hacer, además, puede ser de distinta intensidad. En algunos casos, puede imponer una “restricción”, de manera que el predio pueda destinarse a cierto fin, pero respetando ciertas restricciones (por ejemplo, si se trata de un predio en el cual se emplaza fauna y flora nativa, podría convenirse que el dueño sólo podrá permitir que ingresen mensualmente al lugar un número determinado de turistas). En otros casos, puede tratarse derechamente de una “prohibición”, lo que supone excluir completamente ciertas actividades en el predio (por ejemplo, estipular que durante cinco años no podrán ingresar turistas o excursionistas al lugar).

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.

En este caso, se le impone al dueño del predio *obligaciones de hacer*, sea que deba cumplirlas directa o personalmente (“hacerse cargo”), sea que deba cumplirlas a través de terceros (“contratar servicios”).

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.

También nos encontramos ante una *obligación de hacer* que asume el propietario del inmueble, conforme a un “plan de manejo” que debe quedar explicitado en el contrato. Dicho “plan de manejo” podrá ser ejecutado directamente por el propietario del predio, o eventualmente encomendarle la ejecución a un tercero, caso en el cual el propietario del predio deberá supervisarlos. Todo ello de acuerdo a lo convenido por las partes en el contrato constitutivo.

En todo caso, al expresar el inciso 1° del art. 6 que las partes deberán acordar “al menos” una de las prohibiciones, restricciones u obligaciones mencionadas, deja en claro que las partes podrían estipular otras, que respondan al mismo fin de la institución y siempre que sean específicas. La norma no es taxativa por ende.

Se podrán fijar límites de montos para las obligaciones pecuniarias que se acuerden, así como convenir plazos diferentes para el cumplimiento de los distintos gravámenes que se establezcan (art. 6, inc. 2°).

El derecho real de conservación se extiende a todas las servidumbres activas constituidas a favor del inmueble y está sujeto a todas las servidumbres pasivas preexistentes, o a las nuevas que se puedan establecer por el dueño del predio sin vulnerar este derecho, o que se impongan posteriormente por mandato legal (art. 6, inc. 3°).

Señala la ley en qué casos –sin perjuicio de las normas de carácter general- serán nulos los contratos en que se estipulen gravámenes al inmueble:

- i.- Que no sean específicos;
- ii.- Que sólo consistan en obligarse a cumplir normas vigentes; o

iii.- Que no se ajusten a lo dispuesto en la Ley N° 20.930 (art. 6, inc. 4°).

En los tres casos recién indicados, la nulidad es absoluta. En el primer caso, por falta de objeto (el objeto del contrato es indeterminado). En el segundo caso, por falta de causa (pues la obligación de cumplir las normas vigentes emana de la ley). En el tercero, por objeto ilícito (la Ley está prohibiendo celebrar un contrato para constituir un derecho real de conservación, que no se ajuste a los términos de aquella).

No le será lícito al propietario impedir, obstaculizar o perjudicar el ejercicio del derecho real de conservación (art. 6, inc. 5°). Esta norma es una consecuencia natural de lo previsto en los arts. 1545 y 1546 del Código Civil (ley del contrato y ejecución de los contratos de buena fe).

A su vez, el titular del derecho real de conservación podrá o no asumir obligaciones. Estas podrían ser obligaciones *de dar* –pagar una suma de dinero o precio por ejemplo- o *de hacer* o *no hacer* (art. 7, N° 3: en el contrato se deberá señalar “... el monto de dinero u otras contraprestaciones que las partes acuerden...”).

A su vez, el derecho real de conservación no confiere a su titular, en principio, *el ius fruendi*, disponiendo el art. 6, inc. final, que no faculta a su titular para percibir los frutos naturales o civiles que deriven de la conservación del inmueble, salvo en aquello que se acuerde explícitamente entre las partes. La percepción de frutos, entonces, exige cláusula expresa.

En todo caso, como se ha observado, “... el inmueble gravado con este derecho no constituye un área protegida para los efectos del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), lo que tiene implicancias relevantes desde el punto de vista legal. Tampoco es esperable que la autoridad ambiental lo considere como tal, pues no cumple cabalmente con los requisitos para ello, particularmente, con el de ser colocado bajo ‘protección oficial’ por medio de un ‘acto de autoridad’”.¹⁸

e) Menciones del contrato constitutivo.

De conformidad al art. 7 de la Ley, el contrato constitutivo deberá contener, al menos, las siguientes menciones:

1) La individualización completa de las partes, esto es, del propietario del inmueble y del titular del derecho.

2) La identificación clara y precisa del o de los bienes raíces gravados, con sus correspondientes deslindes. Se deberá anexar un plano, suscrito por los comparecientes, en que se grafique el inmueble o la parte de él que se grave, y que se entenderá formar parte del contrato. El plano deberá cumplir los siguientes requisitos:

i.- Indicar los datos de inscripción del bien raíz en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente, su ubicación y la región, provincia y comuna a que pertenezca.

ii.- Incluir los deslindes del inmueble.

¹⁸ NewsAlert, Carey y Cía Ltda, www.carey.cl

La ley habla de “anexar” el aludido plano, pero entendemos que más bien debe ser protocolizado al momento de otorgar la escritura pública dejando constancia en ésta de ello y posteriormente adjuntarlo en el Conservador de Bienes Raíces para su pertinente archivo.

- 3) La declaración de si la constitución es a título gratuito u oneroso. En este último caso, se deberá señalar el monto de dinero u otras contraprestaciones que las partes acuerden.
- 4) La indicación del o de los gravámenes acordados.
- 5) La duración del derecho real de conservación, si la hubiere. Por ende, si nada se indica, el derecho será perpetuo o indefinido.
- 6) La declaración de si el derecho se constituye a favor de dos o más titulares, o si el o los bienes raíces gravados pertenecen a dos o más dueños, casos en los cuales se deberán indicar en el contrato las obligaciones y derechos de cada uno. De esta manera, si el derecho real de conservación se constituye a favor de dos o más personas, deben indicarse los derechos de cada una de ellas. Y si se constituye por dos o más propietarios, deben singularizarse las obligaciones que asume cada uno de ellos.

f) Inscripción del contrato constitutivo.

Regula lo concerniente a la inscripción el art. 8 de la Ley, estableciendo las siguientes reglas:

- 1) La inscripción del contrato mediante el cual se constituye el derecho real de conservación en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, así como sus modificaciones, es “requisito, prueba y garantía del mismo”.¹⁹ Se explica que la inscripción sea “requisito” del derecho, pues éste sólo puede adquirirse en virtud de la tradición y ésta se produce precisamente con la inscripción del contrato, de conformidad a lo previsto en el art. 686 del Código Civil. La inscripción prueba también la existencia del derecho y sirve de garantía al mismo. Puesto que prueba el derecho, quien señale ser titular del derecho, le basta para probarlo exhibir la inscripción vigente a su favor. Al operar como garantía, significa que el derecho real no se pierde, sino en la medida que otro lo adquiera y lo inscriba a su nombre, cancelándose la inscripción precedente (a menos que opere alguna de las causales de término contempladas en el art. 12 de la ley).
- 2) La mencionada inscripción se requerirá dentro del plazo de sesenta días corridos, contado desde la fecha de celebración del contrato constitutivo. Nada dice la Ley para el caso de que la inscripción no se solicite dentro de este plazo fatal. Debiéramos entender que el Conservador de Bienes Raíces competente no podrá inscribir el contrato y por ende el derecho real no podrá nacer. Esto altera lo dispuesto para los demás derechos reales que se constituyen sobre inmuebles, cuyos respectivos títulos no tienen un plazo para ser inscritos.
- 3) La inscripción deberá incluir, a lo menos, las menciones enumeradas en el art. 7 de la Ley y, además, en lo que corresponda, lo establecido en el art. 78 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Tales son:

¹⁹ Recuérdese que estas tres expresiones se emplean para referirse a la posesión de los bienes inmuebles (arts. 724, 924, 728 y 2505 del Código Civil).

- i.- La fecha de la inscripción.
- ii.- La naturaleza, fecha del título y la oficina (es decir la Notaría) en que se guarda el original.
- iii.- Los nombres, domicilios y apellidos de las partes.
- iv.- El nombre (si lo tuviere, tratándose de un predio rústico) y linderos del fundo.
- v.- La firma del Conservador.

g) Transferencia del derecho real de conservación.

Conforme al art. 9 de la Ley, se podrá transferir el derecho real de conservación a cualquier título, salvo que en el contrato original se estipule algo diverso. Habrá que atenerse por ende al tenor del contrato constitutivo, para determinar si el derecho es no transferible.

El respectivo acto o contrato por el cual se transfiera el derecho, deberá celebrarse por escritura pública y practicarse la pertinente inscripción. A este respecto, se aplicarán, en lo que corresponda, los artículos 4, 5, 6, 8 y 10. En consecuencia:

- 1) Se podrá transferir el derecho a cualquier persona natural o jurídica (art. 4).
- 2) El contrato respectivo deberá celebrarse por escritura pública (art. 5).
- 3) En él, se hará referencia a las prohibiciones, restricciones y obligaciones pactadas en el contrato constitutivo (art. 6).
- 4) El contrato deberá inscribirse de la misma manera que el contrato constitutivo (art. 8).

h) Modificaciones al contrato constitutivo.

Si se modificare el contrato constitutivo, deberán cumplirse las mismas formalidades y requisitos exigidos para su constitución (art. 10).

i) Otros modos de adquirir el derecho real de conservación.

Además de la tradición, ¿qué otros modos de adquirir podrían operar respecto del derecho real de conservación? Por cierto, debemos descartar la ocupación, pues se trata de una cosa incorporal inmueble. Tampoco podría operar la accesión, pues no resulta concebible que un derecho real de conservación se “una” a otro derecho. Sí puede operar la sucesión por causa de muerte, por expresa indicación de la Ley. En cuanto a la prescripción adquisitiva, creemos que también puede operar, por al menos tres razones: la primera, porque de acuerdo al art. 2498, inc. 2°, se ganan por este modo los derechos reales “que no están especialmente exceptuados”; la segunda razón, porque conforme al Proyecto de Ley, se propuso incorporar al aludido art. 2498 un inciso 3° que indicare: “No podrá adquirirse por prescripción el derecho real de conservación”. Pero dicha propuesta no fue acogida. Por ende, *a contrario sensu*, debe concluirse que el derecho es prescriptible. La tercera razón, porque al enunciarse las características del derecho real de conservación, no se incluye entre ellas el carácter “imprescriptible” del derecho.

7.- El derecho de conservación en relación a otros derechos sobre la cosa.

Se preocupa la Ley de establecer la relación entre el derecho real de conservación y los demás derechos reales que puedan constituirse sobre el mismo inmueble. Para tal efecto dispone la siguiente prelación: los derechos reales constituidos con anterioridad al derecho real de conservación preferirán a este último. Tratándose de derechos reales convenidos con posterioridad, prevalecerá el derecho de conservación (inc. 1° del art. 11).

En relación al derecho real de hipoteca, establece la ley una especie de “purga” del derecho real de conservación (inc. 2° del art. 11). Para ello, se requiere:

- a) Que se trate de la ejecución de una hipoteca “preferente” al derecho real de conservación. En consecuencia, si se trata de una hipoteca constituida después de haberse constituido el derecho real de conservación, no operará la purga en cuestión.
- b) Que en el marco de la ejecución seguida por el acreedor hipotecario preferente, se enajene el inmueble. Es decir, que el juez de la causa ordene la subasta del inmueble. Creemos que si la enajenación se verifica de otra forma (por ejemplo, por consentir el acreedor hipotecario en la venta privada del inmueble), no se purgará el derecho de conservación, pues el precepto exige que la enajenación se lleve a cabo “en virtud de la ejecución”, frase que conduce al remate judicial. Además, la norma alude a “pública subasta ordenada por el juez”.

Sin embargo, no se extinguirá el derecho real de conservación contra el adquirente de la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez, cuando habiendo sido citado dicho tercero personalmente, dentro del término de emplazamiento del juicio ordinario, optare por la mantención del derecho de conservación. Si por el contrario, optare por su extinción o si nada dice, es decir no ejerce este derecho de opción, se entenderá que el derecho real de conservación se extingue.

Esta salvedad ha generado críticas de la doctrina por su confusa redacción. Señala al efecto Hernán Corral: “... en una norma cuya redacción no podemos sino calificar de desafortunada, se establece una excepción a esta regla [extinción del derecho de conservación] y se admite que el derecho de conservación no se extinga aunque se ejecute una hipoteca de fecha anterior (...) Para intentar dar un sentido a esta norma, hay que recurrir a la historia del establecimiento de la ley, y en particular al Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado (19 de noviembre de 2015, Boletín N° 5.823-07). Se verá, entonces, que la preocupación de los legisladores era que el adquirente del bien subastado por la hipoteca preferente perdiera el gravamen del derecho real de conservación que un tercero tenía sobre él. Por ello, se quiso que este adquirente (en realidad, un comprador en pública subasta) tuviera la posibilidad de optar por la no extinción del derecho real. La verdad, no se observa por qué motivo un adquirente de un inmueble podría preferir adquirirlo gravado con un derecho real que limitará su dominio. Al parecer, se supuso que ciertos bienes inmuebles incrementarían de valor al tener a un tercero que ejerce una especie de supervisión de su patrimonio ambiental mediante este derecho real. Si fuera este el caso, se entiende que se dé la elección de mantener el derecho real, pero no se comprende por qué habría de citarlo personalmente y esperar el término de emplazamiento del juicio ordinario para que haga su elección”. Agrega que “... si el adquirente subasta el inmueble debería hacer la elección de mantener el derecho real en ese mismo acto. No obstante, tratando de acatar el texto de la ley, una vez hecha la

subasta y determinada la persona del adquirente, deberá ser notificado personalmente y hacer una presentación al tribunal declarando su voluntad de mantener el derecho de conservación dentro del término de emplazamiento del juicio ordinario. El juez deberá oficiar al Conservador de Bienes Raíces para que no cancele la inscripción del derecho real de conservación”.²⁰

De cualquier manera, cabe advertir que el derecho real de conservación no se extinguirá, si el inmueble fuere subastado a consecuencia de la ejecución promovida por un acreedor que no tenga la calidad de acreedor hipotecario preferente, dados los términos del inc. 2° del art. 11. Esto puede perjudicar al derecho de prenda general de los acreedores, pues si el deudor constituye el gravamen, puede presumirse que ello desincentive a los terceros interesados en concurrir a la subasta del inmueble, pues si lo adquieren, deberán hacerlo con dicho gravamen.

8.- Extinción del derecho de conservación.

El art. 12 dispone, en primer lugar, que el derecho de conservación “se extinguirá por las causales generales de terminación de los derechos reales”. En verdad, no existen tales “causales generales” en el Código Civil. Cada derecho real tiene previstas sus causales de extinción o cuando no existe norma expresa, ellas se deducen del contexto de las normas que los regulan. Dado que el inc. 3° del art. 1 de la Ley señala que en lo no previsto en ella se aplicarán ciertos preceptos del Código Civil atinentes a las servidumbres, se ha dicho que deben aplicarse las causales de extinción del derecho de servidumbre, previstas en los arts. 885 a 888 del Código Civil, y entre ellas, la que establece que se extinguirá el derecho por haberse dejado de gozar durante tres años.²¹

En verdad, nos parece dudosa esta asimilación a las normas de las servidumbres, pues el aludido inc. 3° del art. 1 no dice que en lo no previsto en esta Ley se aplicarán en general las normas del Código Civil relativas a las servidumbres, sino sólo los cuatro artículos a los que se hizo referencia.

Agrega acto seguido el art. 12 tres causales especiales de extinción del derecho:

- a) Por la transferencia del bien gravado, de conformidad con el inc. 2° del art. 11. Como se expresó, debe tratarse de una venta forzada, hecha en pública subasta, a instancias de un acreedor hipotecario preferente, seguida de la ulterior tradición.
- b) Por la disolución de la persona jurídica que fuere titular del derecho, “salvo estipulación en contrario”. La salvedad debe entenderse para el caso que se hubiera estipulado un sustituto, para el caso de extinguirse la persona jurídica titular del derecho real.
- c) Por la expropiación del inmueble gravado. Si se expropiare parcialmente, subsistirá el derecho real de conservación sobre la parte no expropiada, si fuere posible. Lo anterior será sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan. Esta última frase debe entenderse tanto en relación al propietario del inmueble gravado cuanto al titular del derecho real de conservación. Ambos tendrán derecho a ser indemnizados.

²⁰ Corral Talciani, Hernán, ob. cit.

²¹ Corral Talciani, Hernán, ob. cit. Recuérdese que de manera excepcional, el derecho de servidumbre se puede extinguir por la prescripción *extintiva*, siendo la regla general que un derecho real sólo se pueda extinguir por la prescripción *adquisitiva*.

El inc. 2° del art. 12 establece que las prestaciones mutuas a que pudiere dar lugar el término del derecho real de conservación se regularán por las normas contempladas en los arts. 904 a 914 del Código Civil.

9.- Procedimiento aplicable en caso de conflictos.

Dispone el art. 13 que el procedimiento aplicable a la resolución de los conflictos derivados de la aplicación de esta ley, se sujetará a las reglas del procedimiento sumario.

Se aplicarán por ende los arts. 680 a 692 del Código de Procedimiento Civil.

10.- Principales materias en el Código Civil, en las que incide la Ley N° 20.930.

En el Proyecto de Ley, se propuso modificar una serie de artículos del Código Civil, lo que finalmente no prosperó. Sin embargo, no hay duda que la creación de este nuevo derecho real incide en una serie de materias reguladas por el Código de Bello. Las más importantes son, a nuestro juicio:

a) A los derechos reales enumerados en los arts. 577 y 579, y a los denominados “derechos reales administrativos” (como el de aprovechamiento de aguas y el del concesionario de una obra pública) debemos agregar el derecho real de conservación.

b) A las limitaciones al dominio (o “derechos reales limitados”) enumeradas en el art. 732, cabe adicionar la del derecho real de conservación.

c) Conforme al art. 254, el padre o madre titulares de la patria potestad, deben obtener autorización judicial.

d) Si el derecho perteneciere a un heredero, sólo podrá disponer de él una vez practicadas las inscripciones previstas en los números 1 y 2 del art. 688. Y si los herederos fueren dos o más, deberán disponer del derecho actuando “de consuno”.

e) Está amparado el derecho por las acciones posesorias, de acuerdo al art. 916.

f) Se desprende del art. 1725, N° 5, que el derecho ingresará al haber real, si se adquiere a título oneroso. En cambio, si se adquiere a título gratuito, ingresará al haber propio del cónyuge adquirente, conforme al art. 1726.

g) De acuerdo al art. 1749, el marido necesitará de la autorización de la mujer o de la justicia en subsidio, si se trata de un inmueble social.

h) Se desprende del mismo precepto y del art. 1754, que el marido necesitará de la autorización de la mujer, si se trata de un inmueble perteneciente a ésta.