

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXIII — ENERO - MARZO DE 1965 — Nº 131

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

**MANUEL SANHUEZA CRUZ
EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES**

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA CONCEPCION — (CHILE)

FERNANDO FUEYO LANERI

**Profesor Extraordinario y Ordinario
de Derecho Civil en la Universidad de Chile**

**EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA
FRENTE A UNA SENTENCIA SOBRE DELITO
DE APROPIACION INDEBIDA**

S U M A R I O:

1.—Palabras preliminares. 2.—Análisis de las modalidades comerciales de operabilidad; A) Compraventa de árboles en pie; B) Explotación por cuenta del dueño encargando la obra a un "contratista"; C) Contrato de explotación mancomunada de maderas. 3.—El contrato de explotación mancomunada de maderas como figura en juego en la especie. 4.—Comunidad sobre las maderas elaboradas. 5.—Respecto de cada copartícipe, ¿hay dominio, hay posesión, hay mera tenencia? 6.—Consecuencias de existir durante la indivisión sólo mera tenencia respecto de especies. 7.—La sentencia sobre apropiación indebida en sus aspectos civiles.

1.—PALABRAS PRELIMINARES

En relación con la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción (Chile), de 26 de Junio de 1963, sobre delito de apropiación indebida, he creído del caso hacer un comentario sobre los más importantes aspectos básicos, en el orden **civil**, que un fallo de esta naturaleza debe contener necesariamente.

Las conclusiones subsiguientes, de carácter **penal**, corresponderán, sin duda, a especialistas del ramo.

Advierto, de modo especial e intenso, la importancia de

los estudios conjuntos de casos penales por parte de privatistas y penalistas. Esto ha sido escasamente explotado en Chile y aún en muchos otros países. Anhelando que llegue a formarse el hábito de hacerlo es que vuelve a ser grato para mí este trabajo.

He tenido oportunidad de aplicar aquí, además, mi experiencia personal, de otro tiempo, como abogado de empresa maderera, habiendo servido especialmente a una por espacio de 12 años continuos.

2.—ANÁLISIS DE LAS MODALIDADES COMERCIALES DE OPERABILIDAD

Para llegar, en último término, a la conclusión penal relacionada con el caso judicial que motiva este estudio, es indispensable conocer previamente las modalidades del trato comercial inherente al aprovechamiento industrial del bosque. En otras palabras, es preciso empezar por conocer la realidad (1).

Las tres modalidades fundamentales que en seguida se abordarán, son: A) Compraventa de árboles en pie; B) Explotación por cuenta del dueño encargando la obra a un "contratista"; C) Contrato de explotación mancomunada de maderas.

A.—Compraventa de árboles en pie.

Entre las modalidades en uso, sin duda la más simple —tal vez por pertenecer a catalogación jurídica tradicional— es aquella consistente en la venta de los árboles en pie.

(1) A propósito de realidad, nada más oportuno que recordar aquí el sabio consejo de César Vivante, en su "Trattato di Diritto Commerciale" y que Garrigues realza y hace también suyo: "No se aventuren jamás en una exposición jurídica si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica de la institución que es objeto de su estudio: recojan en las Bolsas, en los Bancos, en las agencias y en las sociedades mercantiles el material necesario para comprender aquella estructura y aquella función. Es una deslealtad científica y un defecto de probidad hablar de una institución para fijar su disciplina jurídica sin conocer aquella a fondo en su realidad. Si el Derecho tiene por finalidad regular los efectos de una institución, es evidente que el estudio práctico de su naturaleza debe preceder el estudio del Derecho" (Joaquín Garrigues: "Contratos Bancarios", página 8. Silverio Aguirre, Madrid, 1958).

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

39

El dueño del suelo en que se encuentran los árboles desea el aprovechamiento; pero sin realizar las labores de explotación. Carece de organización para ello, o bien de capital suficiente, o simplemente no desea afrontar una empresa de esta naturaleza.

Por otra parte, existe persona idónea para realizar la explotación, que viene actuando en este giro desde tiempo atrás, ya sea en bosques propios adquiridos por compra del suelo, ya sea por simple compra de los árboles.

Entre el dueño del predio, por una parte, y el industrializador del bosque, por la otra, se estipula, entonces, la **compraventa de los árboles en pie**. Se excluye, pues, el suelo en que se encuentran los árboles.

El precio se ajusta en relación con una cifra alzada, sin sujeción a unidades en pie o a resultados. Lo primero porque es imposible un cálculo exacto de unidades en pie (2). Lo segundo porque el dueño del suelo quiere, precisamente, desligarse totalmente del problema, incluso del control del resultado de la explotación (3).

En esta modalidad de explotación, los **riesgos** del dueño del suelo consisten, principalmente, en que el tercero se exceda en los límites o deslindes de la explotación, abarcando extensiones no comprendidas en el contrato, o bien, en la extralimitación del tiempo estipulado para la terminación de las faenas, manteniendo por más tiempo que el necesario los riesgos inherentes a la ocupación por grupos más o menos numerosos de personas, a la vez que postergando la iniciación de replantaciones o de cultivos por parte del dueño del suelo.

Además, y esto rige también para las dos modalidades que se tratarán más adelante, especialmente la última, el dueño

(2) Salvo el caso del pino insigne en casos de plantaciones de pequeña extensión.

(3) A este respecto, la **excepción** la constituiría la venta del nosque con pago del precio a través de la fórmula llamada "**derecho de puerta**", que constituye un tanto por pulgada de madera explotada que se retira del fundo por el industrializador. Es un precio aleatorio para el dueño del suelo, pues corre a la vez una cierta suerte con el industrializador. Es más bien una submodalidad correspondiente al tipo "**contrato de explotación mancomunada**" que se analizará más adelante.

del suelo se interesa por la explotación de todos los árboles existentes en la extensión relativa al contrato, sin discriminar entre árboles de mayor aprovechamiento y que, sin embargo, tienen igual costo de explotación (4).

Dichos árboles materia de contrato son, indudablemente, **inmuebles por adherencia**, o, como dicen otros, por incorporación, puesto que están "in corpore" en el cuerpo del inmueble por excelencia, que es el suelo. Constituyen los árboles, justamente, el ejemplo que da el Código Civil de cosas inmuebles por adherencia en la disposición pertinente, que es el artículo 568.

Sin embargo, con motivo de esta compraventa, se les considera fingidamente **muebles**, y se les denomina con suficiente razón "**muebles por anticipación**". Dispone al efecto el artículo 571 del Código Civil: "Los productos de los inmuebles y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, **la madera y frutos de los árboles...** se reputan muebles, aún antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño" (5).

Más adelante, en el párrafo dedicado a la tradición de las cosas corporales muebles, una disposición expresa —el artículo 685— señala la forma específica de hacerse la tradición de dichos muebles por anticipación. "La tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos", actuándose para estos efectos "con permiso del dueño" del predio. En la misma disposición recién citada, el Código consagra luego el derecho de acceso a la propiedad ajena para efectos de cogerse los frutos que se deben, advirtiendo la necesidad de fijarse previamente "el día y hora de común acuerdo con el dueño".

B.—Explotación por cuenta del dueño, encargando la obra a un "contratista".

Otra modalidad posible la constituye la explotación del bosque por cuenta del dueño del suelo; pero sin hacerlo directa-

(4) No queda comprendida la obligación de destroncar por el explotador de los árboles, pues esto importa otras y muy costosas labores y para ello se requeriría, naturalmente, pacto expreso.

(5) Ver, en relación con esta disposición, la nota de **Andrés Bello** al artículo 574 del Proyecto Inédito.

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

41

mente, con organización, capital y riesgos propios, sino que encargando la obra a un tercero. El vulgo ha denominado **"contratista"** a dicho tercero, y la explotación respectiva se ha llamado **"a contrata"**. Así, el dueño del suelo en que están los árboles dice en su lenguaje habitual: **"estoy explotando a contrata"**.

El pago al **"contratista"** se acostumbra a tanto por pulgada que se obtenga en la explotación.

El **"contratista"** es un verdadero empresario que, contando con elementos materiales completos, de su exclusivo dominio, y una organización que comprende personal en relación legal exclusivamente con él, se obliga a convertir los árboles en pie en madera elaborada primariamente (6), a cambio de un precio unitario por pulgada resultante (7).

Nos encontramos en este caso frente al llamado **contrato de obra**, aunque entre nosotros, con mayor frecuencia, **"arrendamiento de obra"** o **"contrato para la confección de obra material"**.

Según la doctrina universal, es un contrato bilateral por el que una parte se obliga a pagar una remuneración o precio a la otra por la realización de una obra, la que puede consistir en la creación o modificación de una cosa y también en cualquier otro resultado a producir por el trabajo o la prestación de servicios (8).

Esta figura tiene varias otras afines que se le aproximan, entre ellas particularmente el contrato de prestación de servicios, o arrendamiento de servicios según la terminología nuestra. Sin embargo, el trabajo mismo o prestación de servicios no es

(6) Digo **"elaborada primariamente"** porque es el mínimo de elaboración, siendo que se entiende por elaborada, en sentido estricto, la madera que ha sido cepillada.

(7) En la zona de explotación de especies autóctonas, el dueño del suelo generalmente se compromete a voltear los árboles, convertirlos en trozos —entre 2 a 7 y aún más por árbol— y conducirlos con bueyes propios hasta el lugar en que se encuentra instalado el **"contratista"** con su banco.

(8) En este sentido, **Karl Larenz: "Derecho de Obligaciones", Tomo II, página 305. Traducción. Bosch. Barcelona, 1959.**

debido como tal en el contrato de obra; es sólo un medio para el resultado que se pretende obtener.

En nuestra legislación el contrato se rige específicamente por los artículos 1996 a 2005 del Código Civil, y sobre la materia se ha elaborado una excelente Memoria de Prueba (9).

C.—Contrato de explotación mancomunada de maderas.

Con este nombre —que es a la vez calificación jurídica— puede rotularse el acuerdo entre el dueño del suelo o del bosque y el tercero que industrializa por cuenta propia.

El contrato consiste, en suma, en la reunión de factores o fuerzas al servicio de una finalidad o resultado económico.

Se aprovechan los árboles en pie, del dueño del suelo, para convertirlos en piezas madereras comerciables, mediante la ejecución industrial que realiza un tercero por su cuenta y para lo cual dispone de medios y organización propios. Uno aporta los árboles, el otro la explotación. Uno aporta la naturaleza, y el otro el capital y el trabajo (10).

La madera resultante de la explotación se reparte en una proporción convenida, que puede ser por mitades, o bien en un 40% para el dueño de los árboles y en un 60% para el que realiza la explotación (11).

Dicho reparto no es meramente por unidades de madera resultante, y no podría serlo tampoco, como se explicará en seguida.

En efecto, del árbol se obtienen formas fundamentalmente diferentes en lo físico y en su valor comercial. Si de pino y maderas similares se trata, se obtiene canto vivo, que es lo de mayor valor, y luego cuartones y tapas. Si se trata de especies autóctonas, se obtiene sólo canto vivo de tres categorías diferentes, según se pormenorizará más adelante.

(9) Jorge W. Manríquez Campos: "El contrato de obra y su jurisprudencia". Editorial Universitaria, S. A. Santiago de Chile, 1960.

(10) Por descartado queda que se trate de una sociedad, aunque se use la expresión "aporte", pues el sentido aquí empleado es el amplio.

(11) Esta última proporción diferenciada es de hace pocos años, y se ha dado como razón el alza de los costos de producción, no compensada suficientemente por los mayores precios alcanzados por la madera.

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

43

Si bien los cuarterones y las tapas de pino y similares son, en su serie respectiva, de un mismo mérito comercial, y admiten distribución por simple número, la madera de canto vivo, de cualquier especie, está sujeta a distinciones, y, según ello, el reparto se hará por el valor o mérito que representen las piezas respectivas, ya no solamente por unidades.

En maderas de canto vivo se requiere, pues, una clasificación previa; muy primaria en un caso, más compleja en otro, según se dirá en seguida.

Así, tratándose de pino o ciprés (12), las especies de canto vivo se aprecian por su ancho, que pueden ser de 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 pulgadas. El mayor valor comercial de la pieza de canto vivo depende del mayor ancho.

¿Sería lo mismo, entonces, repartir por simple número de piezas, o, lo que sería más burdo aún, por "posturas" simplemente, y esta postura para mí y esta otra para tí, a lo que salga de la postura tal para mí como equivalente a lo que me falta por cobrarme en la distribución? (13).

¿Sería lo mismo, por otra parte, dar a uno de los sujetos interesados en la partición el 80% de las unidades que tienen de ancho 10, 11 y 12 pulgadas, que son justamente las más apreciadas, o bien sólo el 10% de las piezas de esos anchos privilegiados?

Por eso, para efectos de una distribución que refleje verdaderamente la proporción genérica y global estipulada, las partes contratantes confeccionan una lista de maderas resultantes de la explotación y luego la firman en señal de aprobación de la

(12) Que es la madera del caso judicial que sirve para este estudio, y que es propia de la zona comprendida entre Talca y Mulchén (Chile), más o menos.

(13) "Postura" es un término típico del ramo. Viene de poner, y lo que se pone o instala es el "banco" con todos sus accesorios para aserrar los "trozos", que son las 3 a 6 o más piezas todavía cilíndricas en que se ha dividido el árbol. Para una explotación de 50.000 pulgadas, como en el caso del proceso en comentario, bastan 2 posturas, y si fueren tres sería por circunstancias especiales y ya resultaría anticomercial en los casos generales.

existencia clasificada. Es un verdadero **inventario por unidades clasificadas** que las partes aprueban.

En seguida viene, lógicamente, la **distribución** equitativa que se conforma a la proporción simplemente abstracta que las partes han estipulado, pues han dicho que se repartirán, lo que resulte, "por mitades", o "en un 40% y 60%", o lo que sea, pero sin especificar más, que, de cualquier modo, resulta físicamente imposible al tiempo de celebrarse el contrato cuando están los árboles en pie.

La equidad de la distribución es más fácil conseguirla tratándose de **cuartones y tapas**, pues bastará distribuir numéricamente cada una de estas formas; pero, ¿es lo mismo tratándose de las piezas de **canto vivo**, cuyos anchos son variables y determinan por sí mismos variados valores, sin contar que las proporciones cambian según elaboración practicada y según lo permita en último término el bosque?

Más todavía, ¿cómo podría descartarse de antemano los posibles acuerdos de los interesados para recibir cada uno medidas y unidades diferentes, si bien en un plano de equivalencia o compensación, y esto aun combinando el canto vivo con los cuartones y tapas?

Tratándose de las **especies madereras vírgenes**, como el raulí y el roble, y varias otras más, se obtiene de la explotación una sola forma fundamental: canto vivo. Sin embargo, las piezas de canto vivo se someten a **clasificación** que es más compleja en comparación con la hipótesis que acaba de abordarse. En efecto, la madera de canto vivo admite una subdistinción en estas **tres categorías** diferentes fundamentalmente en cuanto a calidad y valor comercial: una se denomina "**primera a tercera**" (I/III), otra "**cuarta**" (IV), y la otra "**quinta**" (V) o "**desecho**" (14).

(14) Para apreciar mejor las marcadas diferencias, señalaré a continuación los precios actuales medios del raulí, por pulgada puesto Estación Villarrica (Chile): E° 4,50 E° 3,50 y E° 2,60 respecto de cada una de las categorías de canto vivo. (Estos valores deben entenderse a la fecha en que el autor elaboró su trabajo: comienzos del año 1964. **Nota de la Redacción**).

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

45

Pero no es sólo la catalogación múltiple lo que dificulta y retarda el inventario respectivo, y a su vez repercute de igual modo en la distribución equitativa entre los copartícipes. Es que la referida clasificación constituye una verdadera **especialización** e impone una gran responsabilidad para quien la realiza.

Para empezar, a diferencia de lo que sucede en la hipótesis del pino o del ciprés, antes vista, los copartícipes no intervienen en la catalogación. Mal podrían hacerlo si a su condición de interesados, con intereses contrapuestos, se une la necesidad de aplicar un criterio técnico y uniforme, que es al propio tiempo uniforme respecto de un conjunto de explotaciones a través de prolongados años.

Este verdadero perito, llamado "**agente maderero**", o con su denominación más específica de "**clasificador**", empieza por dirigir el movimiento de maderas para su almacenamiento en su propia cancha, a veces a distancia apreciable del lugar de producción de la madera. Allí se reúne la madera en rumas o castillos, cada uno de éstos según su clase y con un rótulo que designa el nombre o marca del o los dueños y la catalogación que se le ha señalado por el "**agente**" (15).

En suma, la naturaleza de las cosas exige, en cualquiera de las dos hipótesis de tipos madereros que se han señalado, una verdadera **partición de bienes**, siendo el haber un conjunto de maderas elaboradas resultantes de una explotación dada. Estas maderas requieren **catalogación** o **clasificación** más o menos pormenorizada respecto de las piezas llamadas de **canto vivo**; en

(15) Existen no menos de 3 "**agentes**" madereros por Estación ferroviaria de zona productora de maderas. Son personas de reconocida y antigua reputación, con canchas propias para clasificar y luego almacenar por tiempo más o menos prolongado. Con su firma puesta al pie de la "**lista**" de maderas que se ofrece en venta, puede darse por existente la madera y por aprobada la clasificación, sin previo examen de la misma por el comprador, sin verla éste siquiera. Su nombre de "**agentes**" proviene del carácter de representantes de firmas madereras, sea para comprar, para vender o simplemente para despachar lo que de esas firmas tienen en cancha. Como vemos, son o pueden ser **corredores**, **agentes**, **depositarios**, **peritos**, y, a veces, hasta **árbitros** para dirimir dificultades que las partes le someten a su decisión.

éstas se distingue simplemente **anchos**, o bien **3 categorías diferentes** entre sí. En un caso la distribución puede hacerse por los **propios interesados**; en el otro la naturaleza de las cosas obliga a la partición por **tercero calificado** dentro del ramo maderero.

Esta partición, como cualquiera otra del uso común, empieza por la confirmación de **quiénes** son los copartícipes y **cuáles** son los bienes que integran el inventario. Sobre dicha base se hace la **distribución** equitativa que ha de corresponder a las **cuotas** o **proporciones** prefijadas en el contrato de explotación.

Por descartado se da que, sin previo **inventario** aprobado por las partes o por el perito, o sin llevarse previamente las maderas a la masa partible, o sin **acuerdo** o **resolución** sobre la distribución materialmente ajustada al porcentaje estipulado, sea posible **retirar unilateralmente** a cuenta del haber propio (16), o simplemente "a ojo de buen cubero", o por "**posturas**" de tal lugar, o por lo que resulte de tal "**postura**" que se instalará en el futuro.

3.—EL CONTRATO DE EXPLOTACION MANCOMUNADA COMO FIGURA EN JUEGO EN LA ESPECIE

En la modalidad recién estudiada, esto es, poniendo uno de los contratantes los árboles en pie y el otro su explotación maderera, se encuentra aplicada una **figura contractual atípica**, que obedece a la necesidad y urgencia económica de nuestros tiempos en orden a una productividad máxima que impulsa derechamente la idea de "**explotación**". Esta explotación, resultante de la voluntad de aprovechamiento máximo, tanto en intensidad como en perfección técnica, encuentra fácil cauce y desarrollo en el llamado universalmente **contrato de explotación**.

En Chile, lamentablemente, aún no se ha estudiado este

(16) Se confirma la descartación de esta posibilidad por la propia norma del uso en el ramo, según el cual se exige **autorización expresa** del otro copartícipe para retirar alguna cantidad a cuenta, generalmente por necesidad urgente y, además, por cantidad y valor notablemente inferior al haber que corresponderá a quien retira. Por descontado que se deja constancia detallada de dicho retiro anticipado.

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

47

contrato de tanta aplicación práctica, aunque aparezca empleándose bajo otros nombres que no le corresponden o derechamente se le confunda (17).

La titularidad del derecho real de dominio que ostenta el dueño de los árboles en pie le confiere una mera posibilidad abstracta y genérica de ejercitar el derecho de dominio. La posesión de esos mismos árboles le sitúa ante la posibilidad concreta de hacerlo, si lo decide. Pero es la **explotación** lo que constituye el efectivo ejercicio del derecho en referencia. Es por lo mismo que dice un autor, con mucha razón, que "titularidad, posesión y explotación forman de esta suerte una gama de ideas escalonadas desde lo genérico a lo concreto en orden al ejercicio del contenido de un derecho patrimonial" (18).

Hay algo más, sin embargo, que agregar en este caso a la idea singular de explotación: es la idea de **contrato**. En efecto, la explotación ha de ser con la intervención substancial de un tercero que obra por cuenta propia, con medios, personal y organización propios. Es el contrato de **explotación mancomunada maderera**.

Es la conjunción armónica de bienes y servicios puestos en dirección a un resultado económico previsto, sin formarse con ello una nueva persona jurídica ni nacer las consecuencias que de esto último se derivarían. En efecto, la concertación esporádica y horizontal terminará a la obtención del fin.

La figura es en su contenido una **asociación** en el más amplio sentido de esta expresión, y justamente pertenece a lo que en el Derecho moderno es tanto una gran rama y a la vez un tipo de derecho subjetivo: el **derecho de asociación**. Pero no es so-

(17) Hay, sin embargo, un atisbo, aunque orientado a otra materia diferente, en un interesante y bien fundado artículo de **Eduardo Uribe Herrera**, quien rechaza la posibilidad legal de arrendamiento de minas y sostiene la presencia de un contrato innominado de "**explotación de pertenencia minera**". "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales", Tomo 57, Sección Derecho, páginas 127 a 152. Santiago de Chile, 1960.

(18) **José Javier López Jacolste**: "La idea de explotación en el Derecho Civil actual", en "Revista de Derecho Privado", páginas 351 a 371. Madrid, Mayo de 1960.

ciudad, aunque se le aproxime o pueda decirse que contrato de explotación y sociedad son figuras afines la una de la otra.

Hay una reciente sentencia española que, abordando una hipótesis de contenido más complejo en comparación con el contrato de explotación maderera, nos permite apreciar claramente este tipo simple de asociación, que la sentencia en referencia calificó de **"contrato atípico de grandes semejanzas al contrato de sociedad"**.

Dijo el fallo: "En cuantos casos resulte que por el contrato celebrado entre las tres partes contratantes la primera de ellas aportaba la finca más los gastos que originase su cultivo, la segunda su ciencia y práctica en la explotación agrícola, con el fin de dirigirlo, y la tercera de ellas realizaría las obras necesarias para la conversión del secano en regadío, con el propósito de cobrar sus respectivas aportaciones con el producto de las cosechas que se obtuvieran en el plazo y forma que en el mismo contrato se señalan, será notorio que se está en presencia de un **"contrato atípico"** con grandes semejanzas al contrato de sociedad y características aleatorias, puesto que el reintegro de lo gastado y del posible beneficio quedaba supeditado al resultado favorable o adverso de las cosechas que se obtuvieran, por cuanto tal contrato no reúne en modo alguno el carácter de contrato de obras y servicios, en que el precio cierto y determinado que se conviene se devenga por la sola relajación de la obra, o la prestación del servicio" (19).

Frente a la **sociedad**, indiscutiblemente la explotación mancomunada tiene como distintivo esencial la no formación de persona jurídica nueva y distinta de los socios individualmente considerados, cual ocurre en la sociedad (20). Sin contar las múltiples diferencias que además podrían indicarse y que constituyen derivaciones de la no formación de persona colectiva.

Si de falta de nueva personalidad se trata, bien podría decirse que el contrato de explotación se aproxima enormemente

(19) Tribunal Supremo de España, 19 de Abril de 1961.

(20) Constitución de **persona jurídica** distinta de los socios individualmente considerados que no se discute en nuestro sistema legislativo, felizmente, en virtud del artículo 2053 del Código Civil.

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

49

a una figura legislada en nuestro Código de Comercio, en los artículos 507 a 511: la **asociación o cuentas en participación** (21). Sin embargo, a la circunstancia de semejanza de conservar los asociados su individualidad, cabe anteponer la diferencia de la gestión radicada en un solo asociado, quien opera y responde, mientras el otro permanece oculto y sin actuación frente a terceros, y, además, la exigencia de ser contrato entre comerciantes, todo lo cual no sucede en el caso del contrato de explotación.

Convengamos, pues, que la vida económica moderna ha multiplicado las **matizaciones contractuales** y que cabe distinguir múltiples figuras nítidamente individualizadas (22).

No es posible, tampoco, usar la cómoda postura de **asimilar** las nuevas formas a las figuras tradicionales, sólo en razón de parecido; sin contar la ingenuidad de llamarlas "**sui generis**", que es sortear el problema de calificación.

En suma, se debe reconocer la individualidad, denominársela como corresponde según la doctrina y, llegado el momento, incorporar el nuevo contrato al ordenamiento positivo.

Aquí estamos frente al llamado contrato de **explotación**, que yo denominaría, talvez con mayor propiedad, "**de explotación mancomunada**". En efecto, ¿acaso no puede ser individual la explotación?

4.—COMUNIDAD SOBRE LAS MADERAS ELABORADAS

Es evidente que sobre las maderas elaboradas que provienen del bosque pertinente hay una **comunidad de bienes** (23).

(21) Sobre la materia, véase la excelente Memoria de Prueba de **Gabriel Vial Palma**: "Del contrato de asociación o cuentas en participación". Imprenta V. Silva M., Santiago de Chile, 1934.

(22) La evolución hacia el mayor número es incontestable. Mientras en Roma los contratos eran obligadamente nominados y bastaban los dedos de una mano para contarlos, las codificaciones del siglo XIX llegaron a reconocer aproximadamente 20, y las de nuestro siglo cerca de 40. Ello sin contar las quejas que se oyen en los países de Códigos modernos por no haberse elevado en éstos los tipos contractuales de 40 a 60, pues tales y cuales faltarían en la normación positiva. Semejante cosa se observa actualmente, por ejemplo, en Italia.

Dicha comunidad recae sobre especies muebles de variada categoría (24), y su número es, mirado desde el instante de los árboles en pie, por naturaleza variable. Por ello, el resultado todo es precisamente aleatorio.

Esta comunidad se forma, o va creciendo paulatinamente, al instante de irse sucediendo el volteo de árboles; basta que sea respecto de una pieza. La concertación de dos para el logro de un resultado previsto se cumple o se va cumpliendo. Es el momento de la tradición a los sujetos múltiples del dominio.

El derecho que recae sobre los bienes comunes es evidentemente el de **dominio** (25). Por esta razón, tratándose de una comunidad cuyo objeto es este derecho —distinto del derecho de usufructo, de uso, de habitación de servidumbre, de censo, o de los derechos reales de garantía—, la comunidad en referencia puede denominarse con mayor acierto **copropiedad**.

El dominio sobre determinadas especies (26), entonces, pertenece a varias personas y determina el llamado **sujeto plural o plúrimo**, y por lo mismo se habla de titularidad múltiple o para el derecho de propiedad, se sustituye por el concepto de lo

(23) Así se establece también en la sentencia que motiva este trabajo (Considerandos 6° y otros).

(24) Canto vivo, cuartones y tapas; dentro del canto vivo los anchos o bien las subcategorías llamadas "clases".

(25) La frase usual de los contratos: "corresponderá a cada parte el 50% de las maderas obtenidas", es evidente demostración de que se confiere **dominio** y no otro derecho, sea real o personal.

(26) No han faltado autores que han advertido en esto un contrasentido, pues algo es mío y no es mío, es tuyo y no es tuyo. Por ello es que la ley regula con orientación a la armonía de aquellos intereses mancomunados, intentando salvar los posibles **conflictos** que pudiera originar tal contradicción. Por lo mismo que es consubstancial de la comunidad el respeto por el derecho legítimo del otro. Por esta misma razón es que en la comunidad se observan, en su estructura, dos aspectos: el real o de titularidad frente a la cosa, y el personal u obligacional entre copartícipes, que comprende a su vez varios sub-aspectos.

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

51

simplemente cotitularidad. El concepto de lo mío, fundamental nuestro, que es el mío y tuyo a un mismo tiempo (27).

En sentido técnico, el tipo específico de comunidad que regula nuestro ordenamiento positivo es el inspirado en el espíritu individualista del Derecho Romano.

Los caracteres de exclusión y exclusividad del derecho de dominio impedirían que el dominio de una misma cosa pudiera corresponder a varios, por entero. Sin embargo, es viable que el dominio de una misma cosa corresponda a varios sujetos, por cuotas. De este modo, ninguno de los cotitulares tendrá derecho a toda la cosa ni a parte determinada de ella.

El objeto sobre que recae el derecho perteneciente a cada condueño es una parte de la cosa, evidentemente; pero como no está dividido materialmente, esa parte no es física o material, en estado de separada de las demás, sino ideal o intelectual (28). Propiamente una cuota parte, que sólo se concibe con la imaginación, como cuando decimos: la mitad, un tercio, un quinto, etc. Como cuando el contrato de explotación mancomunada de maderas, que juega en la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, dice que corresponderá a cada una de las partes el cincuenta por ciento de las maderas por obtenerse.

Por lo mismo es que Henri de Page expresa que el derecho del comunero recae más bien sobre una "parte" que sobre una "cosa", y si la propiedad, considerada en abstracto, se encuentra aritméticamente dividida, la cosa misma, en cambio, no lo

(27) Comunidad por cuotas partes que se diferencia esencialmente de la comunidad del Derecho Germánico, denominada "comunidad en mano común", que se funda en el principio colectivista típico del Derecho Germánico, y, en tal virtud, el derecho corresponde a los distintos titulares no individualmente sino en su unión.

Sobre "la comunidad en mano común", consultar J. Beltrán de Heredia: "La comunidad de bienes", páginas 79 a 111. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1954.

(28) La sentencia que motiva este trabajo expresa, acertadamente, que "cada uno de los copartícipes sólo es dueño de una cuota ideal, cual es, del 50% de tales maderas" (Considerando 6°).

está, de modo alguno. La cosa se mantiene materialmente intacta, una, indivisa; ella se encuentra en estado de "Indivisión (29).

5.—RESPECTO DE CADA COPARTICIPE

¿HAY DOMINIO, HAY POSESION, HAY MERA TENENCIA?

Sin duda que con miras al análisis penal que seguirá, lo procedente en este caso es fijar calificaciones en relación con los copartícipes considerados individualmente, y al respecto preguntarse si para ellos hay **dominio, posesión o tenencia** (30).

a) **¿Hay dominio?** Evidentemente que la clase de derecho sobre la madera obtenida es el **dominio**, y a nadie se le ocurriría, seguramente, insinuar siquiera que fuera otro el derecho, como si se afirmara que es usufructo, u otro derecho real (31), o bien, si dijéramos que en ausencia de derecho real hay sólo un derecho personal a exigir una parte del resultado obtenido.

Con todo, en un **dominio compartido** por dos que concurren igualitariamente en tal derecho, y no es derecho sobre las cosas directamente sino sobre una **cuota o parte** del derecho. Lo dividido es el derecho. La cosa permanece indivisa en razón del estado de indivisión, anterior a la partición.

Tanto la Sucesión Millán como el señor Moltedo, en la especie, no tienen aún dominio exclusivo y excluyente de maderas elaboradas resultantes de la explotación respectiva mientras dure la indivisión, esto es, mientras no se acuerden las adjudicaciones de tales y cuales especies para uno y tales y cuales para el otro (32).

De la falta de dominio exclusivo sobre especies, durante

(29) "Traité Elémentaire de Droit Civil Belge", Tomo V, página 990. Etablissements Emile Bruylent. Bruselas, 1952.

(30) Fuera de ser oportuno es justamente favorable, pues nuestro sistema, creado por Bello, ahonda y remarca tales extremos, distinguiéndolos de modo concluyente.

(31) No olvidemos que en nuestro sistema legislativo los derechos reales tienen por fuente única la ley y son "**numerus Clausus**".

(32) No olvidemos que si bien la madera es cosa genérica por su naturaleza, las cosas se "especifican" o determinan para efectos de adjudicarlas a los copartícipes en la explotación.

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

53

la indivisión, deduce la sentencia que motiva este trabajo, —a mi juicio cometiendo el error decisorio de su desacierto—, que un copartícipe, en la especie el señor Moltedo, no podría ser **mero tenedor** de esas mismas maderas. Se ahondará sobre este punto más adelante.

Esta copropiedad se rige por las reglas comunes a toda indivisión, que se encuentran en el Código Civil Chileno en el párrafo denominado "**Del cuasicontrato de comunidad**" —artículos 2304 a 2313—, conforme a una sistematización a mi juicio errónea, como calificación y como lugar de tratamiento (33).

b) **¿Hay posesión?** Indudablemente que la hay por los copartícipes; pero compartida, en calidad de **coposesión**.

Lo exclusivo y excluyente, que es propio de la posesión al igual que del dominio, se concilia en la coposesión mediante el recurso del concepto de las cuotas a partes abstractas en el derecho a poseer.

No podría concebirse, sin embargo, la **tenencia material** de cada uno sobre partes materiales del resultado obtenido en la explotación **acompañada** del consiguiente "**animus domini**", propio de la posesión, sobre esas mismas partes materiales, pues durante la indivisión —repito una vez más— no hay particularización sobre cosas.

La posesión, en la especie, pues, es de **todos**; pero no de cada uno en particular, y menos sobre especies determinadas. Cada uno, entonces, no es "poseedor"; es sólo **coposeedor** en el derecho a poseer.

c) **¿Hay mera tenencia?** Como consecuencia de que cada copartícipe de las maderas obtenidas carece de dominio sobre especies determinadas, como también de posesión sobre éstas singularmente, pues tales calidades son solamente de **cuotas o partes abstractas** en el dominio o en el derecho a poseer, resulta fácil concluir, no sólo por la naturaleza del contenido sino que

(33) En una reforma del Código, seguramente se llevaría la materia a otro lugar, por ejemplo, al dominio, como modalidad con sujeto múltiple, o al Título Preliminar o Parte General, como lo está insinuando una corriente de la doctrina universal.

por la sola descartación, que estamos frente al caso de **mera tenencia** de cada copartícipe sobre especies determinadas mientras dura la **indivisión**.

Cada copartícipe es **mero tenedor** porque, justamente, reconoce por dueño a una pluralidad de sujetos, quienes, sólo en su totalidad, tienen reunidas las cuotas partes que les confiere el dominio sobre cosas.

La mera tenencia es precisamente eso, **reconocer dominio ajeno**; aquí el dominio de la pluralidad de sujetos.

Por otra parte, lo que no es **propio** es necesariamente **ajeno**, por ser términos antitéticos, y, a mayor abundamiento, por no existir otra alternativa.

Se ve aún más claro, que durante la indivisión hay por los copartícipes sólo mera tenencia respecto de todas y cada una de las especies, si el dominio singularizado, el único dominio propiamente tal, aquel capaz de excluir la **mera tenencia**, se obtendrá recién al tiempo de la **adjudicación** de maderas que corresponderá a cada copartícipe en abono al 50% estipulado.

La jurisprudencia ha sido consecuente a este respecto —a la vez que uniforme— al estimar como venta de **cosa ajena**, regida por el artículo 1815 del Código Civil, la que hace un simple comunero que se atribuye el dominio exclusivo de la cosa vendida (34); como también la que hace el **marido**, dentro de una indiscutida comunidad, respecto de un bien de la sociedad conyugal, ya fallecida su mujer y atribuyéndose igualmente dominio exclusivo (35); como de igual modo la que hacen, también estando el bien en la comunidad, los **herederos del marido** sin consentimiento de la cónyuge sobreviviente (36). También

(34) Corte de Talca, 16 de Octubre de 1902. Gaceta de los Tribunales, 1902, Tomo III, página 748, N° 2389.

(35) Corte de Santiago, 6 de Diciembre de 1944. Gaceta de los Tribunales, 1944, 2° Semestre, página 240. Corte Suprema, 27 de Diciembre de 1949. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo 47, Sección 1ª, página 61.

(36) Corte de Santiago, 29 de Diciembre de 1906. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo I, Sección 1ª, página 134.

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

53

hay venta de cosa ajena, con aplicación de la sanción civil del artículo 1768, estimándose la venta como "distracción" de bienes de la sociedad conyugal, si el marido sobreviviente se atribuye el dominio exclusivo de dichos bienes y los vende como propios (37).

No sólo en la hipótesis de venta puede apreciarse lo **ajena** que es la cosa para un simple comunero.

También se aprecia tratándose de **prescripción adquisitiva** de la cosa indivisa por alguno de los comuneros. Como se le considera un **mero tenedor** frente a la cosa que intentara prescribir para sí, no se admite que pueda adquirir por prescripción. Fuera de no tener posesión exclusiva, está reconociendo al **dominio ajeno** de los sujetos múltiples.

La sentencia que motiva este trabajo, a pesar de sentar bases acertadas en el orden civil, sin embargo incurre en el error fundamental de no admitir que cada copartícipe es **mero tenedor** de las especies indivisas, desconociendo, de este modo, que cada copartícipe reconoce el dominio plural ajeno o cotitularidad, y que tiene, incuestionablemente, la **obligación de entregar o llevar a la masa partible** esas especies para su **inventario clasificado** y su reparto conforme a la **cuota ideal** estipulada. He ahí —repito— su error fundamental.

6.—CONSECUENCIAS DE EXISTIR DURANTE LA INDIVISION SOLO MERA TENENCIA RESPECTO DE ESPECIES

Concretamente, se concluye de lo expresado que, habiendo indivisión y sólo **mera tenencia** de cada copartícipe sobre las cosas de la comunidad, se producen las siguientes consecuencias:

- 1) No hay dominio ni hay posesión de copartícipe sobre especies determinadas;
- 2) Hay comunidad de bienes y éstos quedan precisados en su monto y clase, y reconocidos así por los comuneros, cuando se levanta **inventario** de las maderas re-

(37) Corte de Santiago, 6 de Octubre de 1955. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Tomo 53, Sección 1ª, página 130.

sultantes de la explotación, previa clasificación simple o menos simple (38);

- 3) La comunidad empieza, como estado, al cortarse los árboles en pie, momento en que el dueño del suelo, y parte interesada en el contrato de explotación, deja de ser dueño exclusivo.

Opera la tradición por la "separación de estos objetos", vale decir, al voltearse los árboles;

- 4) La comunidad se **liquida** por adjudicación de especies a cada copartícipe, y sólo desde ese instante el copartícipe es dueño de especies determinadas y, consecuentemente, podrá disponer de ellas como quiera.

Puede disponer almacenándolas para sí, vendiéndolas a un tercero o aún al otro copartícipe, prestándolas como cosas fungibles, etcétera;

- 5) Ningún copartícipe podría **disponer** de especies para sí, por un acto propio de disposición, mientras no haya **adjudicaciones** a su favor precedidas del infaltable inventario clasificado.

De hacerlo estaría disponiendo de lo ajeno;

- 6) Cada copartícipe, como mero tenedor, tiene el especial deber de **entregar a la masa común** las especies que detenta (39). Es, además, para los efectos de hacer posibles las **adjudicaciones** que liquidan la comunidad. Esta se liquida, precisamente, "por la división del **haber común**" (Nº 3º del artículo 2312 del Código Civil), y
- 7) Si de hecho hubiere retiro, debe ser necesariamente con autorización expresa, y dejándose constancia de qué y cuánto se retira, único modo de poder hacer más

(38) Por lo mismo es que no puede concebirse el cumplimiento del contrato de explotación de maderas, como tampoco su operabilidad comercial, sin llegarse al **inventario clasificado y aprobado**, por supuesto que con todas las maderas producidas. Esta idea fundamental se echa de menos en la sentencia que motiva este trabajo.

(39) Esta obligación de entregar o llevar a la masa partible es lo que no advierte la sentencia que motiva este trabajo, incurriendo así en un error básico que repercute substancialmente en la solución penal.

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

57

tarde el cargo respectivo en el haber de ese copartípe que se anticipa a efectuar los retiros de lo que ha de adjudicársele.

7.—JUICIO CRITICO DE LA SENTENCIA SOBRE DELITO DE APROPIACION INDEBIDA, EN SUS ASPECTOS CIVILES

La sentencia de 26 de Junio de 1963, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción (Chile), en el proceso seguido por Sucesión Millán en contra de don Juan Molledo, por el delito de apropiación indebida, puede comentarse, a mi juicio, del modo siguiente:

A) Que es acertado entender, —como se hace en el Considerando 5º—, que hay **reciprocidad de obligaciones** en el contrato de explotación de maderas, en cuanto el propietario de los bosques pone éstos a disposición del industrializador y este último se obliga a explotarlos para convertirlos en maderas elaboradas;

B) Que es acertado entender que “**existe copropiedad o condominio** respecto de todas las maderas así obtenidas, ya que cada uno es dueño de una **cuota ideal**”, como se dice textualmente en el Considerando 6º y se reitera, de una manera u otra, en los Considerandos 8º, 10º y 15º. Se confirma también, en cierto modo, dicha copropiedad, cuando en el Considerando 8º se reconoce expresamente que “**ambas partes tienen idénticos derechos** sobre la misma cosa, vale decir, sobre toda la madera obtenida de la explotación de los bosques”;

C) Que es igualmente acertado reconocer que al final de la explotación vendrá un **reparto** en una proporción previamente estipulada, para lo cual en la sentencia se emplea a veces la expresión “**reparto**” (Considerando 10º) y en otras oportunidades se habla de “**división**” (Considerando 11º), o de “**división o reparto**” (Considerando 4º), o de “**partición**” (Considerando 15º);

Ch) Que en cuanto a la conclusión preliminar, de no ser la Sucesión Millán “**dueña absoluta y exclusiva** de una determinada cantidad de pulgadas reclamadas como indebidamente apro-

piadas por el reo Molledo" —según lo expresa el Considerando 6º—, es francamente aceptable, aisladamente estimada. Está bien resuelto, desde el momento que no cabe dominio exclusivo y excluyente sobre cosas determinadas durante la indivisión. Más todavía, son conceptos antitéticos **dominio exclusivo** sobre especies de la comunidad y **estado de indivisión**;

D) Que, igualmente, es indiscutible el acierto de la solución particular de la sentencia, en cuanto rechaza el **fundamento** de la querellante en orden a que dicha propiedad exclusiva y excluyente de la sucesión arrancaría de la circunstancia de ser esa sucesión la dueña del **suelo** pertinente. En verdad, han dejado de pertenecerle los árboles al tiempo de su **separación**, por el volteo, instante en que pasan a ser bienes en comunidad con el industrializador;

E) Con todo, las soluciones del orden civil, que anteceden, no son todas las que el planteo exige, **ni bastan** para resolver que **no hay mera tenencia** sobre especies por parte del copartícipe acusado de apropiación indebida. Es por ese camino que llega la sentencia a una solución última que es a mi juicio equivocada;

F) Si, durante la indivisión, el querellante en este proceso carece de dominio exclusivo y excluyente sobre especies, eso no permite concluir que, no siendo dueño exclusivo, el otro, el industrializador, no puede ser mero tenedor de las mismas especies.

Tampoco podría negarse la evidente calidad de **mero tenedor de especies** que corresponde al industrializador señor Molledo, durante la indivisión, por el solo hecho de ser comunero o copropietario en esas mismas maderas.

La solución civil de la sentencia es errada, pues, al estimar que, no siendo la Sucesión Millán dueña de especies, no hay dominio ajeno que reconocer. Como también es igualmente errada al pensar que, siendo copropietario el señor Molledo, mal podría ser al propio tiempo mero tenedor que reconoce dominio ajeno.

Sobre la innegable calidad de **mero tenedor** de todo co-

EL CONTRATO DE EXPLOTACION MADERERA

59

partícipe respecto de las **cosas** comunes, frente a los **sujetos múltiples**, no cabe insistir, pues ya se ha hecho la demostración anteriormente;

G) La **obligación de entregar o devolver** especies por parte del señor Moltedo en su calidad de **mero tenedor** de las mismas, y que la sentencia echa de menos o no advierte, existe, indiscutiblemente, y se cumple, justamente, llevando a la **masa o almacenamiento** todas las especies elaboradas, para ser allí debidamente catalogadas y ordenadas.

Sólo así será posible **inventariar** y luego **repartir o distribuir** conforme a una proporción ideal que se estipuló. Y de otro modo, ¿cómo podría lograrse la **adjudicación** a cada uno de lo que corresponde a su 50% del resultado? ¿De qué resultado podría hablarse?;

H) Esa **obligación de entregar o devolver** especies a la masa o almacenamiento, recae sobre el industrializador precisamente con **mayor intensidad o acento**, desde el momento que, siendo tan mero tenedor de especies como el dueño del suelo, es, a mayor abundamiento, el que las manipula y controla; primero trozando, luego transportando los trozos al banco, luego aplicando sierra, luego llevándolas a otro lugar dentro de las faenas, etc. En todo caso, teniendo siempre contacto y control de las especies como cosa de necesidad, y, por otra parte, en cierto modo prescindiendo del dueño del suelo;

I) Que en la sentencia no aparece explicada, de un modo claro, la pretendida **modificación del pacto por mitades**, en cuanto el reparto se habría convertido, inexplicadamente, en distribución de "posturas" y, más todavía, discutiéndose incluso cuáles de éstas serían para uno y otro copartícipe.

En verdad, si ha de considerarse vigente el pacto por mitades, sobre cuya base razona permanentemente el fallo, no es posible cumplirlo a través de la mera distribución de "posturas", que son de resultado maderero sólo aproximado y aún vago, inconciliable con la precisión que se aplica, dogmáticamente, en las cuentas comerciales;

J) Que, en cuanto a "**excedente de cuota**" en el retiro de maderas por parte del industrializador —Considerando 15º—, es

imposible plantearlo sin que dicho copartícipe se libre de responsabilidad por excederse en sus facultades como mero tenedor de especies.

Para "excederse" ha debido actuar retirando antes de "aprobada la lista de maderas", o sin autorización de la otra parte para hacerlo anticipadamente, o con autorización pero sin precisar qué y cuánto retira, o alterando el pacto por mitades, o bien de cualquier otro modo que en último término dificulta o embrolla las cuentas finales, sin contar que así se falta al contrato, y

K) Que, en cuanto a fungibilidad de las maderas resultantes de la explotación —Considerando 13°—, si aceptamos que el concepto de fungibilidad equivale al de reemplazo de una especie por otra por voluntad de las partes, tenemos que concluir que, salvo el caso excepcional de retiro anticipado y autorizado expresamente, con cargo al haber definitivo de aquel que retira, las especies catalogadas quedan especificadas y marcadas una vez hecha la partición, y son especies o cuerpos ciertos del dominio exclusivo del adjudicatario respectivo, aunque la madera, en abstracto, sea un género.

Aquí es madera determinada, especificada y, aún pudiera ser, hasta elegida de común acuerdo. Si se retiran como fungibles es porque se ha cometido infracción.