



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Guzmán Brito, Alejandro

Dos hipotecas sobre derechos reales administrativos inmuebles: las hipotecas de una concesión de
acuicultura y de una concesión de energía geotérmica

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXVI, 2011, pp. 69-116

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620958001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DOS HIPOTECAS SOBRE DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS INMUEBLES: LAS HIPOTECAS DE UNA CONCESIÓN DE ACUICULTURA Y DE UNA CONCESIÓN DE ENERGÍA GEOTÉRMICA

[“Two Hypothecation on Immovable Administrative Rights in Rem: The Hypothecation on an Aquaculture Franchise and on a Geothermal Energy Franchise”]

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN

La Ley N° 19.657: *Sobre concesiones de energía geotérmica*, de 2000, junto con crear la concesión de energía geotérmica, permitió su hipoteca. No optó, pues, por establecer una prenda sin desplazamiento de tal concesión, en seguimiento de varias leyes anteriores sobre concesiones, que habían configurado sendas prendas, pese al carácter inmueble de los objetos sobre que estatuyeron. Como la concesión de energía geotérmica tiene carácter inmueble, fue más técnica la ley de 2000 al crear, pues, una hipoteca. Con posterioridad, la Ley N° 20.434, de 2010, introdujo en la Ley N° 18.892, de 1989: *General de pesca y acuicultura*, también la figura de una hipoteca de la concesión de acuicultura que había sido creada por esta última.

ABSTRACT

Law No. 19.657: *On geothermal energy franchises*, of 2000, together with creating the geothermal energy franchise, allowed its hypothecation. It did not choose, then, to establish a security without the movement of such franchise, abiding by several previous laws about franchises that had shaped both securities, despite the immovable nature of the objects about which they enacted. As the geothermal energy franchise has an immovable nature, the law of 2000 was more technical when creating a hypothecation. Subsequently, Law No. 20.434 of 2010, introduced in Law No. 18.982 of 1989: *General Law of Fishing and Aquaculture*, also the figure of a hypothecation of the aquaculture franchise that had been created by the latter. Both hypothecation shape a type of these

* Catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: aguzman@ucv.cl

Ambas hipotecas configuran un género de estos gravámenes, caracterizado por tener como objeto unos derechos reales administrativos inmuebles; a cuyo estudio queda dedicado el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE

Concesión de energía geotérmica – Concesión de acuicultura – Hipoteca de derechos reales – Hipoteca de una concesión de energía geotérmica – Hipoteca de una concesión de acuicultura.

taxes, characterized for being aimed at immovable administrative rights in rem. This article is about this study.

KEYWORDS

Geothermal energy franchise - Aquaculture Franchise - Hypothecation of rights in rem – Hypothecation of a geothermal energy franchise – Hypothecation of an aquaculture franchise.

[RECIBIDO el 1 de marzo y APROBADO el 2 de abril de 2011].

I. EL LUGAR DE LAS HIPOTECAS DE CONCESIONES DE ENERGÍA GEOTÉRMICA Y DE ACUICULTURA EN LA HISTORIA RECIENTE DE LAS GARANTÍAS REALES**

La Ley N° 20.434, de 2010¹, destinada a modificar en diversos puntos a la Ley N° 18.892, de 1989: *General de pesca y acuicultura*² (= LGPA.), mediante su artículo 1 N° 17 introdujo un nuevo artículo 81 bis en ésta, para configurar una hipoteca sobre concesiones de acuicultura. Con tal hipoteca ha quedado confirmada la detención de una línea iniciada en 1995 y que fue muy persistente en el desarrollo de las garantías reales.

El artículo 2 de la Ley N° 19.425, de ese año³, incorporó un artículo 32 bis a la Ley N° 18.695: *Orgánica constitucional de municipalidades*, para permitir el otorgamiento de concesiones de construcción en el subsuelo y de explotación de lo construido a los municipios. Además, el inciso 7° de ese artículo 32 bis añadió el siguiente precepto: “*El concesionario podrá dar en garantía la concesión y sus bienes propios destinados a la explotación de ésta*”⁴.

** Agradezco a doña Jessica Fuentes, profesora agregada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso por haber querido leer el manuscrito de este trabajo y por las útiles sugerencias que le formuló.

¹ DO. de 8 de abril de 2010.

² Cuyo texto refundido se halla fijado por el Decreto supremo N° 430, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (DO. de 29 de septiembre de 1991).

³ DO. de 15 de noviembre de 1995.

⁴ Esta norma después hizo parte del artículo 37 inciso 7° del Decreto con fuerza de ley N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695: *Orgánica constitucional de municipalidades*, en DO. de 26 de julio de 2006.

Pero el artículo 3 de la primeramente citada Ley N° 19.425 creó una prenda especial sobre las concesiones configuradas por el nuevo artículo 32 bis, que insertó en la Ley N° 18.695. Dispuso, en efecto, tal artículo 3: “[Inciso 1°] *Establécese una prenda especial sobre las concesiones a que se refiere el artículo 32 bis de la ley N° 18.695.*” [Inciso 2°] *Esta prenda deberá constituirse por escritura pública, inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces respectivo y subinscribirse en el Registro Especial de Concesiones establecido en el artículo 32 bis de la ley N° 18.695. Además, deberá anotarse al margen de la inscripción de la sociedad concesionaria en el respectivo Registro de Comercio.*” [Inciso 3°] *A esta prenda se aplicará lo dispuesto en los artículos 25 inciso primero; 30; 31; 32; 33; 36; 37; 38; 40; 42; 43; 44; 46; 48; 49 y 50 de la ley N° 5.687 sobre el Contrato de Prenda Industrial.*” [Inciso 4°] *En los casos de ejecución forzada de la prenda a que se refiere este artículo, se estará a lo dispuesto en el artículo 32 bis de la ley N° 18.695*⁵. De esta norma tan solo importa destacar los siguientes puntos: i) que la figura estatuida fue una prenda, cuyo régimen quedó subsumido en aquel de la prenda industrial; ii) que, por consiguiente, se trató de una prenda sin desplazamiento; y iii) que esta prenda sin desplazamiento recaía sobre la concesión de un subsuelo otorgada por algún municipio. Ahora bien, una concesión de subsuelo tiene la naturaleza de un derecho real administrativo; y este derecho ofrece carácter inmueble, por efecto de la regla sentada en el artículo 580 CC., según la cual los derechos reales que se ejercen sobre cosas corporales inmuebles son inmuebles ellos mismos (aunque incorporeales, por cierto). De esta manera, la prenda introducida por la Ley N° 19.425, de 1995, rompió severamente con los dogmas fijados por los artículos 2384 inciso 1° CC., de acuerdo con el cual la prenda constituye una garantía sobre muebles, y 2407 CC. para el que una hipoteca recae sobre inmuebles, como lo reitera el artículo 2418 CC., que añade, empero, la excepción de las naves, que son muebles. Tales dogmas no habían sido alterados en modo alguno cuando el título 15° del libro II C.Com. estatuyó sobre la prenda mercantil; ni por ninguna de las normas que sucesivamente establecieron prendas especiales, como, entre otras tantas, las Leyes N°s 3.896, de 1922 y 18.690 de 1988, sobre mercaderías guardadas en almacenes generales de depósito; 4.097, de 1926, sobre prenda agraria; 5.687, de 1935, sobre prenda industrial; 4.202, de 1929, sobre prenda del mueble adquirido a plazo; y 18.112, de 1982, general sobre prenda sin desplazamiento, para mencionar las más importantes.

Este diseño de una prenda sin desplazamiento sobre derechos de concesión inmuebles, adoptado en 1995, fue imitado en tres casos posteriores, por:

⁵ Este artículo 3 de la Ley N° 19.425 no quedó incorporado en la *Ley orgánica constitucional de municipalidades*.

i) el artículo 43 del Decreto con fuerza de ley N° 164, de 1991, que contiene la *Ley de concesiones de obras públicas*, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado lo fijó el Decreto supremo N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas⁶, el cual instituye una prenda sin desplazamiento sobre concesiones de obra pública; ii) el artículo 15 de la Ley N° 19.542, de 1997, que: *Moderniza el sector portuario estatal*⁷, y crea una prenda sin desplazamiento sobre concesiones portuarias; iii) el artículo 62 B del Decreto-ley N° 1.939, de 1999: *Sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado*⁸, que estatuye una prenda sin desplazamiento sobre concesiones onerosas de bienes fiscales.

Pero no fue seguido ese modelo por la Ley N° 19.657: *Sobre concesiones de energía geotérmica*, del año 2000, que autorizó la hipoteca del derecho real inmueble de concesión de energía geotérmica, creado por la misma ley. De esa forma, pues, quedó interrumpida la línea seguida hasta el momento, en orden a facultar prendas sobre concesiones inmuebles.

Con todo, el modelo de las prendas de concesiones fue retomado iv) por el artículo 60 de la Ley N° 19.712, de 2001: *Del deporte*⁹, que introdujo una prenda sin desplazamiento sobre concesiones de recintos e instalaciones deportivos, de cuya naturaleza inmueble no hay dudas. A ella se añadió: v) el artículo 16 de la Ley N° 19.865, de 2003: *Sobre financiamiento urbano compartido*¹⁰, que hubo de regular una prenda sin desplazamiento de los derechos de un partícipe emanados de su contrato de participación para el financiamiento urbano compartido, porque tales derechos, aunque no adopten la forma de una concesión, son también inmuebles, que es lo que aquí interesa destacar.

Cierto es que las normas que atañeron a estas cinco figuras de una prenda inmobiliaria hubieron de ser derogadas en 2007, por el artículo 42 del artículo 14 de la Ley N° 20.190¹¹, que contiene la nueva ley general de prenda sin desplazamiento, y cuya vigencia empezó el 22 de enero de 2011. Pero la derogación de las correspondientes normas no implicó la abolición de las figuras que originalmente moldeaba cada una; pues el artículo 6 de la ley que se acaba de mencionar las reincorporó en su cuerpo, en donde, pues, permanecen reunidas, en calidad de prendas sin desplazamiento, cuatro de ellas

⁶ DO. 31 de octubre de 1996. El citado artículo 42 corresponde al 43 del Decreto supremo N° 900, de 1996.

⁷ DO. de 9 de diciembre de 1997.

⁸ DO. de 10 de noviembre de 1977.

⁹ DO. de 30 de enero de 2001.

¹⁰ DO. de 1 de abril de 2003.

¹¹ DO. de 5 de junio de 2007.

especiales por su objeto y por el pignorante¹², y todas regidas por las normas generales de la nueva ley. Además, el N° 5 del artículo 6 incluso añadió una séptima figura de prenda sobre concesiones inmuebles, al disponer sobre la de servicios sanitarios constituida de acuerdo con los artículos 7 y 32 de la *Ley general de servicios sanitarios*¹³.

Cuando, pues, en 2010 se pensó en consentir la constitución de una garantía real sobre la concesión de acuicultura, que, como insistiremos después, es un derecho real administrativo inmueble, con toda naturalidad se pudo haber pensado en legislar acerca de una prenda sin desplazamiento sobre tal concesión, en seguimiento de la línea iniciada en 1995 y reiniciada en 2001 con la *Ley del deporte*. Ello, sobre todo teniendo presente que, a la fecha de ser emitida la Ley N° 20.434, de 2010, ya se contaba con el respaldo normativo general que daba la nueva ley sobre prenda sin desplazamiento de 2007 (por más que todavía no empezara a regir), para engarzar en ella la nueva prenda; como, por lo demás, lo tenía previsto expresamente el N° 8 de su artículo 6, que expresa: “*Podrá constituirse prenda sobre [...]. 8) Todos aquellos derechos de concesión que, según las leyes bajo las cuales se regulen, sean susceptibles de ser prendados, conforme a los requisitos establecidos en las mismas*”; así que bastaba a la ley que iría a ser la N° 20.434 permite la prenda sin desplazamiento de una concesión de acuicultura y establecerle los requisitos que se juzgara convenientes, y el elenco de prendas inmobiliarias del artículo 6 de la nueva ley de prenda sin desplazamiento hubiera encontrado su natural continuidad en ella.

Pero no fue así. El legislador de 2010 decidió cambiar el rumbo iniciado en 1995 y la garantía, cuyo objeto iba a ser la concesión de acuicultura, no se hizo consistir, pues, en una prenda sin desplazamiento, sino en una hipoteca¹⁴. Con ello se vino a confirmar la efímera interrupción operada

¹² Dos de estas prendas, en cambio, la de concesión de obra pública (artículo 6 N° 1 LPsD.) y la de subsuelo (artículo 6 N° 3 LPsD.), son generales en el sentido de que con ellas se puede garantizar toda clase de deudas ante cualquier acreedor.

¹³ Contenida en el Decreto con fuerza de ley N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, *Sobre financiamiento urbano compartido* (DO. de 21 de junio de 1989). Esta prenda también tiene configuración general, como las indicadas en la nota 12.

¹⁴ Sin embargo, las razones de esta opción no fueron de alto vuelo dogmático. Por lo demás, la intención del Ejecutivo al principio era insistir en una prenda. El hecho aconteció así: El original artículo 81 bis, contenido en el proyecto del Ejecutivo, iba referido, en efecto, a una prenda sin desplazamiento de aquella regida por el artículo 14 de la Ley N° 20.190, pese a que a la fecha esa ley aún no entraba en vigor. Decía: “*Sin perjuicio de otros negocios jurídicos, la prenda sin desplazamiento sobre la concesión o autorización de acuicultura, deberá constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda sin Desplazamiento del Servicio de Registro Civil e Identificación y se someterá en lo demás a las normas de la Ley N° 20.190*” (en Biblioteca del Congreso Nacional de

por la Ley N° 19.657: *Sobre concesiones de energía geotérmica*. Ambas, pues, constituyen una nueva línea del Derecho de cauciones chileno, consistente en unas hipotecas de derechos reales inmuebles. En sí mismo, el punto no fue novedoso, porque ya el artículo 2418 inciso 1° CC. admitió la hipoteca del derecho real de usufructo inmueble; y fuera de ese *Código* están la hipoteca de los derechos reales mineros (artículos 2 y 217-222 CMin.), que son siempre inmuebles; y del derecho de aprovechamiento de agua inmueble (artículos 110-111 CAg.). Ni siquiera hace diferencia el rasgo de ser derechos reales inmuebles de naturaleza administrativa estas concesiones hipotecables, porque los derechos mineros y de aguas también participan de la naturaleza administrativa; aunque, por cierto, ese rasgo sí haga diferencia con respecto al usufructo civil.

En los capítulos que siguen trataremos de la hipoteca de concesiones de acuicultura; en el último haremos lo propio con la hipoteca de concesiones de energía geotérmica, cuya densidad normativa es mucho menor que la de la primera.

Chile, *Historia de la Ley N° 20.434: modifica la Ley general de pesca y acuicultura, en materia de acuicultura*, p. 21). Como consecuencia, su artículo 3 transitorio expresaba: “Mientras no entre en vigencia la Ley N° 20.190, las prendas sin desplazamiento que se constituyan sobre concesiones o autorizaciones de acuicultura se inscribirán en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces de la comuna en que se ubique la concesión o autorización respectiva” (*Historia de la Ley N° 20.434*, p. 27). Más adelante, el propio Ejecutivo, en el seno de la Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos de la Cámara de Diputados, propuso mudar la prenda sin desplazamiento a una hipoteca (*Historia de la Ley N° 20.434*, p. 81); y ofreció la siguiente explicación: “Se indicó que se cambia la figura de la prenda sin desplazamiento por la de la hipoteca, debido a que la ley que regula la primera no se encuentra aún vigente y eso atenta contra la certeza que desea otorgarse a las garantías sobre la concesión, particularmente porque de ello depende la obtención de créditos por parte de la industria para efectos de superar la situación de crisis que se vive actualmente./ Por su parte, se agregó, la hipoteca es una figura regulada en el Código Civil, de aplicación y con un régimen que otorga la certeza necesaria a los acreedores./ En consecuencia, se plantea la necesidad de realizar este cambio de figura de garantía, sometiéndola al régimen general previsto en el Código Civil./ La Comisión acordó aprobar este inciso con la indicación del Ejecutivo por ocho votos a favor y uno en contra” (*Historia de la Ley N° 20.434*, p. 82). La sala aprobó este partido, sin que después se retornara sobre los pasos dados. En la Comisión de Intereses Marítimos del Senado quedó claro que la verdadera razón de establecer una hipoteca y no una prenda radica en el carácter inmuebles del derecho de concesión sobre el cual recae el gravamen (véase *Historia de la Ley N° 20.434*, pp. 490-491).

II. DERECHO APLICABLE A LA HIPOTECA DE UNA CONCESIÓN DE ACUICULTURA

El segmento segundo del artículo 81 bis LGPA. dispone: “*La hipoteca se someterá a las disposiciones contenidas en el Título XXXVIII del Libro IV del Código Civil, denominado ‘De la hipoteca’, en lo que no se opongan a las disposiciones de esta ley*”. De acuerdo con él, el orden de prelación de las fuentes rectoras de la hipoteca de una concesión de acuicultura es: 1° las disposiciones de la Ley N° 18.892, de 1989: *General de pesca y acuicultura*, particularmente su artículo 81 bis; 2° las disposiciones del título 37°: *De la hipoteca* CC.; 3° Las disposiciones del *Código Civil* sobre prenda con desplazamiento compatibles con una hipoteca sin desplazamiento. Este último nivel está determinado por la definición de la hipoteca como “un derecho de prenda” que ofrece el artículo 2407 CC., lo cual envuelve la consideración de la hipoteca como una especie de prenda, que es, por ende, el género. Ahora bien, lo aplicable al género también lo es a la especie, con el límite dicho, de que no haya una repugnancia natural.

Pero se observará que aparentemente existe una diferencia entre la aplicabilidad de las normas sobre la hipoteca y aquellas de la prenda. El artículo 81 bis se refiere a “*las disposiciones contenidas en el Título XXXVIII del Libro IV del Código Civil, denominado ‘De la hipoteca’*”; no pues, a todas las disposiciones sobre hipotecas contenidas en el *Código Civil* (ni eventualmente en otras leyes) no sitas en el título 37° del libro IV CC., como, por ejemplo, las emplazadas en el título 41° del libro IV CC., sobre prelación de créditos; y específicamente los artículos 2470 y 2477, relativos a la preferencia de pago acordada a los créditos garantizados con una hipoteca. Este ejemplo, que de ser aceptado para aplicarlo a la hipoteca de concesiones de acuicultura, la privaría en cuanto hipoteca de una de sus principales razones de ser, muestra que la referencia limitada al título 38° del libro IV CC. que se contiene en el artículo 81 bis es un error que debe ser superado merced a una interpretación fundada en su razón o espíritu, que no puede ser otro que el de erigir todo el Derecho hipotecario civil como supletorio de la hipoteca creada ahí mismo, que el legislador lo miró como circunscrito al fijado en el título 38° del libro IV, en circunstancias de que en alguna medida está diseminado fuera de ese título.

La localización del Derecho prendario como supletorio, en cambio, no está limitada a aquel contenido en el título 36° del libro IV CC., rubricado *Del contrato de prenda*, porque la definición de la hipoteca como “un derecho de prenda” en el artículo 2384 inciso 1° CC. reenvía a todo el Derecho prendario, esté en donde esté, y no sólo al de ese título. De esta manera, por ejemplo, es enteramente aplicable a esta hipoteca el artículo 1128 CC.: “*Si*

la cosa que fue empeñada al testador, se lega al deudor, no se extingue por eso la deuda, sino el derecho de prenda; a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fue extinguir la deuda"; así que si un deudor había conferido hipoteca de acuicultura a su acreedor, quien después legó la concesión hipotecada a su deudor, hay que aplicar sin más a esta hipoteca el dispositivo de la norma transcrita, por más que está referido a la prenda.

III. OBLIGACIONES CAUCIONABLES CON LA HIPOTECA DE UNA CONCESIÓN DE ACUICULTURA

Bajo el respecto de las obligaciones caucionables con la hipoteca sobre una concesión de acuicultura, esta garantía reviste rasgos generales, en el sentido de que con ella se puede caucionar obligaciones propias del constituyente, o de terceros. Al respecto, el artículo 81 bis LGPA. nada dice, lo cual significa la plena aplicabilidad del artículo 2388 CC., dado para la prenda, pero válido para la hipoteca (en cuanto esta es, como quedó dicho, un "derecho de prenda" según dice el artículo 2407 CC.), materia en la cual, por lo demás, la idea queda corroborada por el artículo 2430 CC., que expresamente supone la posibilidad de hipotecar alguien lo suyo por una deuda ajena.

En ambos casos, por otro lado, las obligaciones garantizadas pueden, a su vez, ser de cualquier clase, es decir, civiles o mercantiles, o emanadas de actos de Derecho minero, de aguas, laboral, procesal, penal, administrativo, acuícola o de cualquier otro Derecho privado o público del que puedan derivarse obligaciones, sean de dar cosas o derechos, hacer y no hacer; civiles y naturales; condicionales, a plazo y modales; acumulativas, alternativas y facultativas; de género y especie; mancomunadas, solidarias y divisibles e indivisibles; principales y accesorias; en cualquier caso, con o sin cláusula penal (para garantizar la obligación principal o la del pago de la pena o ambas); de medio y de resultado; causales (o causadas, como es mejor decir) y abstractas, etcétera, emanen de la fuente de que emanen, vale decir, bien de una ley, bien de un contrato o cuasicontrato (en especial, por ende, las constituidas merced a un legado de efecto obligacional), bien de un delito o cuasidelito; hayan sido contraídas por alguien entre vivos o bien le hayan sido transmitidas por causa de muerte a título universal o singular, o las haya adquirido por cesión; aunque, en cualquier caso, hayan sido contraídas en el extranjero.

IV. COSA HIPOTECABLE, I: GENERALIDADES

El artículo 81 bis LGPA. expresa en el interior del primer segmento de su inciso 1º: "[...] *podrá constituirse hipoteca sobre la concesión [o autorización]*

de acuicultura”. Tal es, pues, el objeto hipotecable.

1. La norma habla de la “concesión” y de la “autorización” de acuicultura. Ahora bien, antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.434 a la *General de pesca y acuicultura*, el texto original de ésta distinguía entre la concesión y la autorización de acuicultura. El antiguo artículo 10 N° 2 entendía por esta última al “*acto administrativo mediante el cual la Subsecretaría otorga a una persona los derechos de uso y goce, para fines de acuicultura, por tiempo indefinido, en cursos y cuerpos de agua que constituyen bienes nacionales fijados como apropiados para la acuicultura y cuyo control, fiscalización y supervigilancia no corresponda al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina*”; en tanto el antiguo artículo 10 N° 13 definía que concesión de acuicultura “*es el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional otorga a una persona los derechos de uso y goce, por tiempo indefinido sobre determinados bienes nacionales, para que ésta realice en ellos actividades de acuicultura*”. Como se puede apreciar, la diferencia principal venía dada por el distinto sujeto otorgante del beneficio: para la autorización de acuicultura el sujeto competente era la Subsecretaría de Pesca; mientras que para la concesión de acuicultura lo era la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa. Además, la autorización de acuicultura se daba sobre cursos y cuerpos de agua constitutivos de bienes nacionales, cuyo control, fiscalización y supervigilancia no correspondiera al Ministerio de Defensa Nacional. Merced a las modificaciones introducida por la Ley N° 20.434, el artículo 2 LGPA. y toda la ley solo conocen una concesión de acuicultura. Pero en el Congreso Nacional no se quiso eliminar la expresión “autorización de acuicultura”, que aparece frecuentemente en la ley según su texto original (por lo habitual bajo la forma de “concesión y autorización de acuicultura”), y que antes se justificaba, mas no después de la supresión de las autorizaciones; y se encomendó tal tarea al presidente de la República en el futuro acto de elaborar el texto refundido de la *Ley general de pesca y acuicultura*, como se lee en el artículo 7 transitorio de la Ley N° 20.434: “*El Presidente de la República deberá fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Pesca y Acuicultura, eliminando de ella las referencias a las autorizaciones de acuicultura, salvo en las disposiciones transitorias. Las autorizaciones otorgadas a la fecha de publicación de esta ley continuarán sometidas al régimen de la Ley General de Pesca y Acuicultura*”. Pero incluso mientras no se confeccione el texto refundido al que se refiere esta norma, el lector está legitimado para prescindir de las referencias a las autorizaciones literalmente subsistentes. Por ello, cada vez que emerja la expresión en la ley será escrita entre corchetes aquí.

2. La expresión “concesión de acuicultura” ofrece al menos tres sentidos.

i) Por un lado mienta al acto concedente; y ese sentido es el usado en el artículo 2 N° 12 LGPA. antes transcrito, cuando define tratarse de “un acto administrativo” la concesión.

ii) En segundo lugar, la expresión también puede significar la cosa corporal o material misma que es objeto del acto administrativo concedente y del derecho concedido. Así se emplea la expresión, por ejemplo, en el artículo 72 LGPA.: “*Los concesionarios [y los titulares de autorizaciones] podrán realizar en la concesión todas aquellas obras materiales, muelles, atracaderos, inversiones e instalaciones, previa autorización del órgano competente, cuando proceda*”¹⁵, porque este género de obras sólo puede ser ejecutado en una cosa corporal.

Tal cosa material que es objeto del acto administrativo concedente y del derecho concedido está constituida genéricamente por “*bienes nacionales*” según el artículo 2 N° 12 LGPA. El artículo 67 inciso 1° LGPA. es más específico: “*En las áreas de playas de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas dentro y fuera de las bahías, y en los ríos que sean navegables por buques de más de cien toneladas de registro grueso, fijadas como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, por grupo o grupos de especies hidrobiológicas, por uno o más decretos supremos, expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional, existirán concesiones de acuicultura para actividades acuícolas, las que se regirán sólo por las disposiciones de este título y sus reglamentos*”. Así que, en final de cuentas, los objetos materiales concesibles son: áreas de playa de mar, terrenos de playa fiscales, porciones de agua y fondo, y rocas (o mejor: roquerío; y mejor aún: terrenos en que haya roqueríos). En consecuencias, su inciso 10° declara: “*Las clases de concesiones [y autorizaciones] de acuicultura reconocidas por esta ley son: de playa; de terrenos de playa; de porción de agua y fondo, y de rocas [...]*”.

Todavía, empero, es necesario introducir una ulterior especificación. La playa, el fondo de mar y agua y las rocas, al ser objetos de una concesión de acuicultura deben recibir una delimitación que determine el establecimiento de cierta área¹⁶ o superficie¹⁷, configurada mediante coordenadas geográficas¹⁸

¹⁵ La norma está mal redactada: “*todas aquellas obras materiales*”, etc. exige un complemento.

¹⁶ Cfr. los artículos 67 bis LGPA.: “*área comprendida en la respectiva concesión o autorización*”; 69: “*en el área concedida*”; 77 inciso 3°: “*ampliación del área de una concesión*” y “*reducción de área*” (de una concesión); 78 inciso 1°: “*si el área se sobrepone [...]* a una o más concesiones”; inciso 2°: “*si el área solicitada*”; etcétera.

¹⁷ Cfr. los artículos 75 bis LGPA.: “*superficie ya otorgada en concesión*”; 77 inciso 3°: “*superficie de la ampliación solicitada*”; etcétera.

¹⁸ Cfr. el artículo 81 ter LGPA.: “*La inscripción de la hipoteca contendrá: / [...] d) La superficie del centro de cultivo y coordenadas geográficas que lo delimitan y las especies o grupo de especies objeto del cultivo*”.

y medida en hectáreas¹⁹. Esto es comprensible sin más tratándose de terrenos de playas y terrenos de roquerío. Con respecto al fondo y aguas, la superficie de la concesión es la que sea determinada sobre el mar, que se proyecta hacia el fondo, conforme con lo dispuesto por el artículo 74 LGPA: “*La concesión [o autorización] de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida*”. Así que, tratándose de estas concesiones, su objeto material está constituido por un poliedro cuya cara superior es el plano superficial trazado en el agua, cuya cara inferior es la proyección de ese plano sobre el fondo (y que tiene igual superficie por ende) y cuyos lados están determinados por la profundidad del agua, desde su superficie hasta el fondo. Por consiguiente, en este caso, el objeto concedido queda constituido por un espacio poliédrico lleno de materia geológica en el fondo y de agua hacia arriba. En cuanto espacio²⁰ delimitado constituye una cosa inmueble porque, como tal, no se puede trasladar de un lugar a otro, aunque la materia geológica y el agua que lo integran en su fondo y en su interior, respectivamente, sean muebles²¹.

En síntesis, pues, la concesión como cosa corporal es una porción física de bienes nacionales consistentes en un terreno de playa, o un terreno de roquerío o un fondo de agua y su agua hacia arriba.

iii) En fin, el término en examen también puede ser empleado para mentar un derecho, precisamente el derecho de concesión de acuicultura. Resulta, sin embargo, curioso que la acepción de “derecho” que admite el término “concesión” no venga afirmada especial ni directamente en alguna norma; pero está supuesta en muchas: el artículo 2 N° 12 LGPA., al definir la concesión de acuicultura, dice ser un acto administrativo por el cual se otorga a una persona “*derechos de uso y goce*”; y el artículo 81 bis LGPA repite que la concesión otorga “*derechos de uso y goce*”; el artículo 81 inciso 1° LGPA. habla de las transferencias, los arriendos y todo acto que implique la “*cesión de derechos de las concesiones*”; y su inciso 5° se refiere los actos de transferencia, arriendo y cualquier otro que implique la cesión de “*derechos sobre las concesiones*”; su inciso final expresa que ciertas obligaciones e infracciones legales y reglamentarias serán de cargo del titular o de quien tenga un “*derecho sobre la concesión*” que habilite el ejercicio de la actividad de acuicultura en ella; el inciso 7° del artículo 5 transitorio dispone que los

¹⁹ Cfr. el artículo 84 inciso 1° LGPA.

²⁰ Cfr. el artículo 2 N° 34 LGPA.: “*Porción de agua: espacio de mar, río o lago, destinado a mantener cualquier elemento flotante estable*”.

²¹ En este sentido no hay diferencia con los bienes raíces llamémoslos terrestres, que en el fondo son también espacios (como tales inmóviles) constituidos por materia geológica y aire muebles, si se muda el aire por el agua.

decretos y reglamentos que se dicten de conformidad con las disposiciones de la ley no podrán afectar “*los derechos de los acuicultores*” en su esencia; y el artículo 16 transitorio, en fin, manifiesta que cierta limitación que indica no afectará “*los derechos de titulares de concesiones [o autorizaciones] vigentes*”, con alguna excepción que no interesa. En cuanto a la consistencia de este derecho, eso lo veremos enseguida.

V. COSA HIPOTECABLE, II: EL DERECHO DE CONCESIÓN DE ACUICULTURA. SU CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA

1. Ahora bien, el contrato de hipoteca recae no sobre la concesión de acuicultura entendida como el acto administrativo concedente (primera acepción), porque carecería de sentido que hubiese de tener por objeto a un acto jurídico. Tampoco recae sobre la concesión entendida como la cosa corporal (tercera acepción), vale decir, como la playa, la porción de agua y fondo o las rocas concedidas, porque estas cosas son bienes nacionales y pertenecen, por ende, a la nación toda (artículo 589 inciso 1º CC.), en calidad de “uso público (inciso 2º)”²². En tales circunstancias su hipoteca no es posible, porque sería sobre cosa ajena, en contravención del artículo 2418 CC.: “*La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes que se posean*²³ *en propiedad o usufructo, o sobre naves*”.

Por consiguiente no resta más que la segunda acepción: cuando se habla de la hipoteca de una concesión de acuicultura se dice que lo hipotecable es el derecho de concesión de acuicultura mismo de que alguien es titular, o

²² Por lo demás, el artículo 67 bis de la *Ley general de pesca y acuicultura* (introducido por el artículo 1 N° 6 de la Ley N° 20.434) aclara algo que el intérprete podía deducir de todos modos: “*Las concesiones y autorizaciones acuícolas no entregan dominio alguno a su titular sobre las aguas ni el fondo marino ubicado en los sectores abarcados por ellas [...]*”. Por la misma razón es evidente que la concesión no da dominio sobre la playa ni las rocas en que ella también puede recaer, aunque no aparecen mencionadas en este artículo 67 bis.

²³ La expresión “*que se posean*” no es acertada, porque: *i*) es posible hipotecar algo aunque no se posea; *ii*) es posible poseer algo sin ser su dueño; *iii*) “poseer en propiedad” envuelve una cierta confusión entre propiedad y posesión; *iv*) “poseer en usufructo” encierra cierta confusión entre la posesión de las cosas corporales y los derechos reales (cfr. “Mensaje”: “*el usufructuario no posee la cosa fructuaria*”). Pero, en síntesis, lo que la norma quiere decir es que se puede dar en hipoteca *i*) un inmueble sobre el cual el constituyente tiene dominio: o *ii*) el usufructo mismo que tiene sobre aquél.

cuasidueño²⁴ en otra terminología²⁵.

2. Conviene, pues, fijar el perfil dogmático de la concesión de acuicultura como derecho.

a) El segmento final del inciso 1° del artículo 81 bis parece describir ese perfil cuando dice que: “*La hipoteca se extenderá a los derechos de uso y goce que otorga la concesión, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 bis*”. Pero es preciso aceptar previamente algunas rectificaciones.

Desde luego, el artículo 67 bis citado por el artículo 81 bis se limita a expresar: “*Las concesiones [y autorizaciones] acuícolas no entregan dominio alguno a su titular sobre las aguas ni el fondo marino ubicado en los sectores abarcados por ellas, y sólo le permitirán realizar aquellas actividades para las cuales le han sido otorgadas, de manera armónica y sustentable con otras que se desarrollen en el área comprendida en la respectiva concesión [o autorización], tales como la pesca artesanal y el turismo*”. En su primer segmento, la norma niega que la concesión confiera dominio sobre las cosas corporales en que recae; en el segmento segundo añade que aquélla sólo permite realizar las actividades para las cuales ha sido otorgadas; en el segmento tercera limita el ejercicio de tales actividades, en cuanto tienen que ser ejercidas de manera armónica y sustentable con otras que se desarrollen en el área comprendida en la respectiva concesión, tales como la pesca artesanal y el turismo. Este texto contiene cualquier cosa, menos una descripción o enumeración de derechos de uso y goce; así que el segmento final del inciso 1° del artículo 81 bis LGPA. se excede en su referencia. De él, en función configuradora del derecho, solo aprendemos que la concesión permite realizar las actividades para las cuales ha sido otorgada; y nada más.

Enseguida, ese segmento da a entender que una cosa es la concesión y otra los derechos de uso y goce que mienta, los cuales no constituirían la concesión misma, pero serían otorgados por ella (“[...] *derechos de uso y goce que otorga la concesión* [...]”). No hay tal. La verdad es que el derecho de concesión consiste intrínsecamente él mismo en un derecho de uso y de goce; y uno y otro son, pues, su contenido. Es eso lo que, por lo demás, deriva del artículo 2 N° 12

²⁴Sobre la significación del término “cuasidueño (y cuasidominio), véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y el Derecho positivo* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 119-152.

²⁵Por lo demás, eso quedó claro en la Comisión de Intereses Marítimos del Senado, en donde se dijo por la señora Jessica Fuentes, asesora del Ministerio de Economía “*que las concesiones de acuicultura otorgan derechos de uso y goce sobre determinados bienes nacionales de uso público, sin que pueda confundirse la institución de la concesión con la columna de agua y el fondo marino. [...]. Por otra parte –continuó–, la hipoteca recae sobre el derecho de uso y goce, y no directamente sobre el fondo marino y la columna de agua* (Historia de la ley N° 20.434, p. 490).

LGPA., en cuanto define que el acto concedente otorga “a una persona los derechos de uso y goce [...] sobre determinados bienes nacionales, para que ésta realice en ellos actividades de acuicultura”.

b) En tal sentido se parece al usufructo. Pero con una diferencia determinante: el usufructo concede el uso y el goce o disfrute plenos sobre la cosa fructuaria, vale decir, todo su uso y todo su disfrute; mientras que la concesión otorga un uso y un goce funcionalmente limitados sobre la cosa en que recae, esto es, sobre el área de la playa, del fondo de mar y agua o del roquerío. En efecto, el uso y goce concedidos sobre esos bienes nacionales son sólo para ejecutar actividades de acuicultura en ellos, que, a su vez, consisten en la producción de recursos hidrobiológicos organizada por el hombre (artículo 2 N° 3 LGPA.), que también se llaman “actividades acuícolas” (artículo 67 inciso 1° LGPA.) y “actividad de cultivo” (artículo 2 N° 38), pero con respecto a ciertas especies (artículo 69 incisos 1° y 4°); así que se excluyen usos o goces no acuícolas, o acuícolas sobre otras especies no abrazadas por la concesión. Esta idea comparece afirmada de manera genérica en el artículo 67 inciso 1° LGPA., en cuanto establece que las concesiones de acuicultura son para actividades acuícolas; 67 bis, en tanto indica que una concesión legítima para la realización de aquellas actividades para las cuales fue otorgada; 74, en cuanto expresa que la concesión de porciones de agua y fondo otorga a su titular, el “privilegio de uso” del fondo; y 81 inciso 9° LGPA., en donde se habla de un “derecho sobre la concesión que habilite el ejercicio de la actividad de acuicultura en ella”. El artículo 69 LGPA., en cambio, es más específico, pues declara que las concesiones tienen por objeto único la realización de actividades cultivo en el área que las otorgan y permiten a sus titulares el desarrollo de sus actividades. El artículo 142 letra a) LGPA. declara en fin que: “Explotar la concesión con un objeto diferente de aquél para el cual se otorgó” es causal para declarar caducada la concesión misma.

Todas estas normas coinciden, pues, en funcionalizar la concesión en la actividad acuícola y en determinadas especies hidrobiológicas; y ello no significa otra cosa que lo funcionalizado son el uso y el goce mismos sobre el bien nacional en que recae la concesión. Ello explica que ésta pueda coexistir con otros derechos de uso, si son no funcionales a la acuicultura. Así, el artículo 67 bis LGPA. establece que las actividades legitimadas por la concesión deben ejecutarse “de manera armónica y sustentable con otras que se desarrollen en el área comprendida en la respectiva concesión [o autorización], tales como la pesca artesanal y el turismo”. Más en general, de acuerdo con el artículo 75 LGPA., las concesiones son “sin perjuicio de los derechos válidamente establecidos de terceros” quienes pueden hacerlos valer contra el concesionario de acuerdo con las normas generales de Derecho. A veces, sin embargo, el derecho de uso es total, no sólo funcionalmente exclusivo, como declara el artículo 74

LGPA: “*La concesión [o autorización], de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida*”. De todas maneras se observará que este uso exclusivo es sobre el fondo, no sobre la masa de agua.

3. Por uso de los bienes nacionales concedidos no se entiende algo diferente a lo que se entiende por uso en general, esto, cualquier aplicación, natural o no, de una cosa a cierta operación, con tal que no resulte consumida la cosa usada. El artículo 74 LGPA. expresa: “*La concesión [o autorización], de porciones de agua y fondo otorgará por sí sola a su titular, el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en él proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida*”. El artículo 72 LGPA. hace aplicación de esta idea en cuanto declara que la concesión permite a sus titulares “*realizar en la concesión todas aquellas obras materiales, muelles, atracaderos, inversiones e instalaciones previa autorización del órgano competente, cuando proceda*”²⁶.

4. El goce o disfrute también resulta de aplicar la noción general, consistente en el aprovechamiento de los frutos, naturales, civiles o industriales que genere la cosa fructuaria. Como ya sabemos, la cosa material sobre que recae la concesión es una superficie de terreno de playa o roquerío o un poliedro lleno de materia geológica en su fondo y agua hacia arriba. De aprovechar sus frutos, pues, se trata

a) Ahora bien, las especies hidrobiológicas de condición animal que naturalmente moran en esos inmuebles, en estado fijo (por ejemplo los corales) o móvil (como los peces y los moluscos) siguen la regla general de los animales bravíos fijada por los artículos 606, 607 y 608 CC., de cuyo conjunto fluye que son *res nullius*. No son, por ende, partes del inmueble en que moran (de modo de seguir su naturaleza) ni frutos, aunque produzcan frutos (por ejemplo, los peces nacidos de otro pez); y su adquisición sigue la regla de las cosas sin dueño²⁷, presidida por el principio de adquirir su dominio el primer ocupante²⁸.

²⁶ Otra cosa es el destino de estas mejoras una vez extinguida la concesión, a lo cual se refiere el artículo 73 LGPA.

²⁷ Las especies que, en cuanto han nacido de sus madres, son frutos, en sí mismas son *res nullius* igual que aquéllas: el lobezno es fruto de la loba que lo parió, igual que el erizo de mar lo es del erizo que lo engendró; pero ambos son *res nullius*; vale decir, una vez nacidos estos frutos, no interesa su carácter de tal y el que las cace o pesque no se hace su dueño a título fructuario (vale decir, por accesión, en los términos del § 1, título 5°, libro II CC.), sino siempre por ocupación.

²⁸ Otro tema es que a veces esté prohibida, medida o regulada la ocupación, como ya lo prevé el artículo 609 CC. y hace bajo tantos respectos la propia *Ley general de pesca y acuicultura*. Cfr. su artículo 107: “*Prohibese capturar, extraer, poseer, propagar, elaborar,*

b) Las especies hidrobiológicas de condición vegetal sitas naturalmente en la concesión y que se desarrollan en estado fijo, como la mayoría de las algas²⁹, en cuanto se adhieren a una roca o al fondo, son, en cambio, partes del inmueble al que adhieren y siguen su condición en calidad de inmuebles por adherencia (artículo 570 CC.). Las nuevas especies que generen (como las algas nacidas de algas, por ejemplo) son sus frutos naturales, en sentido propio y técnico³⁰, sobre las cuales recae, pues, el goce o disfrute del titular de la concesión. El artículo 645 inciso 1º. CC. también considera frutos a “*las plantas que están arraigadas al suelo*”; pero en sentido impropio y atécnico; pese a lo cual su aprovechamiento (no nos referimos al aprovechamiento de sus frutos, que es sin duda alguna disfrute como acaba de decirse) constituye, aunque impropriamente, goce o disfrute.

c) Las especies hidrobiológicas de cualquier condición –por ejemplo, las larvas de invertebrados o los alevines o juveniles de cualquier especie animal, o las semillas, o los propágulos de algas– que hayan sido alguna vez adquiridas por el titular de la concesión, merced a cualquier modo de adquirir, e implantadas o insertadas en su concesión o fuera de ella para su cultivo (abierto o confinado) –de acuerdo con la ley y los reglamentos–, pertenecen ellas mismas y sus frutos, lo mismo que sus productos, al dicho titular, doquier se encuentren o hayan migrado, cuando sea el caso. El artículo 70 incisos 2º y 3º LGPA. protege las especies que migran contra su ocupación por terceros, en estos términos: “*Prohíbese la captura de especies anádromas y catádromas, provenientes de cultivos abiertos, en las aguas terrestres, aguas interiores y mar territorial, en aquellas áreas en que dichas especies inician o culminan su ciclo migratorio, ya sea como alevín o juvenil, o en su etapa de madurez apropiada para su explotación comercial./ Por decreto supremo, previo informe técnico de la Subsecretaría, se determinará la extensión de las zonas en que se aplicará*

transportar y comercializar recursos hidrobiológicos con infracciones de las normas de la presente ley y sus reglamentos o de las medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad”.

²⁹ Téngase presente, empero, que en los lugares en que haya praderas de algas y, en general, bancos de recursos hidrobiológicos, no puede otorgarse concesiones. Véase el artículo 67 inciso 6º LGPA.: “*Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, no se otorgarán concesiones ni autorizaciones de acuicultura en aquellas áreas en que existan bancos naturales de recursos hidrobiológicos incluidas las praderas naturales de algas*”. Pero las algas no necesariamente se agrupan en “praderas” ni todos los recursos hidrobiológicos en “bancos”.

³⁰ Artículo 645 inciso 1º CC.: “*Los frutos naturales se llaman pendientes mientras que adhieren todavía a la cosa que los produce, como [...] los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas*”. Asimilamos las algas y otros recursos hidrobiológicos de naturaleza vegetal a las plantas mencionadas en esta norma.

la prohibición establecida en el inciso anterior”. El artículo 2 N° 3 LGPA. concentra en las anádromas y catádromas las especies que migran³¹.

Extrañamente, el inciso 3° del dicho artículo 70 somete a previa habilitación administrativa el claro derecho civil de capturar las especies migratorias por sus dueños; pues dice: “*Por resolución fundada de la Subsecretaría, se podrá exceptuar de esta prohibición [de captura establecida en el inciso 1°] a las empresas de cultivo en que se verifique que se han originado dichas especies*”.

d) La concesión también puede generar frutos civiles consistentes en “*precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo*” (artículo 647 CC.). En efecto, una concesión puede ser arrendada (artículos 80 ter, 81 incisos 1°, 5° y 6°) y ser sometida a censo (artículo 81 inciso 5° LGPA., en cuanto menciona derechos reales, a los cuales pertenece el censo); así que los precios, pensiones y cánones que se generen por ello pertenecen al titular de la concesión por derecho de goce de estos frutos civiles que ella genera (artículo 648 CC.).

e) Se presenta, en fin, el aprovechamiento de los frutos industriales causados por la concesión. En general, tales frutos son en realidad productos gestados en un predio, que terminan convertidos en manufacturas, como la madera cortada de un fundo forestal, o la carne faenada, tratada y envasada (aunque no necesariamente esto último) de un fundo ganadero, o la carne de salmón y otros peces o de moluscos, etcétera, engendrados en viveros o plantas, también faenada, tratada y envasada. Aunque, pues, se trata de productos, porque su progresión envuelve destruir la cosa de que provienen, el ciclo permanente de producción y reposición hace que, en el largo plazo, dicha destrucción sea para los individuos, más no para el conjunto, y que la producción sea periódica, comportándose estos frutos industriales, por ende, como los naturales, que no implican la desaparición de su fuente y aparecen con cierta periodicidad. El *Código Civil* no trata directamente de ellos; y los que podrían constituirlos van confundidos con los frutos naturales, como cuando se cuenta la madera y las pieles, lanas, o astas entre los frutos naturales percibidos (artículos 645 inciso 2° y 646 inciso 3° CC.).

En todo caso, está fuera de duda que los frutos industriales son propiedad del dueño del establecimiento productor; en el caso de una concesión, del titular de la concesión misma, o de quien tenga sus derechos (por arrendamiento, por ejemplo).

Queda, así, delimitado con precisión el objeto de la hipoteca regulada en el artículo 81 bis LGPA.

5. La ley establece una diferencia entre la concesión de acuicultura otor-

³¹ En síntesis, son anádromas aquellas especies cuyo ciclo de vida se inicia en aguas terrestres, se desarrolla en el mar y termina en las aguas de origen. Catádromas, en cambio, son las especies cuyo ciclo vital se inicia en el mar, se desarrolla en aguas terrestres y termina nuevamente en el mar.

gada de acuerdo con los artículos 77 inciso 2º y 80 bis LGPA. y la otorgada fuera del ámbito de esas disposiciones (artículo 80 ter LGPA.).

a) La diferencia, aparte de ciertas facultades otorgadas en el primer caso y no en el segundo, y de algunos detalles procedimentales, en lo que a nosotros interesa incide en la posibilidad de cuándo o bajo qué condiciones hacer objeto de negocios jurídicos a la concesión. Si ella fue otorgada bajo el régimen del artículo 80 bis LGPA., para transferir o celebrar otro acto jurídico que tenga por objeto la concesión, su titular debe acreditar que ésta ha operado durante un año, con cumplimiento de los niveles mínimos de operación fijados en el reglamento; o, en sustitución, acreditar la calidad de acuicultor habitual³².

Ahora bien, la constitución de una hipoteca sobre la concesión está expresamente eximida del requisito de haber operado durante un año la concesión o de tener la calidad de acuicultor habitual su titular³³. Así que, en final de cuentas, el que haya obtenido su concesión acogido al artículo 80 bis, siempre y desde que la haya adquirido puede hipotecarla sin más.

Por el contrario, cuando la concesión fue otorgada fuera del artículo 80 bis LGPA., el inciso 1º de su artículo 80 ter dispone que el titular sólo puede transferir o arrendar la concesión después de seis años desde su entrega material [letra a)] y siempre que el titular hubiera operado en forma directa y en beneficio propio la concesión durante tres años consecutivos, con pleno cumplimiento de los niveles mínimos de operación fijados por el reglamento [letra b)]. La norma insiste en su inciso 2º que mientras no se cumplan estas condiciones: “[...] queda prohibido al titular de la concesión [o autorización] de acuicultura celebrar cualquier negocio jurídico que tenga por objeto directo o indirecto la concesión [o autorización] o su utilización en beneficio de terceros, a través de arriendos o de cualquier otro acto o contrato que tenga como finalidad ceder directa o indirectamente la tenencia, uso, beneficio o dominio de la misma, sea a título oneroso o gratuito”.

³² Artículo 80 bis: “[Inciso 1º] El titular de una concesión o autorización de acuicultura que haya optado por someterse al régimen previsto en el presente artículo de conformidad con el inciso segundo del artículo 77, tendrá los siguientes derechos: a) Transferir o celebrar otro negocio jurídico que tenga por objeto la concesión o autorización de acuicultura./ [...] / [Inciso 2º] Para ejercer los derechos señalados en las letras a) y b), el titular deberá acreditar la operación de la concesión o autorización durante un año, dando cumplimiento a los niveles mínimos de operación fijados en el reglamento; o acreditar la calidad de acuicultor habitual”.

³³ Artículo 80 bis inciso 3º LGPA.: “Respecto del ejercicio de los derechos señalados en la letra a), se exceptúa de esta exigencia [sc. de aquella del inciso 2º] a los titulares de concesiones de acuicultura integrantes de una agrupación de concesiones. Del mismo modo, no será exigible dicho requisito para la constitución de hipoteca sobre la concesión o autorización”.

b) El punto de interés aquí es el siguiente: el inciso 1° del artículo 80 ter dice que, pedida y otorgada la concesión sin acogerla al artículo 80 bis, su titular “*sólo podrá transferir o arrendar la concesión*” si cumple los requisitos indicados en las letras a) y b), y tal no es aplicable a la hipoteca, que no se deja incluir como una transferencia ni, menos aún, como un arriendo; así que para constituirla no sería necesario dar cumplimiento a los requisitos de las letras a) y b). Pero el inciso 2° prohíbe al titular de la concesión celebrar “*cualquier negocio jurídico*” que tenga por “*objeto directo o indirecto la concesión*”, mientras no se dé cumplimiento a los requisitos de las letras a) y b); y ahora resulta que la hipoteca sí que está envuelta por la prohibición, porque es un negocio jurídico que tiene por objeto directo a la concesión.

Ahora bien, como la fórmula empleada en el inciso 2° es más amplia y comprensiva, y todo su dictado es, por otro lado, más específico, debemos pensar que prevalece sobre aquella más restringida y genérica que se contienen en el inciso 1°. De lo cual concluimos, pues, que el titular de una concesión de acuicultura no otorgada al amparo de los artículos 77 y 80 bis, no puede hipotecarla sin que previamente acredite haber dado cumplimiento a las exigencias de las letras a) y b) del inciso 1° del artículo 80 ter, o haya mudado su concesión al régimen del artículo 80 bis, como lo permite el inciso final del artículo 80 ter³⁴.

³⁴ Artículo 80 ter LGPA.: “[Inciso 1°] *En el caso que el titular de la concesión o autorización de acuicultura no haya ejercido la opción a que se refiere el inciso segundo del artículo 77, sólo podrá transferir o arrendar la concesión o autorización de acuicultura, cuando concurren las siguientes condiciones: a) que hayan transcurrido seis años desde su entrega material, como mínimo, y b) que las concesiones o autorizaciones hayan sido operadas por su titular en forma directa y en interés propio por tres años consecutivos, dando cumplimiento a los niveles mínimos de operación fijados en el reglamento. Se considerará dentro de los años de operación, el plazo que hubiere transcurrido entre una cosecha y la próxima siembra, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 bis.* [Inciso 2°] *Mientras no se cumplan las condiciones indicadas en las letras a) y b) precedentes, queda prohibido al titular de la concesión o autorización de acuicultura celebrar cualquier negocio jurídico que tenga por objeto directo o indirecto la concesión o autorización o su utilización en beneficio de terceros, a través de arriendos o de cualquier otro acto o contrato que tenga como finalidad ceder directa o indirectamente la tenencia, uso, beneficio o dominio de la misma, sea a título oneroso o gratuito.* [Inciso 3°] *La celebración de cualquier acto o contrato en contravención a esta norma será sancionada en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 118 y en la letra g) del artículo 142 de la presente ley.* [Inciso 4°] *Sin perjuicio de lo anterior, podrá cambiarse el régimen a que se encuentra sometida la concesión o autorización de acuicultura, efectuando la consignación a que se refiere el artículo 77°.*”

VI. CARACTERES DEL DERECHO DE CONCESIÓN DE ACUICULTURA

De las dicciones legales fluyen varios caracteres del derecho de concesión de acuicultura.

1. En primer lugar se trata de un derecho real.

a) En la legislación chilena, un derecho sólo puede ser real o personal (artículo 576 CC.). Real es el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona (artículo 577 inciso 1º); y tal es precisamente el caso del derecho de concesión de acuicultura, que se ejerce sobre la superficie de playa, fondo y agua o terreno de roquerío delimitado en el acto administrativo concedente frente a todos y no respecto de persona determinada alguna, a quien el titular pueda exigir una prestación de dar, hacer o no hacer que éste le debe merced a alguna fuente de obligación.

Como derecho real sobre una cosa corporal que es, merced a ello queda legitimada una cierta actividad en forma funcionalmente exclusiva para el titular y excluyente de la misma actividad para los demás, a los cuales no les resta otra actitud que respetarla, no inmiscuirse ni entorpecer. El artículo 67 ter inciso 1º LGPA. incorpora este dato de exclusividad, pues dice: *“Las personas [...] que soliciten realizar, en forma exclusiva, acuicultura experimental en bienes nacionales de uso público y los centros de investigación en acuicultura que se emplacen en tales sectores se someterán a las disposiciones de las concesiones de acuicultura [...]”*; el artículo 74 LGPA. expresa, por su lado, que la concesión de porciones de agua y fondo otorga por sí sola a su titular el privilegio de uso exclusivo del fondo correspondiente al área en el proyectada verticalmente por la superficie de la porción de agua concedida. Debido a lo cual no puede haber concesiones superpuestas, vale decir, a favor de personas distintas sobre una misma área o superficie, como lo dice el artículo 78 LGPA.³⁵

b) El inciso 5º del artículo 81 LGPA. tiene una manera especial de decir que la concesión es un derecho real: *“Los actos de transferencia, arriendo y cualquier otro que implique la cesión de derechos sobre las concesiones [y autorizaciones] de acuicultura no serán oponibles a terceros, mientras no sean inscritos de conformidad con los incisos anteriores. Al acreedor hipotecario no le serán oponibles dichos actos, salvo los contratos de arrendamiento y los derechos reales que hayan sido inscritos en el Registro de Concesiones [o Autorizaciones] de Acuicultura con fecha anterior a la de inscripción de la hipoteca en el Registro de*

³⁵ Según el inciso 1º de ese artículo, recibida una solicitud de concesión en la Subsecretaría de Marina, ésta debe verificar *“si el área [sc. pedida en concesión] se sobrepone, en forma total o parcial a una o más concesiones o autorizaciones de acuicultura ya otorgadas”* o solicitadas con anterioridad. De acuerdo con el inciso 2º: *“Si el área solicitada ya estuviere concedida o se sobrepone con la de otra solicitud en trámite [...] la Subsecretaría devolverá al solicitante los antecedentes, dictando una resolución denegatoria fundada al efecto”*.

Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces que corresponda”.

El segmento primero de este inciso contiene una regla general concerniente a los actos de transferencia, arriendo y cualquier otro que implique la cesión de derechos sobre las concesiones de acuicultura: desde que se los haya inscrito en el Registro de Concesiones de Acuicultura (en la forma señalada en los incisos 1° a 4° del artículo 81 LGPA.), son oponibles a terceros; mientras no se los haya inscrito, no lo son.

El segmento segundo del inciso acoge una regla sobre la misma materia especialmente aplicable al acreedor hipotecario. Ella está construida, a su vez, sobre la base de una regla general y una excepción o regla especial. La regla general es que “*dichos actos*”, vale decir, los de transferencia, arriendo y cualquier otro que implique la cesión de derechos sobre las concesiones de acuicultura no son oponibles nunca al acreedor hipotecario, sea que se los haya inscrito en el Registro de Concesiones de Acuicultura, sea que no se los haya inscrito ahí o en cualquier otro registro. De acuerdo con los principios y la lógica de las situaciones propuestas, esta regla atañe a los actos ejecutados con posterioridad a la inscripción hipotecaria; porque de Derecho común y general resulta incuestionable que si fueron ejecutados antes de ella, o bien no hay problema de oponibilidad o inoponibilidad³⁶, o bien son completamente oponibles³⁷ o bien son completamente inoponibles³⁸. La ley, por consiguiente, no pudo no pensar más que en actos posteriores³⁹.

³⁶ Si el titular de una concesión la enajena (a título de venta, permuta, donación, pago, dación en pago, aporte en sociedad, transacción dispositiva, etcétera) y su adquirente o nuevo titular la da hipoteca a cierto acreedor suyo, carece de sentido y es absurda la proposición de que la enajenación por la que el constituyente de la hipoteca hizo suya la concesión no es oponible al posterior acreedor hipotecario; pero tampoco tiene sentido decir que le es oponible.

³⁷ Si el titular de un predio lo grava con un usufructo o con una hipoteca, inscribe esos gravámenes en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, y después vuelve a hipotecar el predio, los gravámenes previos son sin más oponibles al posterior acreedor hipotecario, quien recibe la hipoteca a sabiendas de haber una anterior o un usufructo, debiendo, por ende, contar con que la primera hipoteca posterga el pago de la suya o de que el usufructo debe disminuir el precio de venta del predio en la subasta ejecutiva.

³⁸ Es el caso de los arriendos previos que no constan en escritura pública ni fueron (no pudieron ser) inscritos: ellos son sin discusión inoponibles al acreedor hipotecario, lo cual deriva de la naturaleza real de la hipoteca que hace ceder a un derecho meramente personal como el de arrendamiento (la regla del artículo 1962 CC. es una construcción muy excepcional). Lo propio vale para los comodatos o los mandatos recaídos sobre inmuebles (sea que se los haya celebrado por escritura pública o sin ella, y que se los haya inscrito o no)

³⁹ Es decir, debe aplicarse a una concesión de acuicultura lo dicho en la nota anterior para un predio.

Eso convierte en algo poco justificable la manera de redactar la excepción o regla especial de los acreedores hipotecarios, en orden a que los contratos de arrendamiento y los derechos reales recaídos sobre una concesión de acuicultura son oponibles a dicho acreedor, desde que hayan sido inscritos en el Registro de Concesiones de Acuicultura, si la fecha de inscripción fue anterior a la de inscripción de la hipoteca en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces competente. Si fue así, no cabe duda que el arrendamiento y el derecho real inscritos antes son sin más oponibles al acreedor hipotecario, como consecuencia de lo dicho precedentemente. A mayor abundamiento, eso está expresado directamente por el artículo 1962 N° 3 CC. en relación con los arrendamientos, cuando dispone que los acreedores hipotecarios están obligados a respetar el (previo) arrendamiento de la cosa sobre la cual tienen hipoteca, si el arrendamiento consta en escritura pública y ésta se haya inscrita en el Registro (de Hipotecas y Gravámenes) del Conservador de Bienes Raíces, pero antes de la inscripción hipotecaria. Es lo mismo que establece el inciso 5° del artículo 81 LGPA., con esta diferencia: que la oponibilidad al acreedor hipotecario exige que el contrato de arrendamiento haya sido inscrito en el Registro de Concesiones de Acuicultura. Guarda silencio sobre inscribirlo además en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, en seguimiento de lo señalado por el artículo 1962 N° 3 CC. Sin embargo, como la norma del inciso 5° es especial con respecto a aquella del artículo 1962 N° 3 CC. no cabe exigir además, la inscripción pedida por ésta última. Ahora bien, atendido que, salvo en este punto, la norma nada sustancialmente nuevo dice, cupo haber esperado una distinta forma de su redacción, porque la usada da a entender que todo cuanto expresa es novedad.

Aclarado, pues, que la excepción de oponibilidad a la regla especial de inoponibilidad a los acreedores hipotecarios en lo sustancial no innova en el Derecho general de la hipoteca, volvamos a la regla general de esos acreedores, en orden a que los actos de transferencia, arriendo y cualquier otro que implique la cesión de derechos sobre las concesiones de acuicultura perfeccionados con posterioridad a la inscripción de la hipoteca nunca son oponibles al acreedor hipotecario. Eso significa, por ejemplo, que si el constituyente de la hipoteca después vende o dona la concesión que tenía gravada, la pertinente venta o donación es inoponible al acreedor hipotecario. En un sentido general y atécnico esto es verdadero, porque, atendida la naturaleza real de la hipoteca, la persecución, desposesión y realización de su objeto es siempre posible contra el tercer adquirente (artículo 2428 CC.), o sea, contra el comprador o el donatario, en el ejemplo, como si se tratara del constituyente, sin que les esté expedita defensa alguna que respete a ese punto. Pero en sentido técnico, eso no es inoponibilidad. Hubiera verdadera inoponibilidad

si es que fuera lícito al acreedor hipotecario prescindir del contrato de venta o de donación que en los hechos tuvo lugar, y obrar como si no lo hubieran tenido. Pero eso es imposible, pues hubiese de significar, por ejemplo, no ser necesario entablar la acción de desposeimiento contra el tercer adquirente cuyo título es inoponible, y poder entablarla contra el constituyente de la hipoteca como si no hubiera vendido o donado; lo cual transgrede la naturaleza de las cosas porque, quiéralo o no, el acreedor hipotecario de todos modos deberá dirigir la acción contra el tercer adquirente.

Así las cosas, el tenor literal del artículo 81 inciso 5° LGPA. carece de sentido en cuanto declara siempre inoponibles contra el acreedor hipotecario los actos posteriores a la hipoteca que menciona, porque tal inoponibilidad (que, como vimos, tampoco es técnicamente tal) no necesitó ser establecida. Concluimos, pues, que la dicción del inciso 5° fue la manera que tuvo la ley para poner de manifiesto que la concesión es un derecho real, el cual, por ende, prevalece sobre los actos de transferencia, arriendo y cualquier otro que implique su cesión por parte de su titular. Propiamente hablando, le hubiera bastado decir: la concesión de acuicultura es un derecho real.

2. A este rasgo se añaden otros:

a) Es un derecho cuyo título consiste en la resolución concedente de la Subsecretaría de Marina (artículo 80 inciso 1° LGPA.) y cuyo modo constitutivo es la inscripción de esa resolución en el Registro de Concesiones de Acuicultura⁴⁰ gestionado por la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa (80 inciso final LGPA.)⁴¹. La inscripción, como modo de adquirir el derecho, ha sido establecida por la ley bajo la idea de tratarse de una solemnidad habilitante para el ejercicio de la acuicultura⁴²; lo propio vale para la transferencia del derecho de concesión⁴³; todo lo cual, pues, podemos

⁴⁰ El artículo 2 N° 38 define ese registro como una “*nómina nacional de titulares de concesiones y autorizaciones de acuicultura habilitados para efectuar actividades de cultivo, que llevará el Servicio para los efectos de esta ley*”. Por “Servicio” la ley entiende al Servicio Nacional de Pesca (artículo 2 N° 25 LGPA.); pero el Registro lo lleva la Subsecretaría de Marina: véase la nota siguiente.

⁴¹ El artículo 69 inciso 6° LGPA. atribuye ese registro al Servicio Nacional de Pesca, lo que es una inadvertida reminiscencia de la situación anterior a la Ley N° 19.425, cuando había autorizaciones de acuicultura otorgadas por la Subsecretaría de Pesca.

⁴² Artículo 69 inciso 8° LGPA.: “*La inscripción en el registro es una solemnidad habilitante para el ejercicio de la actividad de acuicultura [...]*”.

⁴³ Artículo 81 LGPA.: “[Inciso 1°] *Las transferencias, arriendos y todo acto que implique la cesión de derechos de las concesiones o autorizaciones de acuicultura, cualquiera sea el régimen a que se encuentren sometidas, se inscribirán en el Registro de Concesiones o Autorizaciones de Acuicultura que llevará la Subsecretaría de Marina o de Pesca, según corresponda [...]/[...]* [Inciso 5°] *Los actos de transferencia, arriendo y cualquier otro que implique la cesión de derechos sobre las concesiones y autorizaciones de acuicultura no serán*

resumir con la idea de que sin inscripción no hay derecho de concesión; y eso es algo muy característico de un derecho real inmueble.

b) Es un derecho real inmueble, por aplicación de la regla sentada en el artículo 580 CC., según la cual los derechos y acciones (reales) se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse; pues, como ya quedó visto, la cosa en que recae la concesión, vale decir, el terreno de playa o de roquerío o el fondo de agua y agua, son inmuebles ellos mismos, de modo de traspasar este carácter al derecho.

c) Por la naturaleza administrativa de su título⁴⁴, es un derecho real administrativo.

d) La duración del derecho está legalmente limitada a 25 años, ni más ni menos; pero se puede renovar indefinidamente por igual período al cumplirse (artículos 2 N° 12 y 69 inciso 3° LGPA.). Técnicamente esta limitación temporal significa que la concesión está sujeta a caducidad; pero la ley impone este nombre a la revocación, así que nos abstendremos de emplearlo para la figura aquí tratada, a fin de evitar confusiones.

e) Es un derecho revocable por resolución firme de la autoridad competente⁴⁵; sólo que la ley, como acabamos de advertir, denomina caducidad a su revocación, por lo cual debemos decir que se trata de un derecho caducable (artículos 69 inciso 2°, 83 inciso 2° y artículos 141-142 [en el título 11°: *Caducidades*] LGPA.)⁴⁶.

f) Es un derecho intransmisible. La muerte de su titular no transmite la titularidad a sus herederos en la forma ordinaria de la sucesión por causa

oponibles a terceros, mientras no sean inscritos de conformidad con los incisos anteriores. [...]”. La referencia a la Subsecretaría de Pesca en el inciso 1° ya no está más vigente.

⁴⁴ Cfr. el artículo 2 N° 12: “*acto administrativo*”.

⁴⁵ Artículo 142 LGPA., después de su letra f): “*La caducidad que declare por resolución el Subsecretario de Marina, deberá ser notificada al titular de la concesión de acuicultura por carta certificada. Este último dispondrá de un plazo de 30 días, contado desde la fecha del despacho de la carta, para reclamar de la resolución ante el Ministerio de Defensa Nacional, el que resolverá previo informe técnico de la Subsecretaría de Marina, dentro de igual plazo. / Esta última decisión no es susceptible de recurso administrativo alguno. / Cuando la caducidad de una autorización de acuicultura sea declarada por resolución de la Subsecretaría, su titular será notificado en la misma forma y dentro de igual plazo que el que se indica precedentemente. Asimismo, podrá reclamar de esta resolución ante el Ministro, el que resolverá previo informe de la Subsecretaría. Esta última decisión tampoco será susceptible de recurso administrativo alguno*”. Este texto debió haber sido insertado al final del artículo 142 y no después de su letra f) y antes de su letra g).

⁴⁶ La diferencia entre caducidad (que siempre opera *ipso iure* como consecuencia de cumplirse un plazo y no se puede enervar) y revocación, la cual exige un acto revocatorio generalmente fundado en causas legales y que, en principio, se puede enervar, es clara y precisa y asombra la equivocada terminología usada en la ley, que llama caducidad a lo que es revocación. Pero este tema excede nuestro actual interés.

de muerte; y sólo hace procedente la emisión de una resolución a favor de aquéllos, a su pedido dentro del año contado desde el fallecimiento, bajo sanción de caducidad de la concesión⁴⁷. Dicha resolución no es discrecional y la autoridad competente debe emitirla si nada legal se opone a ello. Pero no crea ella misma la concesión, porque esta subsiste después de la muerte y sólo se extingue si los herederos no solicitan la resolución a que se ha hecho referencia. Con todo, es necesario inscribirla en el Registro de Concesiones de Acuicultura, merced al precepto general de los incisos 6° y 8° del artículo 69 LGPA. Por consiguiente, se trata de una resolución declarativa de la concesión, pero constitutiva de su titularidad, precisamente de aquella de los herederos, porque sin tal resolución éstos legalmente nada tienen⁴⁸.

g) Es un derecho renunciable por su titular mediante escritura pública (artículo 83 inciso 1° LGPA.), que aunque la ley no lo diga, debe conducir a la cancelación de la inscripción en el Registro de Concesiones de Acuicultura⁴⁹.

h) Es un derecho patrimonial que se encuentra sujeto a tráfico jurídico: i) admite ser transferido entre vivos a cualquier título (compraventa, permuta

⁴⁷ Artículo 142 letra f) LGPA.: “Son causales de caducidad de las concesiones y autorizaciones de acuicultura las siguientes: f) Fallecimiento del titular, cuando no se cumpla lo establecido en el artículo 82”; artículo 82 LGPA.: “En el evento del fallecimiento del titular de una concesión o autorización de acuicultura, la sucesión, mediante mandatario común, deberá presentar a la Subsecretaría de Marina o a la Subsecretaría, según corresponda, dentro del plazo de un año de ocurrido el fallecimiento del causante, copia autorizada del auto de posesión efectiva, para que dichas autoridades procedan a dictar una nueva resolución en favor de sus herederos”. La norma se refiere a la sucesión a título universal. Pero, de acuerdo con las reglas generales y los principios, el titular de una concesión bien podría asignarla por legado a alguien (cfr. el artículo 1127 inciso 1° CC.: “Pueden legarse [...] los derechos [...]”); sólo que ese legado no transmite él mismo la concesión y sólo autoriza al legatario para impetrar la resolución concedente a que se refiere el artículo 82 LGPA. Téngase presente que en este caso se trata de una verdadera caducidad, debida al uso de la expresión “dentro de” para admitir la solicitud (artículo 49 CC.).

⁴⁸ Se presenta el problema de fijar el estatuto de la concesión entre la muerte de su anterior titular y la fecha de la inscripción de la resolución. Pero nada dice la ley al respecto. A menos, pues, que se haga regir el asunto por las reglas de la posesión, de modo que los herederos que posean la concesión puedan hacerla operar (sin perjuicio, tal vez de pedir una suerte de autorización provisional a la autoridad competente), habría de concluirse que la concesión es una *res sine domino* (no, por cierto, *nullius*) y tiene que ser paralizada durante ese tiempo intermedio.

⁴⁹ Así se explica la carga impuesta al renunciante por el inciso 2° del artículo 83 LGPA., en orden a enviar copia de la escritura de renuncia a la Subsecretaría de Marina. La cancelación puede y debe ser ejecutada de oficio por ésta, si el renunciante no se la solicitó.

donación, pago, aporte en sociedad, transacción dispositiva)⁵⁰; y ser objeto de actos preparatorios de su transferencia (como promesa de compraventa, etcétera)⁵¹; *ii*) admite ser objeto de otros actos o negocios jurídicos que no envuelvan transferencia entre vivos ni transmisión por causa de muerte, como arrendamiento, comodato, depósito, mandato, etcétera⁵² y de actos que los preparen (como promesa de arrendamiento, etcétera)⁵³; *iii*) admite ser

⁵⁰ Véanse los artículos 69 inciso 3º LGPA.: “*las concesiones y autorizaciones de acuicultura serán transferibles [...]*”; 80 bis: “*El titular de una concesión o autorización de acuicultura [...] tendrá los siguientes derechos/ a) Transferir [...] la concesión o autorización de acuicultura*”; 80 ter inciso 2: “*Mientras no se cumplan las condiciones indicadas en las letras a) y b) precedentes, queda prohibido al titular de la concesión o autorización de acuicultura celebrar cualquier negocio jurídico que tenga por objeto directo o indirecto la concesión o autorización o su utilización en beneficio de terceros, a través de arriendos de cualquier otro acto o contrato que tenga como finalidad ceder directa o indirectamente la tenencia, uso, beneficio o dominio de la misma, sea a título oneroso o gratuito*”; del que se sigue que, cumplidas las condiciones de las letras a) y b) del mismo artículo 80 ter, el titular de una concesión puede celebrar actos cuyo fin sea ceder su dominio (entiéndase: cuasidominio o titularidad) por causa onerosa o gratuita; 81: “*Las transferencias [...] y todo acto que implique la cesión de derechos de las concesiones o autorizaciones de acuicultura [...] se inscribirán [...]*. Véanse también los artículos 81 inciso 5º y el inciso 1º del artículo 81 bis LGPA. (“*Sin perjuicio de otros negocios jurídicos, podrá [...]*”).

⁵¹ Véase el artículo 69 inciso final: “*Se prohíbe [...] la celebración de todo acto o contrato preparatorio de transferencias [...], en forma previa al otorgamiento de la concesión o autorización de acuicultura, según corresponda*”; del cual se infiere que, una vez otorgada la concesión, ya es posible la celebración de todo acto o contrato preparatorio de transferencias a terceros.

⁵² Véanse los artículos 69 inciso 3º LGPA.: “*Las concesiones y autorizaciones de acuicultura serán [...] en general susceptibles de negocio jurídico [...]*”; 80 bis: “*El titular de una concesión o autorización de acuicultura [...] tendrá los siguientes derechos/ a) [...] celebrar otro negocio jurídico que tenga por objeto la concesión o autorización de acuicultura*”; 80 ter inciso 2: “*Mientras no se cumplan las condiciones indicadas en las letras a) y b) precedentes, queda prohibido al titular de la concesión o autorización de acuicultura celebrar cualquier negocio jurídico que tenga por objeto directo o indirecto la concesión o autorización o su utilización en beneficio de terceros, a través de arriendos de cualquier otro acto o contrato que tenga como finalidad ceder directa o indirectamente la tenencia, uso, beneficio o dominio de la misma, sea a título oneroso o gratuito*”; del cual fluye que, cumplidas las condiciones de las letras a) y b) del mismo artículo 80 ter, el titular de una concesión puede celebrar actos que tenga por objeto directo o indirecto la concesión o autorización o su utilización en beneficio de terceros, a través de arriendos de cualquier otro acto o contrato que tenga como finalidad ceder directa o indirectamente la tenencia, uso, beneficio de la misma, sea a título oneroso o gratuito; 81: “[...], *todo acto que implique la cesión de derechos de las concesiones o autorizaciones de acuicultura [...] se inscribirán [...]*. Véanse también los artículos 81 inciso 5º y el inciso 1º del artículo 81 bis LGPA. (“*Sin perjuicio de otros negocios jurídicos, podrá [...]*”).

⁵³ Artículo 69 inciso final: “*Se prohíbe [...] la celebración de todo acto o contrato preparatorio de [...] arriendos u otra forma de explotación por terceros, en forma previa al*

hipotecado⁵⁴, lo cual constituye el objeto del presente trabajo; *iv*) admite ser objeto de otros derechos reales inmuebles⁵⁵, vale decir, aparte del de hipoteca, de los derechos de censo, usufructo, uso y servidumbres⁵⁶, aunque, salvo en la hipoteca y el censo, los demás mencionados no recaen, en realidad, sobre el derecho de concesión, sino sobre la cosa corporal objeto de aquel derecho.

VII. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA SOBRE UNA CONCESIÓN DE ACUICULTURA

De acuerdo con el inciso 1° del artículo 81 bis LGPA., la hipoteca de que tratamos “*deberá otorgarse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces que tenga competencia en la comuna en la que se encuentre ubicada la concesión [o autorización]*”.

1. Aunque la norma no lo dice expresamente, la ley establece por medio de otras disposiciones suyas que la procedencia de esta hipoteca es diferente cuando la concesión que se intenta hipotecar fue otorgada al amparo de los artículos 77 y 80 bis LGPA. a que cuando fue otorgada fuera de ese amparo⁵⁷.

En el primer caso, la hipoteca es constituible sin sujeción a requisito alguno; en especial, sin sujeción al artículo 80 inciso 1° letra a) en conexión con su inciso 2°, porque el segmento final del inciso 3° exime a esta concesión de cumplir las exigencias señaladas, si de hipotecarla se trata.

Pero cuando la concesión que se trata de hipotecar había sido otorgada fuera de los artículos 77 y 80 bis LGPA., de acuerdo con su artículo 80 ter, menester es dar cumplimiento a las letras a) y b) de su inciso 1°; es decir,

otorgamiento de la concesión o autorización de acuicultura, según corresponda”; de lo cual se infiere que, una vez otorgada la concesión, ya es posible la celebración de todo acto o contrato preparatorio de arriendos u otras formas de explotación por terceros.

⁵⁴ Artículo 81 bis LGPA.

⁵⁵ Lo da por supuesto el artículo 81 inciso 5°, segmento segundo LGPA.: “[...] *Al acreedor hipotecario no le serán oponibles dichos actos* [se refiere a los actos de transferencia, arriendo y cualquier otro que implique la cesión de derechos sobre las concesiones y autorizaciones de acuicultura], *salvo los contratos de arrendamiento y los derechos reales que hayan sido inscritos en el Registro de Concesiones o Autorizaciones de Acuicultura con fecha anterior a la de inscripción de la hipoteca en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces que corresponda*”.

⁵⁶ Sobre algunas servidumbres trata el artículo 74 inciso 2° LGPA.: “*Los titulares de autorizaciones de acuicultura tendrán, para los efectos de constituir las servidumbres necesarias para el desarrollo de sus actividades, los mismos derechos que otorga el Código de Aguas, a los titulares de derechos de aprovechamiento*”.

⁵⁷ Véase, más arriba, el capítulo V, 4.

que hayan transcurrido seis años desde la entrega material de la concesión [letra a)]; y que ésta haya sido operada por su titular en forma directa y en interés propio por tres años consecutivos, y con cumplimiento de los niveles mínimos de operación fijados en el reglamento [letra b)].

2. La exigencia de escritura pública coincide con la del Derecho general, contenido en el inciso 1º del artículo 2409 CC. El cual añade en su inciso 2º algo completamente válido para la operación sobre el derecho de acuicultura: “*Podrá ser una misma la escritura pública, y la del contrato a que accede*”.

3. El requisito de inscribir la escritura pública de hipoteca en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces también coincide con la del Derecho general (artículos 2410 CC. y 31, 32 inciso 2º y 52 N° 1 del *Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*). El artículo 2410 CC. añade que sin la inscripción, la hipoteca no tendrá valor alguno. Esta regla ha causado una discusión exegética clásica, sobre si la inscripción es una solemnidad del contrato, cuya ausencia, por ende, lo anula; o sólo el modo de constituir el derecho real de hipoteca, que sin ella no existe, pero cuya omisión no anula el contrato mismo⁵⁸. La ley de pesca no ha superado esta enojosa discusión en su articulado; así que permanece abierto si la inscripción de la escritura que contiene el contrato hipotecario es solemnidad de éste o sólo el modo de constituir el derecho real. A nosotros nos place, por cierto, la segunda alternativa, más lógica, racional y consistente con el sistema chileno de derechos reales.

El mismo inciso 1º del artículo 81 bis concede competencia para la inscripción al Conservador de Bienes Raíces de la comuna en la que se encuentre ubicada la concesión. Evidentemente, esta última palabra está usada en su sentido de cosa corporal sobre la cual recae el derecho hipotecado, vale decir, en el de terreno de playa o de roquerío o de superficie de agua que se proyecta sobre el fondo, si la concesión es de fondo y agua.

4. El artículo 81 ter LGPA. enumera el contenido de la inscripción hipotecaria⁵⁹. Por regla general, ese artículo reproduce las menciones exigidas

⁵⁸ Por todos: véanse: SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones* ([2ª edición], Santiago, Contable Chilena, 1981), núm. 372, pp. 342-348.

⁵⁹ Artículo 81 ter LGPA.: “*La inscripción de la hipoteca contendrá: / a) El nombre, apellido y domicilio del acreedor y su profesión, si tuviere alguna; y las mismas designaciones respecto del deudor y de los apoderados o representantes legales del uno o del otro, que requieran la inscripción. Las personas jurídicas serán denominadas por su nombre legal y por el lugar de su establecimiento; y se extenderá a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales en el inciso anterior. / b) La fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra. Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se expresará también la fecha de este acto, y el archivo en que se encuentra. / c) La ubicación del centro de cultivo, indicando sector, comuna, provincia y región. / d) La superficie del centro de cultivo y coordenadas geográficas que lo delimitan y las especies o*

para la inscripción general por el artículo 81 del *Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*; con tres adaptaciones derivadas de la especial naturaleza de la cosa hipotecada, correspondientes a las menciones de las letras c): “*La ubicación del centro de cultivo, indicando sector, comuna, provincia y región*”; d): “*La superficie del centro de cultivo y coordenadas geográficas que lo delimitan y las especies o grupo de especies objeto del cultivo*”; y e): “*El número de la resolución que otorgó la concesión [o autorización], fecha y autoridad de la que emana y fecha de su publicación en el Diario Oficial*”.

Estas menciones exigidas para la inscripción están indirectamente exigidas para el contrato hipotecario mismo, porque todo aquello que deba aparecer en la inscripción de un título previamente tiene que aparecer en el título que se inscribe: la inscripción, pues, debe ser un reflejo exacto del título; si algo falta en este, se lo debe suplir con la misma solemnidad del título (normalmente la escritura pública), lo que equivale a modificarlo, de modo que el título ahora queda integrado por dos (o eventualmente más) escrituras; lo cual no obsta a las rectificaciones y suplencias de puntos accidentales mediante minutas⁶⁰.

VIII. PACTO DE NO ENAJENAR O NO GRAVAR LA CONCESIÓN HIPOTECADA

1. La posibilidad de pactar en el contrato hipotecario (o posteriormente) sus partes que la cosa hipotecada no pueda ser enajenada o gravada con otra hipoteca, está regulada generalmente en el artículo 2415 CC.: “*El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario*”.

a) La norma no prohíbe el pacto de no enajenación o de no re-hipoteca, así que valen; pero la resta eficacia en cuanto su existencia no impide la válida enajenación o la posterior hipoteca de la cosa que ya fue objeto del gravamen. Como, empero, en el resto esos pactos están gobernados por el artículo 1545 CC., de acuerdo con las reglas generales su incumplimiento

grupo de especies objeto del cultivo./ e) El número de la resolución que otorgó la concesión o autorización, fecha y autoridad de la que emana y fecha de su publicación en el Diario Oficial./ f) La suma determinada a que se extiende la hipoteca en el caso de haberse limitado a determinada cantidad./ g) La fecha de la inscripción y la firma del Conservador”.

⁶⁰ Artículo 82 Regl. del Reg. Conserv. de B. Raíces: “[Inciso 1°] *La falta absoluta en los títulos de alguna de las designaciones legales, sólo podrá llenarse por medio de escritura pública./ [Inciso 2°] Pero la designación de los herederos y legatarios a que se refiere el artículo 79, inciso primero, las designaciones necesarias en el caso del inciso segundo, y las de los personeros y representantes legales que exige el número 1° del artículo precedente, se salvarán por medio de minutas suscritas por las partes./ [Inciso 3°] Del mismo modo se enmendarán y suplirán las designaciones defectuosas o insuficientes de los títulos*”.

dañoso para el acreedor puede dar lugar a responsabilidad personales del constituyente de la hipoteca que los incumplió. Si del incumplimiento se derivan la extinción de la hipoteca o la disminución considerable del valor de la cosa hipotecada o bien su pérdida o deterioro en términos de ya no ser suficiente para la seguridad de la deuda, el Derecho hipotecario prevé como remedio el reemplazo o una mejora de la caución o de la aceleración de la deuda garantida (artículos 1496 N° 2 y 2427 CC. que más adelante examinaremos con más detalle).

Supóngase que en el momento de contraerse la hipoteca, la finca que fue su objeto tenía inmuebles por adherencia o destinación, que entonces quedaron afectados por la garantía (artículo 2420 CC.); pero que con posterioridad el constituyente los enajena, caso en el cual dejan de quedar afectados por el gravamen (ibíd.). Si eran de un valor importante, es notorio que el acreedor ha sufrido un perjuicio, porque el valor de cambio de la finca hipotecada es ahora inferior al que tendría de persistir en ella los inmuebles por accesión vendidos. Los remedios civiles a que se aludió le permiten acelerar la deuda garantizada si es que no obtuvo la mejora de su caución; pero bien puede acaecer que en la realización de ésta, en la subasta se obtenga un valor muy inferior al suficiente para pagar la deuda, sus intereses y los costos de la ejecución. En tal caso, el acreedor podrá dirigirse contra quien estaba obligado a no enajenar y no respetó ese pacto, para que le resarza el perjuicio derivado, consistente en no haber podido cobrar toda la deuda.

En los casos en que se trate de la enajenación del inmueble principal es raro, en cambio, que haya perjuicio, porque la naturaleza real de la hipoteca permite al acreedor perseguirlo contra el constituyente de la hipoteca (sea o no el deudor) o un tercer adquirente, a cualquier título que la haya adquirido sin purga (artículo 2428 CC.); así que cuando el constituyente de una hipoteca, por más que se haya obligado a no enajenar, enajena, la hipoteca queda a salvo para su titular. Similarmente, como las deudas garantizadas con hipotecas constituidas con posterioridad se pagan con posterioridad a las garantizadas con hipotecas constituidas con anterioridad, porque se sigue el orden de las fechas de cada hipoteca (artículo 2477 CC.), la re-hipoteca, aunque vulnere el pacto de no re-hipotecar, no perjudica al acreedor con hipoteca anterior.

b) La doctrina está de acuerdo en que, sin necesidad de pacto alguno, los derechos de usufructo, uso, habitación o servidumbre que se constituyan por el dueño de un predio con posterioridad a la hipoteca que le había impuesto no son oponibles al acreedor. La razón es que tales gravámenes necesariamente disminuido el valor de venta del predio y perjudican, por ende, la garantía. Por tal razón, esa doctrina niega la aplicabilidad del argumento *a fortiori*, iniciado con la premisa de ser siempre posible la enajenación del

inmueble hipotecado, aunque se pacte lo contrario (artículo 2415 CC.), de que se deriva con mayor razón ser posible la imposición de gravámenes reales; o del argumento *a maiore*, de que quien puede lo más (enajenar) puede lo menos (gravar). La improcedencia de estos argumentos se funda en que la posibilidad de enajenar el predio hipotecado se justifica por la ausencia de perjuicio para el acreedor; y todo lo contrario acaece cuando de gravar con derechos reales de aprovechamiento se trata, así que falla la base para concluir *a fortiori* y *a maiore*⁶¹.

No concordamos con esta doctrina. De hecho, en la enajenación del predio puede haber perjuicio para el acreedor, como queda demostrado merced al ejemplo de la que recae sobre sus inmuebles por adherencia o destinación previamente separados o desafectados. Pero la ley faculta la enajenación aun a sabiendas de poder haber semejante perjuicio para el acreedor; de donde se sigue que la presencia de perjuicio para aquél es indiferente a la hora de determinar si el constituyente de la hipoteca puede posteriormente gravar con derechos reales la cosa hipotecada. Por lo demás, a falta de una norma expresa que la establezca, la inoponibilidad sugerida por la doctrina ofrece apariencia problemática y dudosa. Sobre todo cuando los artículos 1496 N° 2 y 2427 CC. ofrecen una solución al perjuicio que la imposición de esos gravámenes indiscutiblemente pueden causar al acreedor, que no es la inoponibilidad.

c) Dice el artículo 1496 N° 2 CC.: “*El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:/ [...] 2° Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones*”. La norma se aplica a todas las “cauciones”, por ende, también a la hipoteca y en especial a la de una concesión de acuícultura. Si la que fue objeto de una hipoteca es gravada con un derecho de usufructo, uso, habitación o servidumbre, eso hace que disminuya su valor y que la disminución pueda ser considerable; así que el caso cae plenamente en la hipótesis de la norma, según cuyo dispositivo la deuda a plazo queda acelerada y puede ser exigida de presente o de inmediato; a menos que el deudor renueve o mejore la hipoteca. Todo ello, empero, ofrece una limitación: se exige una causalidad derivada de hecho o culpa del deudor. Eso no constituye obstáculo, si fue el deudor quien gravó con derechos reales su concesión hipotecada; pero sí cuando el autor del gravamen fue el dueño que había hipotecado su concesión para garantizar deudas de un tercero.

⁶¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Cauciones*, (n. 58), núm. 425, pp. 415-417; MERY BERISSO, Rafael, *Derecho hipotecario. Estudio de Derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958), núm. 163, p. 329.

Por su lado, el artículo 2427 CC. expresa: “*Si la finca se perdiere o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada*”. Se ha interpretado que el “deterioro” en la finca exigido por esta norma puede provenir de actos jurídicos⁶²; por consiguiente es posible que consista en el deterioro económico causado por un gravamen impuesto a ella, de modo de no ser ya suficiente para la seguridad de la deuda, en cuanto el precio de su eventual venta en subasta no haya de ser el mismo que si no se hubiera impuesto el gravamen. En tal caso, quedan expeditos al acreedor los remedios que ofrece la norma: *i*) exigir que se mejore la hipoteca; o *ii*) aceptar otra seguridad equivalente. En defecto de ambas, puede: *i*) demandar de inmediato el pago de la deuda líquida, sin tener que respetar su plazo; o *ii*) si es ilíquida, condicional o indeterminada, implorar providencias conservativas de la concesión, como la prohibición de celebrar actos y contratos con respecto a ella, el nombramiento de un interventor de su gestión, la retención de rentas y productos⁶³, etcétera. Cabe advertir que este recurso opera en modo muy objetivo, pues no se pide que el deterioro provenga de culpa o dolo del deudor ni de nadie⁶⁴; en consecuencia, es indiferente que la hipoteca haya sido constituida por el deudor o por un tercero que hace servicio al deudor.

Estos son los remedios que ofrece el *Código* para el caso de imposición de derechos reales de aprovechamiento al inmueble previamente hipotecado; y no, pues, su inoponibilidad.

2. El inciso 4º del artículo 81 bis LGPA. adiciona y modifica el régimen del Derecho hipotecario general; y, sin alusión alguna a cierta inoponibilidad, dice por el contrario: “*En caso que se hubiese convenido que la concesión [o autorización] hipotecada no puede gravarse o enajenarse, deberá inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces respectivo, y su infracción dará derecho al acreedor para exigir su inmediata realización, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido*”. La norma, pues, supone el caso de haberse pactado que la concesión hipotecada no pueda ser enajenada o gravada; vale decir, en cuanto a esto último, prevé expresamente como válido el pacto, que, como vimos, no fue considerado por el *Código*. Eso evita la discusión suscitada sobre la

⁶² SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Cauciones*, cit. (n. 58), núm. 426, p. 418

⁶³ *Ibíd.*, p. 421.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 418.

base de su silencio. Enseguida, dispone (“*deberá*”) que la prohibición sea inscrita en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces “respectivo”, entendiendo por tal al mismo competente para la inscripción de la hipoteca, es decir, al de la comuna en la que se encuentre ubicada la concesión. En el Derecho general, el título de una prohibición del género puede ser inscrito, pero no necesariamente (artículo 53 N° 3 *Regl. del Reg. Conserv. de B. Raíces*). En fin, la infracción de la prohibición da derecho al acreedor para considerar la deuda como de plazo vencido y, consiguientemente, para exigir su pago de presente o la inmediata realización de la hipoteca⁶⁵, sin distinguir entre deudas líquidas o ilíquidas ni determinadas o indeterminadas, como hace el artículo 2427 CC.⁶⁶; para ello no se exige una alegación de haberse disminuido considerablemente de valor la hipoteca con el gravamen o la enajenación, como en el artículo 1496 N° 2 CC. o haberse deteriorado ella, como en el artículo 2427 CC.; y tampoco se pide que la disminución (si la hubiera) se deba a hecho o culpa del deudor, como de nuevo en el artículo 1496 N° 2 CC.; basta, pues, la infracción objetiva de la prohibición, de parte del deudor o del tercero que dio hipoteca por él. Queda en pie, sin embargo, que la enajenación de la concesión o la constitución de derechos reales sobre ella no se ven afectadas en su validez; en lo cual queda confirmado el Derecho general; y también que el acreedor siempre tiene expedita una acción para exigir indemnizaciones al que infringió el pacto de no enajenar o no gravar, precisamente por haberlo infringido, si de eso se derivó el perjuicio al acreedor, consistente en no haber podido cobrar todo lo que con la realización de la concesión podía esperar cobrar de no haber habido infracción.

IX. SUSPENSIÓN TEMPORAL

DE LA CADUCIDAD DE UNA CONCESIÓN DE ACUICULTURA EN FUNCIÓN DE PROTEGER LA HIPOTECA QUE SE LE HAYA IMPUESTO

1. Toda concesión de acuicultura se extingue por renuncia de su titular (artículo 83 inciso 1° LGPA.), por caducidad-revocación (artículos 69 inciso 2°, 83 inciso 2° y artículos 141-142 [en el título 11°: *Caducidades*] LGPA.) y por expiración del plazo de 25 años de su otorgamiento (artículos 2 N° 12 y 69 inciso 3° LGPA.). Supuesto que se haya contraído hipoteca sobre alguna

⁶⁵ La norma se apresura un poco, pues dice que la infracción dará derecho al acreedor para exigir la inmediata realización de la hipoteca, olvidando que primero debe cobrar, para no transgredir el principio de buena fe.

⁶⁶ Si la deuda fuere condicional, en cambio, es claro que no cabe su cobro ni la realización de la hipoteca, porque la deuda no existe; pero fuere procedente la petición de medidas conservativas.

concesión, el evento de cualquiera de estas causas de su extinción finiquita la hipoteca misma, por argumentación *ex analogía* a partir de lo dispuesto en el artículo 2434 inciso 2º CC., según el cual la hipoteca se extingue por la resolución del derecho sobre la cosa hipotecada del que la constituyó, si es que la caducidad-revocación y la expiración del plazo no quieren ser vistas como hipótesis de resolución ellas mismas; y en todo caso por analogía en la de renuncia, que ciertamente no es un tipo de resolución. En cualquier forma, es de clara evidencia que la hipoteca sobre una concesión de acuicultura no puede subsistir desde que la concesión se ha extinguido. Así que, contraída una hipoteca, corre riesgos la garantía que ella ofrece. Con todo, en cuanto al peligro derivado del cumplimiento del plazo, eso es algo que el acreedor deberá ponderar al aceptar la hipoteca: si le resta poco tiempo, está en completa posición de rehusarla como caución, así que la decisión contraria queda enteramente a su riesgo. En cuanto a la posibilidad de renunciar la concesión su titular, nunca la ley la ha tomado en consideración en otros casos. En materia civil, por ejemplo, el usufructuario que impuso hipoteca a su usufructo (artículo 2418 CC.) lo puede ciertamente renunciar y con ello extinguir la hipoteca que recaía sobre aquél. Por cierto, pueden quedar entonces expeditos los remedios previstos por los artículos 1496 N° 2 y 2427 CC. y la acción de indemnización por el perjuicio causado; pero nada impide la renuncia del usufructo ni la extinción de la hipoteca. Lo propio vale en el caso de que lo hipotecado sea una concesión de acuicultura.

Para la ley es distinto el evento de peligro impuesto a la hipoteca proveniente del evento de una caducidad-revocación de la concesión que la sustenta. El carácter administrativo de esta causa de extinción la ha movido a conceder un beneficio temporal de no extinción por esa causa a favor del acreedor hipotecario. En sustancia, el beneficio consiste en que la aplicación de caducidad a una concesión hipotecada se suspende durante todo el período que corre entre el inicio de su realización y su atribución al comprador en la correspondiente pública subasta ejecutiva, y en ningún caso no más allá de tres años. La suspensión no consiste en que, advenida en los hechos cierta causa de caducidad, se postergue su aplicación hasta pasado el período de suspensión, sino directamente en que no se aplica esa causa, ni durante el período de suspensión ni después. Podemos configurar la suspensión como una inmunidad de la concesión a toda caducidad. Durante su período la concesión es, pues, incaducable. La ley sacrifica la integridad de las reglas cuya contravención es sancionada con la caducidad de la concesión a la integridad de la hipoteca, que prevalece sobre la caducidad de la concesión que sea su objeto en aras de la seguridad del crédito.

2. El régimen legal concreto de la figura, hasta aquí descrito solo en lo

sustancial, aparece caóticamente insertado en el artículo 81 bis LGPA., a través de sus incisos 2°, 3°, 5° y 11°.

a) El primer segmento del inciso 2° define los extremos de la figura: “*No se aplicarán las causales de caducidad de las concesiones [y autorizaciones] de acuicultura sobre las cuales se haya trabado embargo o dictado una medida prejudicial o precautoria fundada en la hipoteca, entre la fecha de la resolución que los decreta y la fecha de inscripción de la concesión [o autorización] del nuevo titular que se la haya adjudicado en venta forzada [...]*”. La norma se lee más cómodamente así: “Las causales de caducidad de las concesiones de acuicultura sobre las cuales se haya trabado embargo o dictado una medida prejudicial o precautoria fundada en la hipoteca, no se aplicarán entre la fecha de la resolución que los decreta y la fecha de inscripción de la concesión del nuevo titular que se la haya adjudicado en venta forzada”. El momento inicial de la suspensión es, pues, la fecha de emisión (no notificación) de la resolución judicial que decreta la traba del embargo ejecutivo sobre la concesión hipotecada o una medida prejudicial o precautoria sobre la misma, fundada en su hipoteca, que pueden preceder al embargo. El momento final es la fecha de inscripción de la concesión a nombre del nuevo titular al que le haya sido atribuida en la venta forzada de la misma concesión. Entre ambos momentos, aunque se hubiera configurado de hecho una causa de caducidad de la concesión hipotecada, no se la hace operar o no se la aplica; y es como si la causa no hubiera tenido lugar. Como dijimos, no es que se postergue su aplicación hasta después que haya cesado el período; sino que no se la aplica jamás. Si solo hubiera postergación hasta después de la atribución a un comprador en pública subasta, es claro que nadie intervendría en aquélla con el propósito de adquirir un derecho condenado a desaparecer en el momento mismo de su compra.

b) El segmento segundo del mismo inciso 2° del artículo 81 bis LGPA. describe otra hipótesis de incaducabilidad, para el evento de quiebra o convenio preventivo, porque equivalen al comienzo de un procedimiento de realización semejante al tratado en el segmento primero: “*La misma norma se aplicará en los casos de declaración de quiebra o presentación de convenio preventivo del titular de la concesión [o autorización] de acuicultura hipotecada o del deudor del crédito garantizado con la hipoteca de la misma*”. En este caso el período de incaducabilidad empieza con: i) la resolución que declara la quiebra del titular de la concesión; o ii) la presentación por éste de un convenio preventivo de su quiebra; o iii) la resolución que declara la quiebra del deudor del crédito garantizado con la hipoteca de una concesión; o iv) la presentación por ese deudor de un convenio preventivo de su quiebra. Se observará que la dualidad “titular de la concesión hipotecada - deudor del crédito garantizado con la hipoteca de la misma” son un sujeto idéntico

cuando el titular de la concesión la dio en hipoteca por una deuda suya; pero son sujetos diversos si el titular de la concesión la dio en hipoteca por una deuda ajena. La dicción de la ley se sitúa en ambos casos.

Pero la norma no señala cuál es el punto de término del período de incaducabilidad. Como veremos, en ningún caso este puede sobrepasar los tres años desde su inicio; pero puede terminar con anterioridad en el caso de realización de la hipoteca, como se dice en el segmento primero; y cabría esperar que lo propio acaeciera en la hipótesis de este segmento segundo; por lo cual nos inclinamos a pensar que, antes de los tres años, la incaducabilidad en el caso de quiebra o convenio cesa también con la inscripción a favor de quien haya adquirido la concesión en la subasta.

c) El inciso 3º del artículo 81 bis limita a un máximo de tres años el beneficio de incaducabilidad, si el tiempo que corra entre los momentos inicial y final previstos en el inciso 2º excediere ese plazo: *“El beneficio de que trata el inciso anterior no podrá exceder de tres años. La aplicación de causales de caducidad comenzará nuevamente a regir desde la fecha del vencimiento de este último plazo o a partir de la fecha de la enajenación de la concesión [o autorización], según sea el evento primero en ocurrir”*. Así que, en definitiva, como dice el segundo segmento de este inciso en concordancia con el inciso 2º, la suspensión de la caducidad de una concesión, o sea, su inmunidad a toda caducidad o su incaducabilidad, cesan: i) en todo caso, al cabo de tres años desde la emisión de la resolución que ordenó el embargo o la medida prejudicial o precautoria; ii) o bien desde la fecha de enajenación de la concesión (en pública subasta) dice el inciso 3º, en contra de lo que expresa el inciso 2º, que fija el término final en la fecha de inscripción de la concesión a favor del nuevo titular que se la haya adjudicado en venta forzada. Así que se contradicen ambas disposiciones en cuanto a la fecha final: de la enajenación, dice la primera; de la inscripción de la enajenación, dice la segunda. Podemos zanjar esta discrepancia a favor de cuanto expresa el inciso 2º, vale decir, de la fecha de inscripción, porque la enajenación del derecho de concesión de acuicultura tiene lugar, no con su venta (que sólo da derechos personales u obligaciones), sino precisamente desde la inscripción.

d) En fin, la incaducabilidad cesa con cualquiera de ambos eventos que ocurra en primer lugar. Complementariamente, para el caso en que la cesación tuviere lugar por el cumplimiento del plazo de tres años, el inciso 5º añade: *“Si vencido el plazo de no aplicación de las causales de caducidad, se encontrare pendiente la realización de la hipoteca, el acreedor hipotecario podrá pedir su inmediata realización, aunque se hubieren opuesto excepciones”*. Puede, en efecto, acaecer que se cumpla el plazo de tres años de guisa que ahora deba ser aplicada cualquier causa de caducidad que de hecho tuviere lugar, con lo cual el acreedor vería esfumada su garantía. Para evitar ese riesgo, pues,

el inciso transcrito permite solicitar la inmediata realización de la garantía, que impide el evento de tal riesgo.

3. A fin de evitar fraudes, el primer segmento del inciso 11° agrega esta excepción a la incaducabilidad: “*La no aplicación de las causales de caducidad antes señaladas no regirá en los casos en que el ejecutante o el adquirente, en venta forzada, sea la misma persona natural o jurídica titular de la concesión [o autorización] de acuicultura o personas vinculadas a ella*”.

a) Hay elementos de más en este precepto: i) la hipótesis de que el ejecutante de la hipoteca sobre la concesión sea la misma persona natural o jurídica titular de la concesión hipotecariamente ejecutada es imposible, porque de haber llegado a ser una misma ambas personas eso hizo que la hipoteca se extinguiera por confusión, y en tal caso la incaducabilidad cesa por inexistencia de la hipoteca; ii) aunque, en cambio, el adquirente en venta forzada de la concesión sí puede ser la misma persona natural o jurídica titular de la concesión que es ejecutada, como lo permite el artículo 2398 CC., aplicable a la hipoteca por mandato del artículo 2424 CC., la hipótesis tiene escasa importancia práctica, puesto que desde el momento en que el adquirente vea inscrita la concesión comprada a su nombre en el Registro de Concesiones de Acuicultura con ello de todos modos cesa su incaducabilidad, de acuerdo con las reglas generales que gobiernan la materia y vimos antes. A lo más, pues, la cesación de la incaducabilidad se verá anticipada en contra del adquirente-titular en el breve tiempo que medie entre la compra en la venta forzada y la inscripción⁶⁷.

b) La regla alcanza su plena significación cuando el ejecutante de la hipoteca o el que fue comprador de la concesión en la venta forzada sea una “persona vinculada” a su titular, que está definida precisamente en la ley⁶⁸. La

⁶⁷ En este caso es claro que la incaducabilidad cesa desde la compra forzada y no desde la inscripción, como es la regla general, porque la cesación es en contra del comprador (“adquirente en venta forzada”); y el comprador existe desde el momento en que compra, no desde el momento en que inscribe su compra.

⁶⁸ Artículo 81 bis inciso 11° LGPA.: “Se entenderá por personas vinculadas, las personas naturales que tengan la calidad de cónyuge, hijo, adoptado o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad inclusive o quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, así como toda entidad controlada, directa o indirectamente, por cualquiera de ellos; sus socios, si se trata de una sociedad de personas, sea que participen directamente o a través de otra persona vinculada, sea ésta natural o jurídica; las sociedades de personas que tengan uno o más socios en común, directamente o en la forma señalada precedentemente; las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad; las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada a que se refiere el Título VIII de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, y toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro

ley quiere precaver el fraude de que el titular de una concesión, en connivencia con alguien vinculado, se haga ejecutar ficticiamente por él y de esa manera consiga la apertura del período de incaducabilidad de su concesión, que haya de permitirle actuar impunemente frente a las reglas cuya transgresión se sanciona precisamente con caducidad.

X. LA REALIZACIÓN DE LA HIPOTECA DE UNA CONCESIÓN DE ACUICULTURA

1. Si el deudor cuya obligación fue garantizada mediante una hipoteca sobre cierta concesión de acuicultura incurre en mora de pagarla, con relación a la hipoteca pueden darse estos casos: *i*) que ese deudor personal haya sido el constituyente de la hipoteca sobre la concesión (para caucionar una deuda propia, en consecuencia), que él o su sucesor por causa de muerte la poseen actualmente; *ii*) en el mismo caso, con la variante de que entretanto la concesión hubiera sido adquirida por un tercero quien la posee actualmente (o su sucesor por causa de muerte); *iii*) que la deuda se encuentre caucionada mediante hipoteca de una concesión que había sido constituida por un tercero (para garantizar, por consiguiente, una deuda ajena).

a) Ahora bien, el acreedor hipotecario puede ejercer la acción personal emanada de la obligación en mora en contra de su deudor, caso en el cual prescinde de la hipoteca.

b) O bien puede ejercer la acción real hipotecaria, en los términos del artículo 2424 CC.: “*El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda*”; los cuales derechos están tipificados en el artículo 2397 CC. y que, aplicados a la hipoteca de una concesión, si ésta había sido constituida por el deudor en garantía de una deuda suya, son: *i*) pedir que la concesión de ese deudor se venda en pública subasta, para que, con el precio conseguido se le pague la deuda (con la preferencia de pago asegurada por el artículo 2477 CC.); o *ii*) que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos la concesión y se le adjudique en pago hasta concurrencia del crédito. Este derecho se ejerce contra el constituyente de la hipoteca, sea o no, además, el deudor personal de la obligación en mora; o contra el tercer adquirente entre vivos de la concesión hipotecada, que actualmente la posee.

c) El *Código de Procedimiento Civil* no señala ningún procedimiento para hacer valer estas facultades contra el constituyente de la hipoteca que sea, además, el deudor personal; así que deben ser aplicados los procedimientos

de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del derecho a voto”.

generales: *i*) cuando el acreedor carezca de título ejecutivo contra su deudor que dio hipoteca, entonces, o bien se lo procura merced al procedimiento de preparación de la vía ejecutiva, consistente en la citación para confesar deuda o reconocer firma (artículos 435 y 436 CPC.), para después iniciar el juicio ejecutivo, si tiene éxito la preparación; o bien debe demandar a su deudor en juicio declarativo ordinario o especial, si el cobro del crédito tenga asignado uno. La sentencia declarativa conseguida le servirá de título ejecutivo; *ii*) si, en cambio, el crédito caucionado con la hipoteca consta o llega a constar en un título ejecutivo que el acreedor tenga contra su deudor que dio hipoteca, el acreedor ahora dispone de la acción ejecutiva fundada en el título que haya, para demandar el crédito y realizar la caución.

d) Por el contrario, en el evento de que la hipoteca hubiera sido constituida por un tercero no deudor personal o en que la concesión hipotecada hubiese pasado a un tercer adquirente quien la posea, el *Código de Procedimiento Civil* sí dispone un procedimiento especial en el título 18° de su libro III, rubricado: *De la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipoteca o acensuada*, que cubre los artículos 758 a 763 de ese cuerpo legal.

2. El artículo 81 bis LGPA. ofrece algunas reglas particulares, que se aplican a todos los casos antes identificados. Las estudiaremos enseguida, porque de las reglas generales sitas en el *Código de Procedimiento Civil* no habremos de ocuparnos aquí.

a) Entablada la demanda ejecutiva o la acción de desposeimiento, fundadas en un título ejecutivo, con la alegación y prueba de haber hipoteca garantizadora del crédito cobrado (merced a la escritura pública de constitución y certificado de su inscripción), entonces: “*El juez deberá decretar la inmediata realización de la hipoteca, solicitando al acreedor hipotecario que caucione previamente las resultas del juicio*” dispone el inciso 6° del artículo 81 bis LGPA. Esto sobre todo significa que, en el caso de haber habido oposición a la ejecución con excepciones, no es necesario esperar la sentencia de remate que las resuelva y ordene la realización. Basta, pues, que el acreedor caucione las resultas del juicio para que el juez ordene el remate inmediato.

b) Puede acaecer, empero, que el ejecutado o demandado se haya opuesto a la ejecución o al desposeimiento mediante alguna de las excepciones descritas en el inciso 7°, o todas ellas. En tal hipótesis, el juez debe abstenerse de decretar el remate inmediato de la concesión, y tramitar la oposición deducida. Dice al respecto el inciso 7°: “*Sin perjuicio de lo anterior, el juez no podrá decretarla [sc. la oposición] si el deudor hubiere fundado su oposición en alguna de las siguientes excepciones: 1) Pago de la deuda. 2) Prescripción. 3) No empecer el título al ejecutado. En este caso, no podrá discutirse la existencia de la obligación hipotecaria, y para que sea admitida a tramitación deberá fundarse en*

algún antecedente escrito y aparecer revestida de fundamento plausible. Si no concurrieren estos requisitos, el tribunal la desechará de plano". La norma no exige más comentario que éste: la excepción del N° 3 no existe tipificada en el artículo 464 CPC., aunque, de existir los hechos que la sustenten, puede hacerse valer como caso especial de la más general excepción del N° 7 de ese artículo, consistente en la falta de requisitos o condiciones legales en el título. En el juicio ejecutivo de que tratamos, se exige anunciar la excepción bajo la rubricación específica de "no empecer el título al ejecutado" y, por cierto, exponer de la misma manera los hechos y el Derecho en que se funda. Con todo, si un ejecutado alega una excepción bajo la rúbrica general del N° 7 del artículo 462 CPC., y los hechos y el Derecho expuestos corresponden al contenido de "no empecer el título al ejecutado", tal vez sea admisible, aunque en Derecho estricto y rigor no lo fuera.

Conviene decir dos palabras sobre el régimen de la excepción del N° 3. Su oposición no puede implicar abrir una discusión anexa acerca de la existencia de la "obligación hipotecaria", es decir, acerca de la obligación garantizada con la hipoteca sobre la concesión, que se ejecuta. En otros términos, el ejecutado no puede alegar que el título no le empece debido a que no existe la obligación concernida por él, bien en términos absolutos, bien porque se extinguió merced a alguno de los modos de extinguir obligaciones, porque esto sería introducir lateralmente una excepción distinta a las tres señaladas en el inciso 7°. Puede discutirse el caso en que el ejecutado alegue que el título no le empece porque la obligación fue pagada o está prescrita, sin haber interpuesto la excepción de pago o de prescripción, lo que, de acuerdo con los números precedentes del inciso pudo hacer; y nuevamente se ofrece a consideración el punto de si el juez puede aceptar las pertinentes alegaciones; y esta vez creemos que no, y que en tales eventos se ha vulnerado el precepto absoluto de que: *"En este caso, no podrá discutirse la existencia de la obligación hipotecaria"*.

La excepción del N° 3 se configura auténticamente cuando el título contiene como deudor a alguien distinto del ejecutado, de quien éste no es sucesor a título universal ni singular; o como acreedor a alguien distinto del ejecutante, de quien tampoco es sucesor universal o singular, o cesionario; o da cuenta de una deuda que es distinta a la ejecutada, aunque la diferencia provenga de ser nada más que menor a la ejecutada; o cuando el título exhibido sea diferente al que funda la demanda ejecutiva.

Para poder ser admitida la excepción de no empecer el título al ejecutado, ella debe fundarse en algún antecedente escrito y aparecer revestida de fundamento plausible. Si no concurrieren estos requisitos, el tribunal la desechará de plano; de guisa que si no hay otra excepción del inciso 7° alegada, se sigue adelante con el remate.

c) Interpuesta alguna de las excepciones del inciso 7° (de modo de no poderse ordenar el remate, como hemos visto), el inciso 8° ordena que en esos casos: *i*) la oposición sea tramitada, como incidente, vale decir, no en la forma prevista por el *Código de Procedimiento Civil* en materia de oposición en el juicio ejecutivo o en la acción de desposeimiento (título 18° del libro III CPC., artículos 758 a 763); *ii*) la apelación de las resoluciones que se dicten en contra del demandado sea concedida en el solo efecto devolutivo; en lo cual, empero, no hay innovación a las reglas ordinarias (artículo 194 N° 1 CPC.); si bien *iii*) el tribunal que deba conocer de la apelación interpuesta (o sea, el de alzada) pueda decretar, a petición de parte, la suspensión del cumplimiento de la sentencia del de primera instancia mientras se encuentre pendiente la apelación; siempre que existan razones fundadas para decretar la suspensión; la cual debe ser resuelta en cuenta y no previa vista de la causa⁶⁹.

d) Como sabemos, desde que se trabe el embargo ejecutivo de la concesión en función de realizarla o desde que haya habido alguna medida prejudicial o precautoria sobre ella en la misma función; o bien desde que se haya declarado la quiebra del constituyente de la hipoteca o del deudor cuya deuda fue garantizada con ésta o se haya presentado un convenio preventivo por uno u otro y hasta que se inscriba la enajenación de la concesión subastada a nombre del subastador, la concesión se hace incaducable por el máximo de tres años (artículo 81 bis incisos 2° y 3° LGPA.). Puede acaecer que este plazo de tres años se cumpla mientras está pendiente la realización de la hipoteca. Ello no sólo la vuelve a convertir en caducable según las reglas generales, sino que también permite al ejecutante solicitar la inmediata realización de la concesión hipotecada y en actual curso de ejecución “*aunque se hubieren opuesto excepciones*”⁷⁰. Esta última adición, por cierto, vale para el caso en que se hubiera opuesto alguna de las tres excepciones señaladas en el inciso 7° del artículo 81 bis LGPA., porque sólo ante ese caso es que el juez tuvo que abstenerse de decretar la realización de la hipoteca (inciso 7°); si habían sido otras las excepciones opuestas, la inmediata realización no pudo haber sido impedida (inciso 6°); y en tal caso la cláusula del inciso 5°: “*aunque se hubieren opuesto excepciones*” no tiene aplicación ni sentido;

⁶⁹ Artículo 81 bis inciso 8° LGPA.: “*En estos casos, la oposición se tramitará como incidente. La apelación de las resoluciones que se dicten en contra del demandado se concederá en el solo efecto devolutivo. El tribunal de alzada podrá decretar, a petición de parte, la suspensión del cumplimiento de la sentencia del de primera instancia mientras se encuentre pendiente la apelación, si existieren razones fundadas para ello, lo que resolverá en cuenta*”.

⁷⁰ Artículo 81 bis inciso 5° LGPA.: “*Si vencido el plazo de no aplicación de las causales de caducidad, se encontrare pendiente la realización de la hipoteca, el acreedor hipotecario podrá pedir su inmediata realización, aunque se hubieren opuesto excepciones*”.

vale pues, solo para el caso de la oposición de excepciones del inciso 7º, como quedó preanunciado.

El plazo de tres años no hace irrealizable la hipoteca sobre una concesión; de hecho, ese plazo empieza a contarse desde la traba de embargo ejecutivo sobre la concesión (artículo 81 bis inciso 2º LGPA.), lo cual precisamente supone la realización; pero la hace incaducable. En tales circunstancias, ¿por qué el inciso 5º une la posibilidad de pedir la inmediata realización con el término del plazo de tres años? La razón es evidente: para proteger al acreedor hipotecario, porque desde ese término la concesión sobre que recae su garantía podría caducar y extinguirse aquélla; si se realiza de inmediato la hipoteca, ese riesgo se aminora.

e) Por supuesto, una vez desechada la oposición que se fundó en alguna de las causas señaladas en el inciso 7º, “*se procederá al remate de la concesión [o autorización] hipotecada*”, dice el inciso 9º; y ello aunque no haya vencido aún el plazo de incaducabilidad.

f) No sólo en el caso de ese remate posterior al rechazo de las excepciones, más también en aquel de haberse decretado el remate pese a haber habido oposición fundada en causas diferente a las del inciso 7º, el comprador de la concesión hipotecada y rematada ejecutivamente tiene que poseer un rasgo especial, a saber, la capacidad de ser titular de concesiones de acuicultura. La ley señala en su artículo 71 cómo se configura tal capacidad. Por lo que atañe a las personas naturales, ellas deben ser chilenas, o bien extranjeras “*que dispongan de permanencia definitiva*”. En cuanto a las personas jurídicas, deben ser “*chilenas constituidas según las leyes patrias*”; si ella tiene participación de capital extranjero, es necesario que la entidad haya sido previa y debidamente aprobada por el organismo oficial apropiado para permitir la correspondiente inversión extranjera de conformidad con el Derecho vigente. Así que no pueden ser titulares de una concesión de acuicultura las personas naturales extranjeras que no dispongan de residencia definitiva en Chile, ni las personas jurídicas constituidas en el extranjero o en Chile según las leyes extranjeras.

Ahora bien, el primer segmento del inciso 13º del artículo 81 bis LGPA. dispone: “*En cualquier caso, el adquirente [en la subasta ejecutiva de la concesión] deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 71 de esta ley*”. Esta no tuvo razones para permitir que quien no reúne las condiciones personales necesarias para ser titular de concesiones de acuicultura según su artículo 71, pueda llegar a serlo por la vía de adquirir la que sea puesta a remate ejecutivo.

g) El segmento segundo del mismo inciso 13º del artículo 81 bis LGPA. añade un requisito especial de capacidad: si el adquirente de la concesión subastada es una persona jurídica, debe tener incluida la actividad de acuicultura

dentro de su giro u objeto social; salvo que sea un banco; el cual, por ende, puede adquirir la concesión sin más, pero sólo para el efecto de enajenarla después, en conformidad con la *Ley general de bancos*⁷¹.

La exigencia de tener incorporada la actividad de acuicultura en el objeto social la persona jurídica adquirente deriva no de alguna norma de la ley, sino de las reglas generales de Derecho societario y vale, por ende, no solo para la adquisición de concesiones en pública subasta, mas también para poder ser titular de ellas en la forma ordinaria, merced al acto administrativo de concesión o por adquisición no judicial. En tales circunstancias, se explica la exigencia del segmento segundo del inciso 13°.

b) En su carácter de derecho real administrativo, una concesión de acuicultura impone cargas, deberes y obligaciones a su titular, que deben ser cumplidos con independencia de ser objeto de realización la hipoteca que recaía sobre ella y de adquirir el estado de incaducable durante el juicio ejecutivo o de quiebra. Por ello el inciso 10° del artículo 81 bis LGPA. establece: “*El cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley y sus reglamentos seguirán siendo de cargo del titular o del ejecutante, según corresponda, mientras no se adjudique la concesión [o autorización] a un tercero*”. Así que, iniciada la ejecución, o la acción de desposeimiento, o la quiebra, las cargas y obligaciones y los deberes que la ley asocia a una concesión deben ser cumplidos por su titular, mientras pueda y, en subsidio, por el ejecutante; y ello hasta que la concesión sea inscrita a nombre de su tercer adquirente en la pública subasta ejecutiva. Aunque el inciso 10° dice: “*mientras no se adjudique la concesión [o autorización] a un tercero*”, en realidad eso debe entenderse como ha quedado dicho, esto es, mientras no se inscriba la adjudicación a nombre del tercero mentado, porque antes él nada ha adquirido. Una vez inscrita la concesión a nombre de este adquirente, el cumplimiento de las cargas y obligaciones y de los deberes corresponde, por cierto, a él mismo.

3. En algunos casos, los hechos y conductas tipificados por la ley para aplicar la sanción de caducidad de una concesión de acuicultura respecto de la cual han tenido lugar, se encuentran organizados sobre la base de una reiteración.

a) Así, por ejemplo, las letras h) y k) del artículo 142 LGPA. dicen: “*Son causales de caducidad de las concesiones [y autorizaciones] de acuicultura las siguientes: [...] h) Haber sido sancionado tres veces, dentro del plazo de dos años*

⁷¹ Artículo 81 bis inciso 13° segmento segundo LGPA.: “*El procedimiento de ejecución no habilitará la adquisición de la concesión por parte de una persona jurídica que no tenga dentro de su objeto social la actividad de acuicultura, salvo en el caso que se trate de un banco y para el solo efecto de enajenar la concesión, de conformidad con el artículo 84, N° 5, letra b), del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos.*

contados desde la fecha de la comisión de la primera infracción, por la entrega de información falsa, de conformidad con el inciso final artículo 113 de esta ley./ [...] / k) En el caso de los centros de cultivo que en virtud de esta ley se mantengan en operación en lagos, incurrir por tres veces en condición anaeróbica, de conformidad con el reglamento a que se refiere el artículo 87. La letra h), pues, se refiere, en lo que aquí interesa, a haber sufrido tres sanciones en un año por ciertos hechos el titular de la concesión; y la letra k), a haber incurrido tres veces en condición anaeróbica un centro de cultivo.

b) Puede acaecer que, antes de la inscripción de la enajenación forzosa de una concesión hipotecada, su titular hubiera sufrido dos de las sanciones atañidas por la letra h), o que el centro de cultivo albergado por la concesión hubiese incurrido dos veces en condición anaeróbica. Si, una vez inscrita la adjudicación de la concesión a nombre de su adquirente en pública subasta ejecutiva, recibe una vez la sanción a que se refiere la letra h) o su centro de cultivo incurre una vez en condición anaeróbica en los términos de la letra k), ¿se suman esas veces a las dos acaecidas antes de la adquisición, de modo de quedar expedita la caducidad de la concesión?

El inciso 12º del artículo 81 bis LGPA. niega este efecto; pues dice: “*Se entenderá como concesión [o autorización] de acuicultura nueva para los efectos del artículo 142, aquella que sea inscrita como resultado de una venta forzada o efectuada de conformidad al Libro IV del Código de Comercio, denominado ‘De las Quiebras’, con la excepción de lo señalado en el inciso anterior*”. Puesto que el precepto ordena considerar como “nueva” a la concesión adquirida en pública subasta ejecutiva o acaecida en una quiebra, e inscrita a nombre del adquirente, de ello resulta que, en los ejemplos, la sanción impuesta en virtud de la letra h) o la condición anaeróbica concernida por la letra k) no se suman a las precedentes y tienen valor de primeras; así que se necesitan dos más para que pueda ser caducada la concesión. Esto vale no sólo para esos ejemplos, desde luego, sino toda vez que una caducidad posible dependa de hechos acaecidos antes de la adjudicación que se reiteran después. De donde que podamos sentar la regla de que la adquisición de una concesión en pública subasta la purga de sus precedentes circunstancias que puedan afectarla en orden a la caducidad.

La regla ha sido adoptada en interés del acreedor hipotecario, pues con ella se evita que los eventuales interesados en participar en la subasta ejecutiva de la concesión hipotecada se abstengan de hacerlo al enterarse que la concesión se encuentra al borde de su caducidad, si es que se reiteran algunos hechos cuyo número la ley toma en cuenta para hacer procedente aquélla.

c) Puede acaecer que el adquirente de la concesión en pública subasta sea una “persona vinculada” al titular, cuya concesión es el objeto de la ejecución o de la quiebra; entendiéndose por tal a las señaladas en el inciso 11º. A esa

hipótesis atañe la frase final del inciso 12º: “*con la excepción de lo señalado en el inciso anterior*”. Vale decir, si la concesión que se ejecutó fue adquirida por alguna “persona vinculada” con su titular, aquélla deja de ser considerada como “nueva” y al punto la afectan los hechos anteriores que con su reiteración posterior a la adquisición puedan dar lugar a una caducidad; que entonces es sin más aplicable.

XI. LA HIPOTECA DE UNA CONCESIÓN DE ENERGÍA GEOTÉRMICA

Como hemos visto al principiar, la Ley N° 19.657: *Sobre concesiones de energía geotérmica*, de 2000⁷², había creado una concesión de energía geotérmica, que hizo objeto de hipoteca y no de prenda. El estatuto concerniente es mucho menos espeso que el dado después a la hipoteca de acuicultura.

1. La energía geotérmica consiste en aquella que puede ser extraída: *i)* del calor natural de la tierra; *ii)* del vapor, agua, gases, excluidos los hidrocarburos; o *iii)* a través de fluidos inyectados artificialmente en la tierra para este fin (artículo 3). La concesión de tal energía es definida como un “*derecho real inmueble, distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño, oponible al Estado y a cualquier persona*” (artículo 5 inciso 1º), cuyo titular tiene sobre él una propiedad (cuasipropiedad o cuasidominio⁷³) protegida por la garantía del artículo 19 N° 26 CPol. (artículo 5 inciso 2º). De acuerdo con el artículo 7 inciso 1º de la ley, el objeto material de esta concesión es un sólido geológico (que es bien nacional de uso público), cuya cara superior es, en el plano horizontal, un paralelogramo de ángulos rectos, en el que dos de sus lados tienen orientación U.T.M. norte sur, y cuya profundidad es indefinida dentro de los planos verticales que lo limitan. Los rangos de las dimensiones del largo y del ancho del paralelogramo están precisados en la ley (artículo 7 incisos 2º, 3º y 4º). La concesión de energía geotérmica tiene por objeto la totalidad de la energía geotérmica existente dentro del sólido así conformado (artículo 7 inciso final). Dicha energía es un bien del Estado (artículo 4). La concesión puede ser de exploración, cuya función es investigar la existencia de fuentes de recursos geotérmicos en el sólido antes descrito; o de explotación para extraer, producir y transformar de fluidos geotérmicos en energía térmica o eléctrica existentes en ese sólido (artículo 6); así que la concesión de explotación confiere un derecho de utilizar y aprovechar la energía geotérmica que exista dentro del sólido (artículo 6 inciso 3º).

2. El artículo 5 inciso 1º declara que la concesión es transferible, trans-

⁷²DO. de 7 de enero de 2000.

⁷³Véase la nota 24.

misible⁷⁴ y “susceptible de todo acto o contrato”. Esto último de suyo incluye la imposición de gravámenes; pero el artículo 24 inciso 3º dijo genéricamente: “*La concesión de energía geotérmica y las maquinarias y demás bienes muebles destinados a su ejecución o desarrollo son susceptibles de otorgarse como caución*”, sin fijar en la prenda ni en la hipoteca el tipo procedente de caución. Ahora bien, puesto que la concesión misma está definida correctamente como un derecho real inmueble (artículo 5º inciso 1º), porque el sólido geológico en que se ejerce es un inmueble el mismo y comunica este rasgo al derecho (artículo 580 CC.), es consiguiente que ella sea objeto de hipoteca, porque la ley no creó ninguna prenda inmobiliaria a su respecto. El artículo 24 inciso 3º incluye en el gravamen que menciona “*las maquinarias y demás bienes muebles destinados a su ejecución o desarrollo*”; vale decir, los muebles que se hacen inmuebles por destinación, con lo cual aplica el criterio sentado por el artículo 570 CC. Por su lado, el artículo 5 inciso 4º dice que: “*Se reputan inmuebles accesorios de la concesión las construcciones, instalaciones y demás objetos destinados permanentemente por su dueño a la investigación, exploración o explotación de la energía geotérmica, según el caso, que sean necesarios para la realización de las actividades inherentes a la concesión, siempre que se encuentren ubicados dentro de la zona de concesión*”. La norma, pues, bajo la denominación de “inmuebles accesorios”, incluye a los muebles que se hacen inmuebles por su destinación y adherencia a un bien raíz (artículos 568 y 570 CC.). Estos no pueden ser objetos de prenda sin desplazamiento mientras conservan su calidad de tales inmuebles, y sería necesaria su previa desafectación o desincorporación, para que recobren su naturaleza de muebles (artículo 571 CC.); pero en tal caso dejan de ser accesorios de la concesión y empiezan a ser muebles comunes susceptibles de la prenda mencionada e incluso de aquella común con desplazamiento; a menos que se los pignore de acuerdo con el artículo 14 de la Ley N° 20.120, que contiene la nueva ley sobre prenda sin desplazamiento, caso en el cual la prenda es sobre bienes muebles futuros, sometida a la condición de que sean desafectados o desincorporados⁷⁵. Así que cuando el artículo 24 inciso 3º dijo: “*La concesión de energía geotérmica y las maquinarias y demás bienes muebles destinados a su ejecución o desarrollo son susceptibles de otorgarse como caución*”, eso significa que la hipoteca de la concesión incluye sin más a las

⁷⁴ La transferencia aparece regulada en el artículo 24 y la transmisión, en el 25.

⁷⁵ Sobre esto véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La prenda sin desplazamiento de inmuebles por adherencia o destinación y su concurrencia con otras prendas o con una hipoteca*, en ALCALDE RODRÍGUEZ, E. - FÁBREGA VEGA, H. (coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez* (Santiago, Ediciones de la Universidad del Desarrollo, 2009), pp. 385-410; y EL MISMO, *Tratado de la prenda sin desplazamiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), §§ 71-75.

maquinarias y demás bienes muebles destinados a su ejecución o desarrollo; también incluye a los inmuebles por adherencia, pero eso de acuerdo con las reglas generales.

En síntesis, pues, la concesión de energía geotérmica es susceptible de hipoteca, pero no de prenda sin desplazamiento (ni con él); la hipoteca de la concesión incluye a sus inmuebles por adherencia y destinación, siempre, en ambos casos, que se encuentren en la zona de la concesión; antes de su desincorporación o desafectación, tales inmuebles solo pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento como muebles futuros, en los términos del artículo 14 de la nueva ley de prenda sin desplazamiento; después de una u otra, por cierto pueden ser empeñados como muebles presentes, con o sin desplazamiento, de acuerdo con las reglas generales.

3. No está prescrito que la hipoteca de una concesión de energía geotérmica necesariamente deba servir para garantizar solo obligaciones contraídas para el financiamiento de la concesión misma o de su operación; así que puede ser otorgada para caucionar cualesquiera obligaciones de su titular. Al respecto vale lo dicho más arriba con respecto a las obligaciones garantizables con la hipoteca de una concesión de acuicultura en el capítulo III.

4. Si llegare el caso de su realización, el que haya de adquirirla en la pública subasta sólo tiene que dar cumplimiento al artículo 10 de la ley: “*Toda persona natural chilena y toda persona jurídica constituida en conformidad con las leyes chilenas tendrá derecho a solicitar una concesión de energía geotérmica y a participar en una licitación pública para el otorgamiento de tal concesión*”. Vale decir, una persona natural extranjera o una jurídica no constituida en conformidad con las leyes chilenas no podría adquirir la concesión, porque, no pudiendo aspirar a que le fuere otorgada de acuerdo con las reglas generales, es consiguiente que no pueda eludir ese artículo, adquiriéndola en pública subasta.

5. En el resto, esta hipoteca, a falta de reglas especialmente emitidas para ella, se rige por las reglas generales de la hipoteca civil; y aun de la prenda con desplazamiento, cuando no se vean impedidas por la naturaleza de la concesión, debido a que, como dice el artículo 2384 inciso 1° CC., la hipoteca es “un derecho de prenda” y, como ha quedado dicho en el capítulo II, lo que vale para el género, que es entonces la prenda, vale para la especie, como es la hipoteca.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes:

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.434: modifica la Ley general de pesca y acuicultura, en materia de acuicultura* [visible en: <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>].

Decreto con fuerza de ley N° 164 N° 164, de 1991: *Ley de concesiones de obras públicas*, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado lo fijó el Decreto supremo N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, en *DO.* de 31 de octubre de 1996.

Decreto con fuerza de ley N° 382, de 1988, del Ministerio de obras Públicas: *Sobre financiamiento urbano compartido*, en *DO.* de 21 de junio de 1989.

Decreto con fuerza de ley N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695: *Orgánica constitucional de municipalidades*, en *DO.* de 26 de julio de 2006.

Decreto-ley N° 1.939, de 1977: *Sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado*, en *DO.* de 10 de noviembre de 1977.

Ley N° 18.892, de 1989: *General de pesca y acuicultura*, cuyo texto refundido se halla fijado por el Decreto supremo N° 430, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el *DO.* de 29 de septiembre de 1991.

Ley N° 19.425, en *DO.* de 15 de noviembre de 1995.

Ley N° 19.542, de 1997, que: *Moderniza el sector portuario estatal*, en *DO.* de 9 de diciembre de 1997.

Ley N° 19.657: *Sobre concesiones de energía geotérmica*, en *DO.* de 7 de enero de 2000.

Ley N° 20.190, en *DO.* de 5 de junio de 2007.

Ley N° 20.434, en *DO.* de 8 de abril de 2010.

Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Literatura:

- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Tratado de la prenda sin desplazamiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La prenda sin desplazamiento de inmuebles por adberencia o destinación y su concurrencia con otras prendas o con una hipoteca*, en ALCALDE RODRÍGUEZ, E. - FÁBREGA VEGA, H. (coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez* (Santiago, Ediciones de la Universidad del Desarrollo, 2009).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y el Derecho positivo* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- MERY BERISSO, Rafael, *Derecho hipotecario. Estudio de Derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones* ([2ª edición], Santiago, Contable Chilena, 1981).