

DERECHO CIVIL IV

MATERIALES (3)

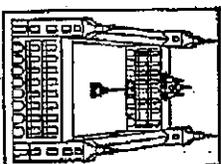
Modos de adquirir el dominio

1. Nicholas, Barry. Introducción al Derecho Romano. Madrid, Civitas, 1987, pp. 158-188.
2. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Tratado de los derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica, 6ª ed., 2005, t. I, pp. 133-141.
3. Peñailillo, Daniel. Los Bienes. Santiago, Editorial Jurídica, 2006, pp. 198-240; 252-291; 294-323.

BARRY NICHOLAS
Profesor de Derecho Romano
de la Universidad de Oxford

INTRODUCCION
AL
DERECHO ROMANO

Traducción de
MIGUEL ANGEL PALACIOS MARTINEZ



EDITORIAL CIVITAS, S. A.
1987

de que la titularidad es irrelevante a efectos de la posesión. En resumen, los romanos tendían a tratar la posesión como un derecho y con esto desdibujaban la línea existente entre posesión y propiedad que por lo demás habían mantenido con tanto rigor.

3. Modos de adquisición de cosas corporales

Gayo y Justiniano dedican la máxima atención a los modos de adquisición de *res corporales*—las formas por las que una cosa puede llegar a ser mía—. Clasifican éstos en pertenecientes al Derecho civil o al Derecho natural en el sentido explicado anteriormente.²⁸ La *traditio*, por ejemplo, es un modo natural de adquisición, mientras que la *mancipatio* e *in iure cessio* son peculiarmente romanas y, por lo tanto, modos civiles. Sin embargo, esta clasificación resulta difícil de justificar en casos individuales, y posteriores comentaristas han adoptado normalmente otras, sobre todo las de modos derivados y originales. Mediante un modo derivado, la adquisición se obtiene de un propietario anterior y, por lo tanto, al menos en teoría, el derecho de propiedad se demuestra probando a su vez el del predecesor.²⁹ Mediante un modo original se adquiere una titularidad que no depende de ninguna otra anterior. O la cosa nunca ha estado en propiedad de nadie anteriormente (*occupatio* de un animal salvaje) o, si lo ha estado, la nueva propiedad se prueba sin hacer referencia a la antigua. Por ejemplo, si un zapatero cambia las suelas de mis zapatos, mi derecho de propiedad sobre el cuero que ha utilizado depende, no de su derecho al mismo (él puede haberlo robado), sino que haya sido incorporado a mis zapatos (*accessio*).³⁰ Yo pruebo mi derecho de propiedad probando la incorporación.

²⁸ Página 87.

²⁹ Por lo que se refiere a esta *probatio a diaboli*, véase págs. 205.

³⁰ Página 180. La distinción entre modos originarios y derivados a veces se expresa de forma diferente, siendo los modos originarios aquellos por los cuales se adquiere la propiedad libre de cualesquiera «cargas» que estuvieran en manos del propietario anterior. Bajo este aspecto, la usucapción es derivada, puesto que la persona que usucapre toma la propiedad sujeta a todas las servidumbres existentes. Pero incluso así, la clasificación apenas es factible. La *occupatio* es el modo originario por excelencia y, de cualquier forma, desde el punto de

Consideraremos en primer lugar los modos derivados y después los originales, y dentro de los últimos, distinguiremos por conveniencia la prescripción, que en forma de *usuceptio* es civil, del resto, que son todos naturales.

4. Modos derivados. Transmisión

A) «MANCIPATIO», «IN IURE CESSIO»

Ya hemos examinado estas dos transmisiones de Derecho civil.³¹ Ambas han desaparecido de la legislación de Justiniano, aunque ninguna fue formalmente abolida en ningún momento. La *in iure cessio* se limitaba en la práctica a la transmisión de cosas incorpóreas, y probablemente dejó de utilizarse incluso con estos fines mucho antes de la época de Justiniano. La *mancipatio* fue desprovista de cualquier posible función en el derecho de propiedad cuando Justiniano abolió la distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi*,³² pero esto, probablemente, no era más que el reconocimiento de la práctica existente. Incluso en el Derecho clásico es materia de especulación hasta cuando se prolongó el empleo real de las balanzas y pesas. Existen numerosos documentos de este período que registran, en palabras que obviamente tienen una forma común, que un donatario o un comprador de una *res mancipi* «la recibía por *mancipatio*», pero podemos preguntarnos si las partes no se contentaban a menudo con dejar que el registro hiciera las veces del acto. Esto era ciertamente lo que en definitiva sucedía en occidente, donde aparecen referencias a la *mancipación* en documentos aún después de la época de Justiniano, pero en una forma que deja claro que incluso el significado de la palabra se había olvidado. Quien transfiriere simplemente declara que «por este medio mancipa» la cosa; y un siglo o dos antes, el compendio de Gayo, parte del cual se conserva en la *Lex Romana Visigothorum*,³³ vista que prevaleció finalmente, la adquisición de cosas abandonadas es por *occupatio*; sin embargo, el ocupante³⁴ de una tierra abandonada la toma sujeta a sus servidumbres.³⁵

³¹ Páginas 94 y 95.

³² También suprimió las antiguas formas de emancipación y adopción (págs. 112 y 115). Y por consiguiente, el acto *per aes et libram* desapareció totalmente. Por otra parte, se permitió que la *in iure cessio* perdurara en su forma variante de *manmissio vindicta*.

explica que una *mancipatio* es un traspaso. Es probable que en el oriente de habla griega se hubiera perdido incluso esta sombra de vida mucho antes de la época de Justiniano.

B) «TRADITIO»

La única transferencia que perduró en el Derecho de Justiniano fue la simple entrega, o más bien la entrega basada en un motivo o «causas» válida (*iusta causa*) para la cesión de la propiedad. Porque la entrega es según el Derecho un acto neutro. Su aspecto legal deriva de las circunstancias en las que se hace. Si yo te entrego mi anillo en virtud de un acuerdo para venderlo, te doy la propiedad; si te lo entrego como garantía de una deuda (*pignus*), te doy la posesión; y si te lo entrego en alquiler, sólo te doy la retención. En lenguaje técnico, el efecto de una *traditio* dependen de su «causas», y «causas» en este contexto significa el propósito acordado por las partes para hacer la *traditio*. En el caso de la venta de mi anillo, la «causas» de la *traditio* es la realización de la venta. Otras «causas» para la cesión de la propiedad son el pago de una deuda, un *mutuum* (un préstamo, por ejemplo, de dinero, en el que no se esperase que el objeto específico se devolviese), un regalo, etc. Era el acuerdo en cuanto al propósito lo que importaba y no su cumplimiento, y por lo tanto, si el objetivo acordado era la realización de una venta, la *traditio* era efectiva para traspasar la propiedad aunque la venta fuera nula según la ley y, por lo tanto, imposible de realizarse (por ejemplo, debido a un error). Asimismo, no era suficiente que las partes tuvieran una intención común de traspasar la propiedad si no tenían la idea común con respecto a la «causas» para hacerlo así: por ejemplo, si te entregué una cantidad de dinero con la intención de hacerte un préstamo (*mutuum*), y tú lo tomaste creyendo que era un regalo, los dos ciertamente teníamos la intención de que la propiedad se traspasase, pero no estábamos de acuerdo en lo que se refiere al por qué, y por tanto, la *traditio* sólo podía traspasar la posesión. Esto, siendo tan evasivo, parecería ser la doctrina del Derecho clásico, pero la cuestión es muy polémica. En realidad, el Derecho de Justiniano era otra cosa. La regla mencionada en último lugar se había inventado, y

era suficiente una intención común de traspasar la propiedad, siendo la «causas» únicamente un medio de evidenciar dicha intención. En el lenguaje de los comentaristas, la *traditio* ya no era una transferencia causal sino abstracta. Su validez dependía no de cualquier «causas» externa a la misma, sino simplemente de que hubiera un traspaso con la intención de ceder la propiedad. La *mancipatio* y la *in iure cessio* eran abstractas en el mismo sentido: bastaba con que el acto formal hubiera sido cumplimentado; la razón del por qué resultaba irrelevante.

La *traditio* requiere en principio la adquisición de la posesión *animus et corpore* por parte del receptor, y es el último de estos dos elementos el que distingue la *traditio* de una transferencia por mero consentimiento y que, por lo tanto, conserva la distinción fundamental entre transferencia y contrato. Los juristas clásicos por consiguiente insistían en un cierto mínimo de transferencia física. Para definir dicho mínimo, establecieron algunas situaciones típicas en las que el elemento físico, aunque atenuado, era suficiente, y los nombres que ellos o sus sucesores dieron a estas situaciones típicas se han convertido en parte de la «lingua franca» del jurista de Derecho civil y, hasta cierto punto, del jurista de Derecho consuetudinario.

a) *Traditio longa manu*. En el caso de bienes inmuebles o de bienes muebles voluminosos, es obviamente imposible una transmisión física en cualquier sentido literal. Si yo quiero entregarte la posesión de un montón de troncos, es suficiente que te los señale; exigirse que los toques sería una pedantería. Pero no es bastante el que te diga simplemente donde están: no puedes tomar posesión hasta que realmente los veas. El ejemplo tradicional de esta «entrega a distancias» es el de darte la posesión de unas tierras llevándote a lo alto de una torre cercana y señalándotelas.

Una variante de esto es lo que los comentaristas denominan «*traditio simbólica*». Deseo cederte la posesión del contenido de mi almacén y, por lo tanto, te doy las llaves. Para los juristas clásicos, esto no es en absoluto simbólico, porque ellos exigen que se entreguen las llaves en el almacén, y esto representa una entrega tan física del contenido como pueda

hacerse razonablemente; pero en el Derecho de Justiniano, parece ser que la entrega de las llaves podía tener lugar en cualquier parte, y una vez hecha esta concesión, las llaves se convierten en el mero símbolo de lo que se ha entregado.

b) *Traditio brevi manu*. Te presto un libro y posteriormente convengo el vendértelo. ¿Debo quitártelo y después entregártelo de nuevo? Está claro que no, pero la línea divisoria entre esto y la transferencia por consentimiento es sutil. Algunos juristas simplemente concedieron que éste era un caso de entrega *arimo solo*, pero se analiza mejor considerando como algo en lo que *corpus* y *animus* están separados. La entrega física precede a la intención.³¹

c) *Constitutum possessorium*. Es lo contrario a *traditio brevi manu*. Te vendo un libro, pero acordamos que yo me lo quedaré prestado. Aquí también se concedía que la posesión, y por lo tanto la propiedad³², se traspasaban, pero la línea divisoria que hay que trazar es aún más sutil, porque no ha existido ningún tipo de transmisión material. Pero el argumento es irrefutable: si te compro un terreno que está arrendado por X, puedo tomar posesión de la tierra acordando con X que él continuará ocupándola como mi arrendatario; es posible que no tenga importancia si tú y X sois la misma persona, es decir, si tú estás ocupando el terreno y yo acuerdo que sigas ocupándolo como mi arrendatario. Sin embargo, la diferencia entre esto y la transferencia por consentimiento estricta en el requisito de que debe haber alguna transacción definida, como puede ser un alquiler, o un préstamo, o la concesión de un usufructo, por la cual sigues ocupando la tierra en mi nombre. No es suficiente con que simplemente acordemos tu permanencia. Por supuesto, es una línea muy sutil. Si te vendo un libro y simplemente acordamos que yo lo conservaré hasta que lo quieras, no conseguimos nada, pero si acordamos que yo me lo quede en préstamo, entonces se traspasan la posesión y la propiedad. Que daba abierto el camino hacia la transferencia por consen-

³¹ Compárese el arrendamiento y la transmisión del Derecho inglés antiguo.

³² En todos estos casos, lo que está en juego es estrictamente el traspaso de la posesión. Si también se traspasa la propiedad es una cuestión (aparte de la *res mancipi*) de la *iusta causa*.

nimiento, y evidentemente los profesionales del Derecho del último Imperio lo siguieron. Se conservan documentos de venta en los que el vendedor se reserva el usufructo durante un corto período de tiempo. Diocleciano objeta que la propiedad se traspasa por entrega y no por simple acuerdo, y Constantino exige un anuncio público a los vecinos, aunque evidentemente sin ningún propósito. Lo esencial de la transferencia es ahora el acuerdo y, puesto que el acuerdo normalmente estará incorporado en un documento, la transferencia llega a identificarse, al igual que en el moderno Derecho inglés, con el documento. Es aquí donde convergen la *mancipatio* y la *traditio* y se fusionan en una única transferencia documental.

5. Modo civil originario. Prescripción

A) INTRODUCCIÓN, LIMITACIÓN Y PRESCRIPCIÓN

En los sistemas modernos de Derecho, la situación legal de un individuo puede verse afectada por el transcurso del tiempo de dos formas principales, que a veces se diferencian en el idioma legal inglés como limitación y prescripción, aunque la terminología no está afianzada. La limitación se aplica a las acciones, la prescripción a los derechos. En un sistema de limitación, si puede ejercer una acción y no lo hago dentro de un plazo específico de tiempo, me veo impedido para ejercerla posteriormente. Pero es únicamente la acción la que se impide; el derecho sobre el que se basa dicha acción aún perdura. Es inejecutable o «imperfecto», pero no nulo. Las consecuencias prácticas de esta distinción se diferenciarán en detalles de uno a otro sistema, pero en términos generales son dos. La primera es que si el derecho es *in rem*, puedo hacerlo valer entablado una acción contra cualquier persona, excepto la persona contra la que ha prescrito la acción. Por ejemplo, si has tomado posesión de mi libro sin mi consentimiento, te lo puedo reclamar; si dejas de hacerlo dentro del período de limitación, mi pretensión queda invalidada, pero mi propiedad perdura y, por lo tanto, si mi libro pasa de tus manos a las de X, empezará a transcurrir un nuevo período de limitación, y hasta que éste a su vez haya expira-

do, podré reclamar el libro a X, y así sucesivamente. La segunda consecuencia importante es que los actos realizados conforme a derecho, son válidos. Para dar un ejemplo de un derecho *in personam* diremos que, si me debes dinero y yo omito reclamarlo dentro del período de limitación, pero me pagas posteriormente, no puedes reclamar el dinero alegando que se pagó cuando ya no se debía, puesto que no era mi derecho al pago lo que se extinguió por el transcurso del tiempo, sino sólo mi acción para hacer que se cumpliera.

En contraste, en un sistema de prescripción, es el derecho en sí el que se ve afectado. Sin embargo, hay otra diferencia entre dos posibles formas de prescripción, que pueden denominarse *extintiva* y *adquisitiva*. La prescripción *extintiva* simplemente extingue el derecho sin ofrecer un derecho correspondiente a nadie más, mientras que la prescripción *adquisitiva* tiene como consecuencia la creación de un nuevo derecho³⁵. La primera representa, obviamente, el único sentido en el que puede aplicarse la prescripción a los derechos *in personam* en el ejemplo anterior de una deuda que me debes, carecería de sentido decir que tú has adquirido mi derecho al pago, pero la propiedad puede quedar sujeta a cualquier forma de prescripción. Dentro de cualquier sistema particular, no obstante, la elección del legislador no resultará difícil. En un sistema como el romano, en el que no hay *tertium quid* entre un recurso posesorio y otro de propiedad, es decir, en el que cualquiera que desee reclamar una cosa debe, bien demostrar que ha sido desposeído de ella por el demandado, o bien que es propietario³⁶, un sistema de prescripción *extintiva* sería tan inadecuado que resultaría inoperante. La propiedad, en efecto, quedaría abolida *pro tanto*. Porque al final del período el propietario perdería su derecho, pero el poseedor no tendría más que la posesión. Si, por ejemplo A robara una cosa, y B a su vez le robara esa cosa a A, el poseedor no podría reclamar la cosa a B, y así sucesivamente. Por otra parte, en un sistema como el inglés, que no cuenta con un acción equivalente a la *vindictio*

³⁵ En el sentido de que el nuevo derecho se prueba sin referencia al antiguo (véase pág. 159). Es en este sentido en el que la prescripción se clasifica como un modo originario de adquisición; pero véase también *ibid.*, nota 3.
³⁶ Véase pág. 205.

no, pero que en principio ofrece a cualquiera que haya perdido la posesión sin su consentimiento una acción no meramente contra el desposeedor, sino también contra cualquier tercero que no tenga un título mejor que el suyo, todo lo que se necesita es la prescripción *extintiva*³⁷. En el ejemplo que acabamos de presentar, el poseedor podrá demandar no sólo a B, sino a cualquier tenedor posterior, y puesto que el único derecho de propiedad superior al suyo se ha extinguido *ex hypothesi*, él es el propietario para todos los efectos prácticos.

El Derecho civil contaba con un sistema de prescripción *adquisitiva* (*usucapio*) con períodos muy cortos, pero en principio sin ningún tipo de limitación. Algunas acciones pretorianas quedaban invalidadas transcurrido un año, pero eran *in personam*, y en su mayoría penales, y no nos interesan aquí. Por consiguiente, en los casos en que no se aplicaba la *usucapio*³⁸, un propietario podía hacer valer su propiedad sin importar el tiempo durante el cual él y sus predecesores habían mantenido la titularidad sin la posesión. Esto fue así a lo largo del Derecho clásico. La limitación no llegó a generalizarse hasta el año 424 d. C., en que Teodosio estableció un período de treinta años para la mayor parte de las acciones. Esto parece excesivamente largo para el jurista inglés, acostumbrado a un plazo normal de seis años (doce para la tierra), pero pasó al Derecho consuetudinario europeo y todavía se encuentra comúnmente en los códigos modernos. No obstante, se complementa con un sistema de prescripción *adquisitiva* con plazos más cortos, e incluso éste, como ya veremos³⁹, tiene una importancia mucho menor de lo que parece a primera vista.

³⁷ Este es el sistema inglés actual. La elección, de hecho, no es entre sistemas alternativos de prescripción, sino entre métodos alternativos de protección de la propiedad. Si se ha adoptado el método romano, debe haber prescripción *adquisitiva*; si el inglés, *extintiva*. Estas son diferencias consecuentes adicionales que aquí deben pasarse por alto.
Se debe hacer hincapié en que la terminología varía y en que lo que aquí se llama limitación a menudo se denomina prescripción *extintiva*.

³⁸ Véase más adelante.
³⁹ Página 174.

B) «Usucapio»

Las Doce Tablas establecieron un plazo de dos años para la usucapión de la tierra y de un año para los bienes muebles. Estos plazos tan cortos pueden parecer sorprendentes en un sistema que, por lo demás, niega cualquier efecto al transcurso del tiempo y ofrece una protección incontestable a los derechos adquiridos, pero la usucapión requiere mucho más aparte del transcurso del tiempo, y su campo de aplicación queda por lo tanto muy limitado. De hecho, sirve para dos objetivos principales, subsanar un defecto en la forma por la que se transfirió la cosa (*traditio* de una *res mancipi*)⁴⁰, y subsanar un defecto en el derecho de propiedad de la persona que la transfirió (por ejemplo, la venta por parte de un individuo que no es propietario). Para lograr estos fines, deben satisfacerse cinco requisitos. La persona que pretende la usucapión debe haber mantenido ininterrumpidamente la posesión durante el período exigido; la posesión debe haberse adquirido *ex iusta causa* y en buena fe; la cosa debe poderse poseer (no, por ejemplo, un hombre libre tomado por esclavo); y en ningún momento debe haber sido robada o tomada por la fuerza.

Los requisitos de *iusta causa* (también denominados *iustus titulus*) y *bona fides* están relacionados. La *iusta causa*, que es similar aunque no igual a la *iusta causa* de la *traditio*, puede definirse aproximadamente como una transacción en virtud de la cual el poseedor se habría convertido en propietario, si no se hubiesen dado uno o ambos de los dos defectos ya mencionados. Por ejemplo, si me vendes y entregas a tu esclavo, la «causa» es la venta; si me entregas un anillo sin que ninguno de los dos separemos que pertenece a X, la «causa» es el regalo. En cada uno de los casos yo habría sido el propietario, si no hubiera sido por el defecto—falta de *mancipatio* en el primer caso, falta de titularidad tuya en el segundo—, que es la función que debe subsanar la usucapión. La venta o el regalo son las «causas» más comunes, pero hay muchas otras como un legado, una dote, o una promesa pac-

⁴⁰ Es conveniente incluir bajo este título casos en los que la posesión se tomaba por una orden del pretor y pasaba a propiedad si se mantenía durante el período exigido, en particular la concesión de la *bonorum possessio* al heredero pretoriano. (Pág. 312 y sigs.)

tada. La «causa», a diferencia de la *traditio*, debe ser real. No era suficiente que yo creyera que se trataba de una venta o de un legado si, de hecho, no era así. Por supuesto, si tal «causa» meramente putativa hubiese bastado, prácticamente habría sido muy difícil distinguir el requisito de *iusta causa* del de *bona fides*. La buena fe nunca es fácil de definir, y esto no es una excepción. En el caso de un individuo que adquiere algo de una persona que no es propietaria, el hecho normalmente equivaldría a la creencia de que se ha convertido en propietario, es decir, que su toma de posesión *ex iusta causa* le ha otorgado la plena titularidad. En el caso de un individuo que adquiere una *res mancipi* por *traditio*, esto difícilmente tendería algún sentido, puesto que él debe saber que no es el propietario. No obstante, en ningún caso, la prueba de buena fe se pedía y ni siquiera era posible: correspondía a la persona que disputaba la usucapión probar la mala fe, y tenía que demostrar, no sólo que el poseedor obraba de mala fe en el momento de la acción, sino también su mala fe en el momento de adquirir la posesión. Porque la mala fe subsiguiente no era obstáculo para la usucapión. Si yo te compré un anillo y ninguno de los dos sabía entonces que pertenecía a X, pero inmediatamente después de haber adquirido su posesión yo descubriera la verdad, yo podría, pese a ello, usucapir.

No obstante, el requisito más restrictivo es el último. Si una cosa se robaba o tomaba por la fuerza una vez, nunca podía usucapirse posteriormente⁴¹ (a no ser que mientras tanto volviera a las manos del propietario o éste descubriera su paradero y no la hubiera reclamado). Y el robo tiene un significado mucho más amplio en el Derecho romano que en el Derecho inglés. De hecho, incluye cualquier operación deshonesta con la propiedad mueble de otro individuo⁴². En los ejemplos anteriormente presentados sobre el regalo o la venta de un anillo, la razón por la cual el donante o el vendedor deben desconocer la titular de X no es que se le exija obrar de buena fe, porque no lo ha hecho así, sino sencillamente

⁴¹ Por supuesto, esto puede no ser aplicable al caso del propietario *in bonis* que recibe una *res mancipi* por *traditio*, puesto que la ha recibido *ex hypothesi* del propietario, y por lo tanto, puede que no haya habido robo.

⁴² Véase págs. 275.

que, si obra de mala fe, la transacción equivaldrá al robo. E incluso si actúa de buena fe, es casi seguro que en algún momento ha habido un robo, si el propietario del anillo ha sido desposeído del mismo sin su consentimiento (como debe haber sido *ex hypothesi*): Supongamos que lo ha perdido. Entonces, al que lo encuentre, ha de considerársela como un ladrón, porque difícilmente podrá decir que creía que estaba abandonado. O supongamos que lo prestó y el prestatario lo vendió con posterioridad. A no ser que el prestatario equivocadamente creyera que era de su propiedad o que el propietario le había autorizado a venderlo, también se tratará de un ladrón. De aquí que Gayo observe que un poseedor de *bona fide* raramente podrá usucapir un bien mueble⁴. Ciertamente, puede ser distinto con la tierra, porque la tierra no puede robarse⁴. Por ejemplo, si ocupo ilegalmente un terreno que se encuentra momentáneamente desocupado y después lo vendo, podré usucapirlo siempre que obtenga de buena fe, y no tendrá importancia el que yo obrara de mala fe. Pero, aunque la tierra no puede robarse, puede tomarse por la fuerza, y esto evitará que la tierra sea usucapida, a no ser que el propietario la haya recuperado o haya asentido a su pérdida, como anteriormente hemos visto.

Llegamos a la conclusión de que, aparte de servir para subsanar el defecto de forma en el título del que adquiriere una *res mancipi* por *traditio* y de otros tenedores similares, las reglas de usucapición deben haber servido habitualmente para crear, no un método definitivo para adquirir la propiedad, sino un método para desviar la carga de la prueba. Una persona que hubiera tomado posesión *ex iusta causa* y hubiera permanecido en posesión de ella durante el período exigido, habría podido razonablemente pretender que quien le disputaba el derecho de propiedad era a quien correspondía demostrar que la había adquirido de mala fe, o que la cosa había sido robada o tomada por la fuerza. Esto es, de hecho,

⁴ Sugiere, a modo de ejemplo, dos casos en los que habría podido hacerlo. Yo te he prestado una cosa, y a tu muerte, tu heredero la encuentra y, suponiendo que es tuya, la vende. O una esclava de la que yo tengo usufructo, tiene un hijo. Desconociendo la ley, supongo que el niño me pertenece (realmente pertenece al propietario de la esclava) y, por lo tanto, lo vendo. En cada caso el comprador puede usucapir.

⁴ Véase página 277.

un compromiso entre la aversión de los romanos a interferir en los derechos adquiridos y la necesidad práctica de reconocer de alguna forma los hechos establecidos. Es un compromiso que se logra renunciando a la certidumbre absoluta en cuestiones de derechos de propiedad que es la ventaja de una norma estricta de prescripción⁴⁵.

C) EL PROPIETARIO «IN BONIS» Y EL POSEEDOR «BONA FIDE»

Las normas de usucapición en vigor señalaban dos clases de poseedor como propietarios potenciales: el poseedor cuyo título de propiedad sólo tiene un defecto de forma, tipificado por el receptor de una *res mancipi* por *traditio*, y el poseedor cuyo título de propiedad tenía un defecto de fondo por proceder de un no-propietario. El primero se denomina «propietario *in bonis*»⁴⁶ y el segundo «poseedor *bona fide*». Por el Derecho civil, sin embargo, sus derechos sólo eran potenciales. Hasta que la usucapición se completara, estaban únicamente protegidos por los interdictos al alcance de cualquier poseedor; y éstos, como hemos visto⁴⁷, sólo son procedentes contra el desposeedor inmediato. En esta fase de la legislación, intervenía el pretor, probablemente a finales de la República. Su política era distinta en los dos casos. El pretor *in bonis* habla de ser protegido contra todos, incluso contra el propietario; el poseedor *bona fide* habla de ser protegido contra todos, excepto contra el propietario. Si se consideran las situaciones posibles, esta política y los sistemas adaptados para hacerla efectiva se explican por sí solos. Hay esencialmente dos situaciones:

f) La persona que está adquiriendo la usucapición todavía está en posesión de la cosa, pero ésta se le reclama. La reclamación sólo puede ser una *vindictio* y, por lo tanto, únicamente el propietario es quien puede esperar tener éxito. Se le debe permitir obviamente que prevalezca frente al poseedor *bona fide*, puesto que de otra manera el pretor efectivamente estaría consintiendo la usucapición sin respetar siquiera los cortos plazos exigidos por el Derecho civil. Por

⁴⁵ Véase pág. 174.

⁴⁶ Véase pág. 170.

⁴⁷ Página 149, pero véase también la nota 20 anterior.

otra parte, el dejar que prevalezca frente al propietario *in bonis* sería permitirle aventajarse de un tecnicismo que transformaría una transferencia que él mismo ha hecho *ex hypothesi* voluntariamente; y la política consecuente del pretor era prescindir de formalidades innecesarias. Al demandado, por lo tanto, se le permite introducir en la *vindictio* una excepción (*exceptio rei venditae et traditae*) solicitando al juez que le absuelva si la cosa le fue vendida y entregada por el demandante. Esta excepción lógicamente sólo puede ser válida para un propietario *in bonis*, y por lo tanto, se logra el propósito del pretor:

ii) La persona que está adquiriendo la usucapción pierde la posesión de la cosa, pero quiere reclamársela a su actual poseedor. Por ejemplo, P está adquiriendo la usucapción cuando T toma la cosa de él y se la entrega a D. (Si la cosa estuviera aún en poder de T, P estaría adecuadamente protegido por el Derecho ordinario, puesto que podría presentar un interdicto posesorio basado sencillamente en que T le había desposeído de la cosa). Aquí la política del pretor será distinta dependiendo de si P es un propietario *in bonis* o un poseedor *bona fide* y de si D es o no el propietario. Si D es el propietario, entonces se aplican las mismas consideraciones que en la situación anterior: P tendrá éxito si es un propietario *in bonis* y fracasará si es un poseedor *bona fide*. Si D no es el propietario, P tendrá éxito en ambos casos, puesto que su reclamación es cuando menos preferible a la de D. Sin embargo, esta política es más fácil de explicar que de aplicar. Porque hemos estado suponiendo que el pretor conoce la naturaleza del título de propiedad del demandante y si el demandado es o no propietario, y sin embargo, son precisamente estos extremos los que la acción tendrá que resolver. La acción debe formularse de tal manera que se logre el resultado correcto para cualquiera de las cuatro alternativas que pueden surgir en el juicio. Esta acción proporciona un buen ejemplo de los métodos pretorianos y merece por lo tanto un examen más detallado.

La acción toma su nombre, *actio Publiciana*, del pretor que la autorizó. Es esencialmente una *vindictio* en la que el período de tiempo necesario se supone de forma ficticia. La

formula empieza con una afirmación por parte del demandante de que, si él hubiera seguido en posesión de la cosa durante un año o dos, habría llegado a ser el propietario. (Si el demandante fuese propietario de la cosa, que le fue vendida y entregada, si la retuvo en su poder durante un año [o dos]). Nada se supone excepto el período de tiempo El demandante debe probar, en la medida en que pueda probarse, los restantes requisitos de la *usucapio*. Esto podrá hacerse en cualquiera de las situaciones que estamos considerando. A continuación viene una excepción (*exceptio iusti domini*) afirmando que el demandado es el verdadero propietario ('entonces a no ser que el demandado sea el propietario'). Si el demandado puede justificar esta afirmación, el demandante fracasará. Este es el resultado auspiciado si el demandante es sólo un poseedor *bona fide*, pero no si es un propietario *in bonis*. La *formula* por consiguiente contiene, antes de la decisión final de condenar o absolver, una réplica más por parte del demandante (*rephicatio rei venditae et traditae*), afirmando igual que en la situación ii) anterior, que el demandado le vendió y entregó la cosa al demandante ('y entonces si el demandado vendió y entregó la cosa al demandante, que el juez condene...'), etc, como en la *vindictio ordinaria*). Esto, en última instancia, permitirá que prevalezca el propietario *in bonis*, pero no servirá de ayuda al poseedor *bona fide*.*

El pretor, aunque sólo había añadido formalmente una acción más a la lista en el edicto, en sustancia había hecho mucho más. Había abolido la necesidad de *mancipatio* y transformado la propiedad romana. En adelante, el receptor de una *res mancipi* por *traditio* se encontraba, para casi todos los efectos prácticos, en la situación de un propietario⁴. El propietario, según el Derecho civil (*dominus ex iure Quiritium*), no conservaba casi nada, excepto el nombre. Este, sin em-

* Como la *formula* de cualquier otra acción, es en su estructura gramatical una sucesión de cláusulas condicionales que regulan la orden al juez de condenar o absolver (véase pág. 49). Lo que en sustancia son aserciones están, por lo tanto, en forma de cláusulas condicionales. Para la *formula* de *vindictio* ordinaria, véase pág. 161, nota 4.

⁴ Perdará sometido a algunas limitaciones. Véase, por ejemplo, página 106, nota 26 (manumisión), y página 338 (legado por *vindictationem* antes del Sr. *Neronianus*).

bargo, si lo conservaba. Porque los romanos no podían decirse a llamar *dominus* al propietario *in bonis*. Preferían un circunloquio: tenía la cosa entre sus bienes — *in bonis*—. La tarea de acuñar el término «bonitario» se dejó para los juristas bizantinos*. Esta renuencia a abandonar las antiguas formas de pensamiento y palabra iba unida a una renuencia similar en la práctica de las transmisiones para aprovechar la reforma pretoriana y abandonar el uso de la *mancipatio*.

La transformación de la propiedad fue, no obstante, más amplia. La propiedad en el Derecho civil (*dominus ex iure Quiritium*) era única e indivisible. Un individuo era un propietario o un no propietario. Su titularidad era válida frente a todo el mundo o frente a nadie. De aquí que el propietario *in bonis* o el poseedor *bona fide* no tenían, en lo que al Derecho civil se refiere, mejor título que el de un mero poseedor. Pero el efecto de la *actio Publiciana* era crear otras dos formas de lo que podría haberse denominado la propiedad pretoriana. En realidad, la propiedad *in bonis* se diferenciaba sólo técnicamente del *dominium* y podría haberse conciliado con la unicidad de propiedad si los romanos hubieran estado preparados para dar un reconocimiento teórico al hecho de que la *traditio* de una *res mancipi* traspasara la propiedad. De hecho, Justiniano, como hemos visto, lo hizo³⁹, y la propiedad *in bonis* desapareció del *Corpus Iuris*. Pero la esencia de la posesión *bona fide* era su relatividad — era válida frente a todos excepto frente al verdadero propietario⁴⁰—. Los romanos nunca adaptaron su concepción de *dominium* para tener en cuenta esta propiedad relativa, prefiriendo pasar por alto su existencia por el sistema de negarle sencillamente el nombre de propiedad⁴¹.

* N. del T.: Propietario *in bonis* en inglés es *bonitary owner*.

³⁹ Abolviendo la distinción entre *res mancipi* y *res mancipi* (véase la p. 147).

⁴⁰ El término «poseedor *bona fide*», como se utiliza aquí, está consagrado por el uso, pero puede ser engañoso. Es una versión reducida del término latino completo *bona fidei possessor in via usucapientis*, pero obviamente no todo poseedor *bona fide* está adquiriendo la *usucapio*.

⁴¹ Gayo reconoce que la propiedad está dividida, pero según parece ha sido el único. La terminología y la concepción de *dominium* no quedó afectada.

D) «LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIO» Y LAS REFORMAS DE JUSTINIANO

La *usucapio*, por ser un modo civil, se aplicaba únicamente a las cosas que pudieran ser de propiedad romana y, por lo tanto, no incluía las tierras de las provincias⁴², y sólo estaba al alcance de los ciudadanos romanos. La laguna se llenó mediante la institución de la *longi temporis praescriptio*, de la que tenemos las primeras noticias en una constitución imperial del año 199 d. C. En su origen, no se trataba de una prescripción, sino simplemente de una limitación. En la época de Justiniano, no obstante, se convirtió, como la *usucapio*, en un modo de prescripción adquisitiva, pero el tiempo exigido era mucho más largo: diez años si las partes se encontraban en el mismo distrito, veinte en caso contrario.

Teodosio, como se ha dicho anteriormente⁴³, introdujo un período de limitación general de treinta años, y Justiniano realizó otros cambios. Al subir al trono, Italia estaba en manos de los bárbaros, y la *usucapio*, por lo tanto, se aplicaba en la práctica únicamente a bienes muebles y a aquellas tierras que gozaban del privilegio del *ius italicum*⁴⁴. De forma correspondiente, puesto que la ciudadanía era universal, la *longi temporis praescriptio* se aplicaba en la práctica únicamente a la tierra. En consecuencia, dio el nombre de *usucapio* a la adquisición de bienes muebles, pero ampliando el período a tres años, y el nombre de *longi temporis praescriptio*, con los mismos períodos que antes, a la tierra. Asimismo, creó una nueva forma de prescripción adquisitiva. Cualquiera que hubiera adquirido una cosa de buena fe, incluso siendo sin *iusta causa*, y la hubiera tenido durante treinta años, se convertía en su propietario. Los comentaristas llaman a esto la *longissimi temporis praescriptio*. Se aplicaba incluso en el caso de que la cosa hubiera sido robada en algún momento, y de este modo era posible, como no lo había sido nunca anteriormente, estar seguro de la propiedad de los bienes muebles, al término de un período de treinta años.

⁴² Véase página 146, nota 16.

⁴³ Véase página 165.

⁴⁴ Véase pag. 146, nota 16.

E) LA LEGISLACIÓN MODERNA Y LA INVIOLEABILIDAD DE LA PROPIEDAD

La prescripción es una alteración en la inviolabilidad de la propiedad —el principio de que un individuo no perderá la propiedad sin su consentimiento— y está justificado por el interés público, cosa que ya hemos observado⁵⁴, el que los derechos *in rem* deben ser fácilmente comprobables. Su importancia en cualquier sistema particular dependerá, por ello, de la importancia que dicho sistema concede a la inviolabilidad de la propiedad y de la medida en el que la altere de otras maneras. El Derecho clásico es más extremista en su insistencia sobre la inviolabilidad que cualquier sistema moderno. No permite otras alteraciones más que la usucapión y la *longi temporis praescriptio*, y el alcance de éstas, como hemos visto, estaba limitado. En la ley de Justiniano, la *longissimi temporis praescriptio* provocó una alteración mayor y más sustancial, pero el período de tiempo requerido era muy largo. No hubo más alteraciones. El Derecho romano se aferraba a la norma, que encierra el principio de inviolabilidad, de que un individuo no puede transmitir un derecho de propiedad mejor que el que posee⁵⁵. El moderno Derecho civil es muy distinto. Está mucho más dispuesto a sacrificar la inviolabilidad de la propiedad a la necesidad de certidumbre, pero lo hace así, principalmente, por medio de dos sistemas más drásticos que la prescripción y, en consecuencia, la prescripción carece relativamente de importancia. Ya hemos visto estos sistemas⁵⁶. En lo que respecta a la tierra, el registro del derecho de propiedad, como en Alemania, es concluyente a favor del poseedor *bona fide*. Por ejemplo, si la tierra que pertenece a A, está erróneamente inscrita en el Registro como perteneciente a B, y B se la vende a C, que desconoce el error, C adquiere el derecho de propiedad. Con relación a los bienes muebles, la mayoría de los sistemas más modernos van muy lejos en el sentido de equiparar la posesión *bona fide* con la propiedad. El Código Civil francés incluso declara que «con respecto a los bienes muebles, la

posesión equivale al título», lo cual, considerándolo a primera vista, privaría totalmente a la propiedad de su significado ordinario. El efecto real del principio está más limitado, pero significa, por ejemplo, que si tú me prestas tu libro y yo lo vendo y entrego a X, un comprador *bona fide*, X adquirirá la titularidad, y tu único recurso será contra mí. La justificación de una limitación de propiedad tan drástica es que en una sociedad comercial moderna, cuya existencia depende del rápido movimiento de mercancías, es más importante que el comprador quede liberado de la necesidad de investigar la titularidad de las mercancías que compra, que el que el propietario quede protegido en el disfrute de su total titularidad. Este es, una vez más, un caso de dos partes inocentes, una de las cuales debe salir malparada, y los sistemas modernos consideran que la balanza de la conveniencia se inclina adjudicándole pérdida al propietario. El Derecho romano pensaba de otra manera. El Derecho inglés, tradicionalmente tan celoso de los derechos del propietario como el Derecho romano, ocupa actualmente una posición intermedia. Introduce gradualmente un sistema de registro del derecho de propiedad a la tierra y, con respecto a los bienes muebles, permite una serie de excepciones bastante arbitrarias al principio de la inviolabilidad, sin llegar al extremo del moderno Derecho civil.

6. Modos naturales originarios

Todos los modos naturales, con excepción de la *traditio*, son originarios. Dichos modos naturales originarios constituyen un rasgo característico del Derecho romano y de todos los sistemas de él derivados, aunque en el Código Civil francés se les da en el *Cornus lurtis* e incluso en el Código Civil francés apenas está proporcionada a su importancia práctica. Asimismo, aunque Justiniano los explica ampliamente en las *Instituciones*, y los juristas del *Digesto* dedican una entusiasta ingeniosidad al debate de los problemas implicados, existe poca terminología técnica para distinguir e identificar los distintos modos y, aparentemente, no hay una clasificación sistemática. En consecuencia, las clasificaciones y terminología utilizadas por los escritores modernos no son, en su mayoría, romanas,

⁵⁴ Página 143 y sigs.

⁵⁵ «Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet» o, en la versión inglesa, más sucinta pero menos exacta, «Nemo dād quot non habet».

⁵⁶ Página 145.

y aunque algunas tienen una aceptación universal, otras varían de un autor a otro, para confusión del estudiante.

A) «OCCUPATIO»

Esta, arquetipo de los modos originarios, es la adquisición de propiedad de una cosa que no tiene propietario (*res nullius*) tomando posesión de la misma. Sus problemas son, por lo tanto, los problemas de la posesión.

Una *res nullius* puede no haber tenido nunca propietario o bien haber sido abandonada por el mismo, pero las únicas *res nullius* que normalmente se encuentran en la vida corriente son los animales salvajes, y la *occupatio* se debate principalmente en relación con éstos. Son, además, las únicas cosas en las que la propiedad y la posesión son siempre coextensivas. Si emerge del mar una nueva isla (cosa que, como todo estudiante de Instituto sabe, raramente sucede), puedo adquirir su propiedad tomando posesión de ella, y no perderé la propiedad simplemente perdiendo la posesión. Pero si cojo un estornino y después se escapa, perderé su propiedad en ese momento. Y así será, sin tener en cuenta el tiempo que haya pasado domesticándolo ni lo «domesticado» que estuviera. Porque, según la ley, no existen cosas como un estornino «domesticado»: el estado salvaje no es una cuestión característica del animal individual, sino de la especie a la que pertenece. Y, a la inversa, si mi ganso domesticado se escapa y se «vuelve salvaje», seguiré siendo su propietario, aunque haya perdido mi posesión sobre él. Por que los animales domésticos están sujetos a las mismas reglas que cualquier otra propiedad mueble.

La norma estricta de que la propiedad de animales salvajes se perdía al perderse la posesión se relajó en el caso de animales que tienen la costumbre de marcharse y regresar, como las palomas mensajeras. O, más bien la severidad de la norma quedó mitigada por una ampliación de la idea de la posesión. Pues estaban sujetos a las mismas reglas que otros animales salvajes, pero el principio se satisfacía diciendo, muy originalmente, que el control material necesario para la posesión del propietario de éstos se mantenía por su in-

tención de regresar' (*animus revertendi*). En consecuencia, si una paloma mensajera pierde el *animus revertendi* se convierte en una *res nullius* en ese momento. Obviamente el *animus revertendi* debe ser en la práctica la aparente costumbre de regresar.

El Derecho inglés otorga al ocupante de tierras derecho a 'cazar' en sus tierras, de forma que, si yo mato una perdiz en tu tierra sin tu consentimiento, la perdiz inmediatamente te pertenece. Sin embargo, el Derecho romano no tiene tales normas y la perdiz me pertenecería con arreglo a los principios ordinarios de la *occupatio*, tan pronto como hubiera tomado posesión de ella (a no ser que estuviera en un corral y, por lo tanto, se podría decir que estaba en tu posesión y, consecuentemente, en tu propiedad). Puede que yo haya cometido el delito de *furtiva* al entrar en tu tierra, pero esto no afectará a mi derecho de propiedad sobre la perdiz. En otros aspectos, no obstante, las normas del Derecho inglés con relación a la propiedad de animales salvajes son las mismas y parecen derivarse de las del Derecho romano.

La doctrina romana de la *occupatio* fue adoptada por los fundadores del moderno Derecho internacional como la base para adquirir el derecho de propiedad por parte de los Estados sobre territorios vacantes (lo cual se hizo oportunamente para incluir los territorios en posesión de tribus 'salvajes').

B) INCREMENTO POR RÍOS

Pueden tratarse en conjunto una serie de problemas que surgen fuera del caudal de los ríos o por cambios en su curso.

1) *Aluvio*. Los terrenos ribereños, con el transcurso del tiempo, pueden extenderse sensiblemente a base de imperceptibles incrementos de tierra transportada por el río. Tales incrementos no son *res nullius*, sino que pertenecen al propietario ribereño. Si el aumento no es imperceptible, sino que el río ha arrastrado físicamente un trozo de tierra (lo que los comentaristas denominan *avulsio*), no hay cambio en su

²¹ Véase pág. 278.

propiedad hasta que haya quedado permanentemente unido a la orilla (los textos hablan de árboles echando raíces en el).

ii) *Insula nata*. Se ha tratado mucho sobre la propiedad de islas que surgen por el movimiento del río (en oposición a aquellas que se crean cuando el río se divide, encerrando así un trozo de tierra inexistente, cuya propiedad no cambia, y a aquellas que quedan al descubierto por una bajada del nivel del agua y se consideran como parte del lecho). Sin embargo, las reglas no están del todo claras. Si la isla se encuentra totalmente a un lado del río, pertenece al propietario ribereño de ese lado. Si hay más de un propietario ribereño, la isla se divide trazando líneas verticales desde los linderos de cada parcela de tierra hasta la isla. Si la isla no se encuentra totalmente a un lado, se traza una línea imaginaria en el centro del río y la isla se divide en consecuencia. Esta era la interpretación adoptada por el moderno Derecho romano, pero deja sin respuesta la objeción matemática de que, a no ser que las orillas sean paralelas, es imposible definir la línea central.

iii) *Alveus derelictus*. Si un río cambia su curso, el lecho que abandona queda en propiedad de los propietarios ribereños de igual manera que la *insula nata*, y el nuevo lecho se hace público. De esto se desprende lógicamente que, si el río vuelve a cambiar su curso, el segundo lecho no revertirá a su dueño anterior, sino que se dividirá de la misma forma que se hizo con el primero. Por regla general, esto no importará puesto que el antiguo propietario del lecho poseerá las dos orillas, aunque en casos extremos la solución puede resultar drástica. Por ejemplo, si mi trozo de tierra es pequeño, el nuevo lecho puede ocuparlo por completo, de manera que, cuando el río se desplace otra vez, no me pertenecerá a mí, sino a los vecinos de cualquiera de los dos lados. Esto se indica en un texto del *Digesto* pero, añade la mano de Justiniano, 'esta norma difícilmente se aplicaría'.

C) UNIÓN

Pueden surgir problemas cuando una cosa perteneciente a un individuo se une o mezcla con la de otro como, por ejem-

plo, si yo vierto tu aceite en el mismo recipiente que el mío, o si pinto un cuadro en tu lienzo con mis pinturas, o si suelo tu asa de plata en mi taza de plata. Si la unión o la mezcla se ha hecho por mutuo acuerdo entre nosotros, no hay grandes problemas: cada uno de nosotros habrá acordado nuestros derechos en el conjunto resultante o, si no lo hemos hecho, la ley supondrá que nuestra intención era poseerlo mancomunadamente en proporción a nuestras aportaciones. Asimismo, si la unión es disoluble, el propietario agraviado puede reclamar que se disuelva. Por ejemplo, si mi perla está engarzada en tu anillo y tú estás en posesión de todo el anillo, puedo pedir que se desprenda mi perla; y puedo hacer lo mismo si mi rueda está colocada en tu carro. Pero si la unión o la mezcla no se han hecho por mutuo acuerdo entre nosotros (es decir, la ha hecho uno de nosotros sin el consentimiento del otro, o un tercero sin el consentimiento de ninguno), y es indisoluble, hay mayores dificultades. Los problemas son de propiedad y compensación—de derechos: *in rem* e *in personam*—pero el derecho de propiedad se hace prioritario. Porque admite dos soluciones posibles—o el conjunto pertenece exclusivamente a uno de nosotros, o pertenece a los dos mancomunadamente—y sólo cuando se adopta la primera de dichas soluciones puede surgir la cuestión de la compensación.

El criterio aplicado es esencialmente un criterio de identidad. Si la identidad de una cosa (lo accesorio) se fusiona y pierde en la identidad de la otra (lo principal), el propietario de lo principal es propietario del conjunto. En el ejemplo de la copa y del asa, el propietario de la copa lo es de la copa con asa. Se dice que hay *accessio*⁶⁹. Si no hay fusión de identidad.

⁶⁹ El término lo utilizan algunos comentaristas (y, de acuerdo con ellos, el Código Civil francés) en un sentido mucho más amplio para incluir todos los casos en los que ha habido un añadido a mi derecho, es decir, en los que el objeto de mi propiedad ha aumentado. El propietario de un animal adquiere, por lo tanto, propiedad de las crías del animal cuando nacen por *accessio*, aunque en términos materiales no ha habido un acceso sino una separación. En este sentido, la *accessio* incluye todos los modos naturales originarios intermedios. Puesto que la *thesauri inventio* y hay otros significados intermedios. Puesto que *accessio*, como palabra abstracta, no es romana, y de los textos no emerge ninguna clasificación clara, no puede decirse que sea, además, de ningún significado ni clasificación, pero los adoptados por el Código Civil francés son tan amplios que casi carecen de significado. Puede argumentarse que algunos de los casos de incremento por

idad, sino que la identidad del conjunto es la misma que la identidad de cada uno de los componentes, la propiedad es mancomunada. Esto sólo ocurrirá, por regla general, en el caso de sólidos o metales (como cuando tu aceite y mi aceite están mezclados, o cuando mi lingote de oro y tu lingote de oro están fundidos en un lingote mayor) y, por lo tanto, la mayoría de los comentaristas denominan al proceso *confusio* (una mezcla o fusión en conjunto).

Obviamente aquí todo se centra en el significado de 'identidad', y éste, como han descubierto los filósofos, es un concepto evasivo. En particular, ¿cómo se puede distinguir la cosa principal de la accesoria? Normalmente en la práctica, la distinción resultará bastante fácil de describir (como lo es en el caso de la taza y el asa), pero es difícil enunciar una prueba. La única prueba sencilla que presentan los textos es la de valor, y es inadecuada. Porque, aunque generalmente es la cosa menos valiosa la que se incorpora a la más valiosa, no siempre sucede así: si yo escribo en tu papel, las letras se incorporan al papel, aunque sean letras de oro. Las letras restantes no hacen más que sustituir la 'identidad' por algún otro término igualmente evasivo. Y aun así, ninguno de ellos explica la respuesta que se da realmente en el caso de mi pintura y tu lienzo. Porque, finalmente, se mantendrá que era el lienzo el que se incorporaba a la pintura. Es difícil, no obstante, formular un principio que explique esto, puesto que el lienzo se incorpora a algo que no tiene una existencia previa y no podría tenerla sin el lienzo⁴¹. Gayo abunda en esto, y la razón evidentemente estriba en la renuencia de los juristas a decir que una obra de arte es simplemente el accesorio de un lienzo.

⁴¹ «*Evitan dentro del limitado significado de accesorio arriba presentado, *Aliterio* y *zovisio* realmente pueden ajustarse con facilidad (excepto si hubiera sido *accessio* al hecho en lugar de a la orilla, y se dice que el hecho es público). Pero *hincilla nata* y *diversa derivatis* sólo pueden incluirse mediante una interpretación forzada, y parece más sensato adoptar una clasificación meramente descriptiva para todos estos casos.*»

⁴² «No es a la pintura a la que se incorpora el lienzo, sino al cuadro, lo que es obvio si se considera el caso de A pintado en el lienzo de B con la pintura de C. El problema se habría tratado mejor como de *specificatio* (véase pág. 183 y sigs.)—el resultado habría sido el mismo.

Hasta ahora hemos considerado únicamente la *accessio* de bienes muebles a bienes muebles. No obstante, también puede haber *accessio* de bienes muebles a la tierra. Si tu semilla se siembra en mi tierra, me pertenece; si tu árbol se planta en mi tierra, pasa a ser mío cuando eche raíces. Sin embargo, el caso importante es el de la construcción (*inadificatio*). A construye en la tierra de A con materiales de B o A construye en la tierra de B con materiales de A (o de C). El edificio se incorpora a la tierra. La unión es, en principio, disoluble⁴², pero el propietario de los materiales no puede reclamarnos⁴³ por una norma de la primitiva política pública, derivada de las Doce Tablas, por la que no debería obligarse a nadie a derribar un edificio. En cuyo caso, ha de esperar a que la casa se calga o sea derribada voluntariamente, y entonces puede plantear una *vindictio*. Sin embargo, en el caso de que A construya en su propia tierra con los materiales de B, las Doce Tablas conceden en el entre tanto a B una acción (*actio de tigno imcto*) contra A consistente en una penalización del doble del valor de los materiales (la misma que por robo) por haber incorporado ilegalmente los materiales de B a la tierra o a la construcción.

Esto nos conduce al problema de los derechos *in personam*. Cuando la unión es indisoluble, y el propietario del accesorio ha perdido, por lo tanto, su propiedad, ¿puede pedir alguna compensación? Hay dos situaciones en las que la ley es clara. La primera se da cuando la unión se haya realizado de mala fe por parte del propietario de la cosa principal, como cuando A haya fiado el asa de B a su propia copa, sabiendo que el asa es de B. En este caso, el acto de A constituye un delito de robo, y B puede pedir no sólo una compensación, sino también reclamar una penalización⁴⁴. La segunda situación se da cuando B, el anterior propietario del asa, está en posesión del conjunto. En este caso, A es propietario del conjunto y puede, por lo tanto, plantear una *vindictio* por ello, pero B está autorizado a alegar en su defensa (por *exceptio doli*) que A, aunque hubiese actuado de buena fe, debería pagar compensación por lo que adquirió. Dicho de otra manera, si A no paga compensación, no prosperará

⁴² Véase página anterior.

⁴³ Véase pág. 215 y sigs.

su *vindicatio*. Hasta aquí la ley es clara, pero ¿qué sucede si A actuó de buena fe y B no tiene la posesión? Según parece, de cualquier forma, en el Derecho clásico, B no tiene recurso. El único fundamento en que podría basar una reclamación es que A se ha enriquecido injustificadamente: a sus expensas y, como veremos⁶⁴, el Derecho clásico admite dichas reclamaciones sólo en un número limitado de casos, entre los que no se encuentra éste. Esto puede pareceros dásstico, y a veces lo sería, aunque no siempre. Porque, ¿cómo es posible que A pudiera fijar de buena fe el asa de B a su copa? Lo más probable es que la haya comprado a un tercero, en cuyo caso, suponiendo que pagara un buen precio por ella, no puede decirse que se enriqueciera. Nos enfrentamos de nuevo al problema de dos partes inocentes, una de las cuales debe salir malparada. Además, como ya hemos visto⁶⁵, raramente sucedería que un individuo perdiese la posesión de un bien mueble sin su consentimiento, a no ser que hubiese habido robo y, por lo tanto, A tendría al menos la posibilidad de una acción contra el ladrón. En resumen, el único caso claro de abuso será aquel poco usual en el que A haya tomado posesión del asa sin pagarla. Dicho caso sólo podría resolverse con el riesgo de ampliar tanto la doctrina del enriquecimiento injustificado que resultaría incontratible. Los juristas clásicos preferían admitir un abuso ocasional antes que correr dicho riesgo. De hecho, lo sorprendente no es que le denegaran la posibilidad de ejecutar la acción a B, sino que le permitieran reclamar una compensación por medio de una excepción. Porque esto hacía que la decisión de determinar cuál de los dos debía soportar la pérdida favoreciera a quien tuviese la suerte de estar en posesión. Probablemente la explicación es que era posible admitir que se planteara la *exceptio* a la *vindicatio* sin abrir la puerta a una multitud de reclamaciones por enriquecimiento injustificado y, por lo tanto, los juristas estaban más dispuestos a permitirlo. Pero la distinción es, sin embargo, arbitraria.

⁶⁴ Véase págs. 298 y sigs.
⁶⁵ Página 168.

D) «SPECIFICATIO»

Aquí queda otro problema en relación con la identidad. Dos cosas pueden estar tan unidas que la identidad de la cosa resultante sea distinta a la de cualquiera de las dos originales. O una sola cosa puede estar tan transformada que haya cambiado su identidad. En resumen, surge una cosa nueva (*nova species*). Por ejemplo, A transformará su vino y la miel de B en hidromiel, o su propio oro y la plata de B en electro; o con el bronce de B fabrica una estatua. Como anteriormente, si esto se ha realizado de común acuerdo, no hay problema: o el acuerdo habrá decidido la cuestión de la propiedad o, en caso contrario, la nueva cosa será propiedad de A y B mancomunadamente. Pero ¿qué sucede si A ha actuado sin el consentimiento de B?

En el Derecho clásico había controversias entre las escuelas. Los sabíanos otorgaban la propiedad al dueño de los materiales o si, como en el caso del hidromiel, había más de un propietario, a los propietarios conjuntamente en proporción a sus contribuciones. Los procilianos otorgaban la propiedad al fabricante. La adquiriría por *specificatio*, por el acto de fabricar una *nova species*. Existía además una tercera doctrina, a la que Justiniano dio su aprobación y que él describe como un compromiso (*media sententia*). Esta daba la *nova species* al fabricante sólo si los materiales no podían volver a su estado primitivo. El hidromiel, por lo tanto, pertenecía a A, pero la estatua de bronce a B, mientras que si la estatua se hubiera hecho de mármol, habría pertenecido a A. El hidromiel, por supuesto, pertenecería a A por otras razones. Pues Justiniano introdujo una norma adicional por la que, si el fabricante había contribuido con una parte del material, la *nova species* debía pertenecerle, aparentemente basándose en que podían fundamentarse en las doctrinas procilianas y sabíanas, puesto que no sólo había fabricado la cosa, sino que también había contribuido con parte del material. Por lo tanto, si A hace una estatua con parte del bronce de B y parte del suyo, la estatua será suya. Según parece, en todos estos casos, como en la *accessio*, la buena o mala fe del fabricante es irrelevante para su titularidad.

Los problemas de compensación son los mismos en la *specificatio* que en la *accessio*, y lo que se ha dicho anteriormente se aplica también aquí.

La *media sententia* de Justiniano se ha criticado por no tener en cuenta la importancia relativa de los materiales y la habilidad del fabricante —es decir, el capital y la mano de obra— y la mayoría de los sistemas modernos la han abandonado. El Código Civil francés da la cosa al propietario de los materiales, a no ser que el valor del trabajo sobrepase en mucho al valor de los materiales; el Código Civil alemán aplica una medida distinta, dando la cosa al fabricante, a no ser que el valor del trabajo esté muy por debajo del de los materiales.

¿Qué es una *nova species*? ¿Cuándo está tan cambiado algo que resulta una cosa nueva? Es probable que la controversia entre procutianos y sabinianos refleje una diferencia de doctrina filosófica; los Procutianos siguen a Aristóteles al dar la primacía a la forma o la esencia y los Sabinianos prefieren el punto de vista de los Estoicos, que daban la primacía a la materia. Actualmente, dichas diferencias están desfasadas, pero no es más fácil de definir con precisión la 'forma' y la 'esencia' de lo que lo es la 'identidad'; pero también hay aquí una dificultad práctica. El demandante en un *vindictio* debe identificar con palabras la cosa cuyo derecho de propiedad reclama. ¿Es 'mármol' una descripción suficiente para una estatua de mármol, o puede el demandado replicar que la cosa que posee no es la mencionada en la reclamación del demandante? En resumen, la pregunta '¿nos hallamos ante una *nova species*?' puede volver a expresarse en la forma de '¿daría un hombre corriente a la cosa tal como es un nombre distinto al de la cosa tal como era?'. Esto puede resultar más aceptable para el pensamiento actual, pero únicamente desplazada hacia el hombre corriente la responsabilidad de decidir cuándo una cosa ha cambiado lo suficiente como para necesitar un nombre distinto, y esto no es más que el problema de forma, esencia o identidad.

⁴⁴ La misma prueba puede aplicarse, por supuesto, a la *accessio*: "¿Puede la cosa, tal como es, llevar el mismo nombre que sólo una de sus cosas de la que se compone?"

E) ADQUISICIÓN DE FRUTOS

Los frutos o productos de una cosa incluyen el incremento natural de tierra o animales domésticos, así como los alquileres o beneficios similares. Estos se distinguen en la terminología moderna como naturales y civiles, respectivamente (*fructus naturales* y *fructus civiles*).

El derecho a los frutos civiles no es objeto del derecho de propiedad, sino del derecho contractual. Si un individuo arrienda un terreno, su derecho a la renta depende de la validez del contrato, no de su titularidad sobre la tierra. Ciertamente, no necesita tener título alguno: con tal de que mantenga al arrendatario en el disfrute de la tierra, tiene derecho a la renta.

Lo que aquí nos interesa son los frutos naturales. *Prima facie*, pertenecen al propietario de la cosa principal (que supondremos que es tierra), pero en algunas circunstancias, alguna otra persona puede tener derecho a ellos. Obviamente, un arrendatario tiene por regla general derecho a los frutos, pero puesto que su derecho a la tierra es sólo *in personam*, también lo es su derecho a los frutos. Tiene derecho a que su propietario le permita hacerse propietario de los frutos mediante la recolección (*perceptio*). Su recolección con el consentimiento del propietario la interpreta el último como una *traditio brevi manu*⁴⁵, siendo su consecuencia práctica que, si éste retira su consentimiento antes de que el arrendatario haya cosechado, el arrendatario no puede adquirir ningún derecho de propiedad, aunque pueda interponer una acción por incumplimiento del contrato de arrendamiento.

Es igualmente obvio que un usufructuario⁴⁶, por la propia naturaleza de su derecho, tiene la titularidad de los frutos, y también los adquiere por *perceptio*, pero puesto que tiene un derecho *in rem*, su adquisición no puede depender del consentimiento del propietario, y por consiguiente, no hay idea de *traditio*.

El Derecho se enfrenta con un problema político más complicado en el caso del poseedor *bona fide*. Por una parte, tiene

⁴⁵ Véase págs. 162.

⁴⁶ Véase págs. 192.

mos el principio de inviolabilidad de la propiedad. (El Derecho inglés aplica el principio inflexiblemente y exige que el poseedor *bona fide* indemnice al propietario incluso por los frutos que ha consumido inocentemente). Por otra parte, el poseedor *bona fide* tiene unas pretensiones razonables que han de tomarse en consideración. Tal vez haya invertido dinero y la mano de obra en el cultivo. Esto condujo a la idea de que él debería tener derecho a los frutos que necesitara en un sentido más estricto, pero la opinión dominante evidentemente tomó en cuenta argumentos más amplios—que el poseedor *bona fide* habría actuado suponiendo que era el propietario y que, si estaba adquiriendo la usucapción, tenía lo que equivale a una propiedad relativa— y lo equiparaba, siempre que actuase de buena fe, al propietario. Adquiriría todos los frutos tan pronto como estuvieran separados de la cosa principal (*separatio*), con tal de que siguiera actuando de buena fe en ese momento. Justificarlo era mucho más restrictivo y, si el propietario hacia valer su título de propiedad, exigía que el poseedor *bona fide* entregara o diera cuenta de todos los frutos, excepto de aquellos que hubiera consumido de buena fe ⁶.

⁶ La innovación se logró mediante interpretación y proporciona un sencillo ejemplo de los métodos de los compiladores. En un texto (q. 41.1.46) se dice que el poseedor *bona fide* «pasa a ser propietario de los frutos consumidos». Esto, estrictamente hablando, carece de sentido, e incluso con una interpretación amplia, significa que se convierte en propietario de los frutos que ha recogido en el momento en que los consume; y, sin embargo, es en ese momento en que deja de ser posible que sean poseídos. Obviamente se ha añadido la palabra «consumidos». Mediante este sencillo, aunque torpe, expediente un texto que en su origen otorgaba simplemente la propiedad al poseedor *bona fide*, de hecho le niega y manifiestamente le protege contra una reclamación de compensación—una reclamación, además, contra la cual, al menos en el Derecho clásico, no necesitaba protección puesto que podía basarse sólo en el enriquecimiento injusto, y entonces esta doctrina no llegaba tan lejos. En otro texto (Dig. 41.1.48 pr.) se dice que el poseedor *bona fide* adquiere la propiedad interina. Aquí se ha introducido la palabra «interina». Para el jurista clásico, la propiedad temporal había sido una contradicción en los términos. En las Instituciones (II.1.35), el texto empieza con una afirmación, tomada sin duda de un autor clásico, de que el poseedor *bona fide* adquiere titularidad; a continuación sigue «y por lo tanto, si posteriormente aparece el propietario y reivindica la tierra, no puede reclamar los frutos que se han consumido». Pero si el poseedor *bona fide* ha adquirido titularidad, la consecuencia es que el propietario ni siquiera puede reclamar los frutos no consumidos. Otros textos se interpretan de manera similar. En consecuencia, estamos toralmente desinformados en lo que se

La diferencia entre la adquisición del poseedor *bona fide* por *separatio* y la adquisición del usufructuario o del arrendador por *perceptio* llega a tener una importancia práctica si el fruto lo recoge otra persona. El usufructuario (o arrendador) no puede reclamarlo por *vindictio*, puesto que no fue él quien lo recogió (pertenece al propietario), mientras que el poseedor *bona fide* sí puede hacerlo. La explicación a esta limitación del derecho del usufructuario reside probablemente en el hecho de que no tiene posesión de la tierra misma, ni derecho sobre ella, sino simplemente el derecho de utilizarla y de coger sus frutos. Por lo tanto, hasta que no los haya cogido realmente, no tendrá ningún derecho a ellos.

El hijo de una esclava no quedaba clasificado como fruto y, por consiguiente, pertenecía al propietario. Esto se presenta como una concesión a la humanidad del esclavo, pero el punto de vista moderno, más crítico, es que el niño era un bien demasiado valioso para concedérselo al usufructuario.

F) TESORO DESCUBIERTO

Un tesoro (*thesaurus*) consiste en una serie de objetos valiosos que han permanecido escondidos durante tanto tiempo que ya no puede saberse quién es su propietario. No hay seguridad de lo que encierra. Algún texto habla de «dinero», lo cual resulta excesivamente limitado, y otros simplemente de *mobilia* (bienes muebles), pero éste es un concepto claramente demasiado amplio, y debe ser un error del amanuense por *monilia* (objetos valiosos), lo que aparece en un tercer texto. En realidad, no hay pruebas de limitación al oro y la plata, como se encuentran en el Derecho inglés. Adriano estableció que si un individuo encontraba un tesoro en sus tierras, tenía derecho a todo él, y si lo encontraba en la tierra de otro individuo, cada uno de ellos tenía derecho a la mitad, siempre que el hallazgo fuera casual. A partir de la constitución del año 474 d. C. vemos que si el hallazgo no era casual,

refiere al consumo consumido. ¡Inclusa venta, o el poseedor *bona fide* tenía que dar cuenta del precio! Probablemente no, puesto que a su vez tendría que ser necesario declarar si el precio se había consumido, y esto habría conducido a dificultades intolerables.

el propietario de la tierra tenía derecho a la totalidad del mismo.

En la Europa feudal, un tesoro descubierto quedaba reservado a la Corona, como propietario final de todas las tierras, y este derecho prerrogativo todavía subsiste en Inglaterra. En el Continente, la mayor parte ha quedado sustituido por las normas romanas, aunque sin la excepción que se refiere a la búsqueda deliberada.

7. Servidumbres

A) INTRODUCCIÓN: «IURA IN RE ALIENA»

Debemos ahora pasar a los derechos *in rem* distintos de la propiedad. En un caso sencillo, el propietario mismo posee todos los derechos que puedan ejercerse sobre la cosa, pero a veces, y en particular sobre la tierra, otras personas pueden tener derechos sobre ésta lo cual, en mayor o menor medida, limita su disfrute. Si yo poso un trozo de tierra, *prima facie* puedo hacer con ella lo que quiera, con sujeción al derecho general, pero es posible que alguno de mis vecinos tenga derecho de paso y otro el derecho de apacantar el ganado en ella; mi banquero puede tener una hipoteca sobre la tierra, lo que, en determinadas circunstancias, le da derecho a venderla; o tal vez yo no pueda disfrutarla actualmente porque alguien la tiene en usufructo. Tales derechos se describen normalmente en términos metafóricos como fracciones de propiedad conferidos a alguien que no es el dueño, o como gravámenes o cargas sobre la propiedad o sobre la cosa poseída. Los comentaristas los denominaron *iura in re aliena*, derechos *in rem* sobre la propiedad de otro individuo²⁰.

Justiniano llama «servidumbres» a las principales *iura in re aliena*, pero los dos tipos de derecho que se incluyen en este título —servidumbres predial y personal— son tan diferentes en función y carácter que es preferible considerarlas por separado antes de intentar explicar la clasificación de Justiniano.

²⁰ El término «Derecho *in rem*» es inglés, aunque derivado de la *actio in rem* romana; el equivalente continental es *ius in re*, y de aquí *ius in re aliena*.

B) SERVIDUMBRES PREDIALES

Con frecuencia, un individuo no podrá sacar el máximo provecho de su tierra o edificios sin que le asistan una serie de derechos frente a los de sus vecinos. Considerando sólo unos cuantos ejemplos, es posible que en mi tierra no haya agua mientras que la tierra de mi vecino tiene mucha y, por lo tanto, yo querré tener el derecho a usar ese agua y tal vez canalizarla atravesando el terreno de mi vecino; o el acceso más conveniente al camino desde una parte de mi tierra puede encontrarse en la tierra de mi vecino; o quizá quiera asegurarme de que si yo edifico en los linderos de mi terreno, mi vecino no oscurecerá luego mis ventanas construyendo en los linderos del suyo. Por supuesto, puedo lograr mi objetivo celebrando un contrato con mi vecino, pero esto conllevará únicamente un derecho *in personam*, y resultará doblemente inconveniente. En primer lugar, si mi vecino vendiera su terreno, no tendré ningún derecho frente al comprador; tendré que cerrar un nuevo trato con él, y estará en situación de dictar la condiciones. Mi única protección en este caso, al igual que cuando un tercero se inmiscuye en mi derecho, será una acción contra mi vecino original por incumplimiento de contrato. Segundo, si vendo mi tierra, no podré traspasar mis derechos al comprador, y el precio que obtendré será correspondientemente inferior. Dicho de otra manera, es importante no sólo que el derecho pueda ser exigible frente a cualquier propietario posterior del terreno de mi vecino, sino también que pueda ser exigible por cualquier propietario posterior de mi terreno. En el lenguaje del Derecho inglés, la carga no debe «ir» sólo con el terreno de mi vecino, sino que también el beneficio debe «ir» con el mío. Esta es la esencia de una servidumbre predial (o 'real'). Es un derecho *in rem* sobre un trozo determinado de tierra o un edificio y colindante con otro trozo de tierra o edificio (es decir, conferido al propietario de la tierra o el edificio en su momento). La tierra o el edificio sobre los que se ejerce el derecho se dice que es 'dominante' y aquel que le es colindante se dice que es 'dominante'. Esta terminología, como la propia palabra 'servidumbre', expresa la idea de sujeción o carga impuesta sobre la propiedad.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

TRATADO DE
LOS DERECHOS REALES

BIENES

SEXTA EDICION

TOMO I

© ANTONIO VODANOVIC H.

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Inscripción N° 85.830

Se terminó de reimprimir esta sexta edición
de 600 ejemplares en el mes de enero de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1027-5



189. DESTRUCCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO. Hemos dicho ya que si el edificio se destruyere en su totalidad o en una porción que represente, a lo menos, las tres cuartas partes de su valor, cualquiera de los copropietarios puede pedir la división del suelo y de los demás bienes comunes, con arreglo al derecho común (Decreto N° 880, art. 60, inc. 2°). Pero si la destrucción no fuere de tal gravedad, los propietarios están obligados a reparar el edificio sujetándose a las reglas que la ley misma señala (Decreto N° 880, art. 61). Si el edificio destruido total o parcialmente es reconstruido, subsisten las hipotecas en las mismas condiciones que antes (Decreto N° 880, art. 62, inc. final).

190. SEGURO DEL EDIFICIO CONTRA RIESGOS DE INCENDIO. Todo edificio regido por la llamada Ley de Pisos y Departamentos debe ser asegurado contra riesgos de incendio, a menos que fuere declarado incombustible por la municipalidad respectiva. El administrador es personalmente responsable por los perjuicios que se irrogaren por el incumplimiento de esta obligación. Las primas de seguro se consideraran expensas comunes (Decreto 880, art. 62, incs. 1°, 2° y 3°).

BIBLIOGRAFÍA

- BARTILA V., MANUEL, *La propiedad de casas por pisos*, Madrid, 1967.
 BARRERA Y BASILAS, *Ley General de Urbanismo y Construcciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, y *Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones y Ley de Propiedad Horizontal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992. Ambas recopilaciones contienen, además de los indicados en los títulos, otros textos legales y reglamentos.
 CASTRILLONTO I., HÉCTOR, *La administración de los bienes comunes en la propiedad horizontal*, Valparaíso, 1978.
 MERA, EDUARDO, *Manual Práctico de la Ley de Pisos y Departamentos*, memoria de prueba, Santiago, 1945.
 MORALES G., CAUDINO, *Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal*, Valparaíso, 1979.
 PÉREZ P., EDUARDO, *El derecho de propiedad horizontal*, Madrid, 1974.
 PONSER, PIERRE, *La propiedad horizontal. Condominium*, traducción castellana del francés, Buenos Aires, 1950.
 RIZZI, *Il condominio negli edifici*, Bari, 1960.
 SAUS, *La edifica in condominio* (tesena sistemática de jurisprudencia), Napoli, 1965.
 UNDUURACA, SERGIO, *Estudio sobre la propiedad de los edificios divididos por pisos y departamentos*, memoria de prueba, Santiago, 1935.

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO EN GENERAL

CAPÍTULO IV

191. a) TEORÍA QUE EXIGE UN TÍTULO Y UN MODO PARA LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO Y LOS DEMÁS DERECHOS REALES. Por regla general, para adquirir un derecho personal basta el solo contrato o acto constitutivo. Así, por ejemplo, perfeccionado el contrato de compraventa, nace para el comprador el derecho de exigir al vendedor la tradición de la cosa. Pero tratándose de la adquisición y transmisión de los derechos reales, además del contrato o acto constitutivo es necesario, según la teoría tradicional, otro requisito, un modo de adquirir. Para que el comprador llegue a ser dueño de la cosa, no basta la celebración del contrato; es preciso también que el vendedor realice la tradición en favor del comprador.

La teoría tradicional, que tiene sus orígenes en el Derecho romano y que fue ampliada y desarrollada por los intérpretes de la Edad Media, exige para la adquisición y transmisión de los derechos reales un título o causa remota de adquisición y un modo de adquirir o causa próxima de la misma. Y, desde este punto de vista, el título es el hecho que da posibilidad o vocación para adquirir el dominio u otro derecho real, y el modo de adquirir es el hecho idóneo para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona. El comprador, por ejemplo, llega a ser dueño de la cosa comprada en virtud del contrato (título) y de la tradición de esa cosa que le hace el vendedor dueño (modo de adquirir); el mero contrato sólo da al comprador la posibilidad para adquirir el dominio, pero esa posibilidad se actualiza merced al modo de adquirir llamado tradición.

192. b) TEORÍAS QUE RECHAZAN LA DISTINCIÓN ENTRE EL TÍTULO Y EL MODO DE ADQUIRIR. I. Una teoría sostiene que para adquirir los derechos reales basta con el título; el modo es innecesario o, al menos, se le considera implícito en aquél. El Código Civil francés sigue esta tendencia, y establece que la propiedad se transfiere y adquiere por el solo efecto de la convención; en otros términos, las voluntades concordantes de transferir y de adquirir la propiedad son suficientes para hacer propietario al adquirente (arts. 711, 1138, 1583). La tradición pierde su calidad de modo de adquirir; representa sólo la ejecución de la obligación del vendedor de poner la cosa a disposición del comprador.

Como se comprenderá, el sistema francés no protege a los terceros; de ahí que sólo reciba una aplicación plena en cuanto a las partes contratantes, y sufra atenuaciones más o menos intensas respecto de terceros. Así, diversas normas complementarias del Código Civil (ley de 23 de marzo de 1855, decreto ley de 30 de octubre de 1935, decreto de 4 de enero de 1955), imponen un sistema de publicidad relacionado con numerosos actos y que hoy, en principio, consiste en depositar en el Conservador de Hipotecas una copia del acto de que se trate, hecha según fórmulas preestablecidas. Si la publicidad no se realiza, el acto es válido y eficaz entre las partes, pero inoponible a ciertos terceros. Hay otros actos en que la falta de publicidad no envuelve la inoponibilidad, sino una indemnización de daños y perjuicios al tercero perjudicado.

II. Otra teoría estima necesario cortar el lazo entre el modo de adquirir y el título; hay que independizar, para los efectos de la transferencia de los derechos reales, el modo de adquirir del título. Lo que interesa para la adquisición y transferencia de esos derechos es sólo el modo, que se desdoba en dos momentos: el acuerdo real y la propia tradición o inscripción.

El *acuerdo real* (*Einstimmung*, en alemán) es el acuerdo entre el enajenante y el adquirente para provocar la transmisión del derecho real. Trátase de un acto *abstracto* porque en todos los casos sólo encierra la voluntad conforme de ambas partes de que se realice la transmisión, y la declaración es independiente del título, causa o contrato en virtud del cual se hace ella. Por consiguiente, si el negocio causal del acuerdo real y abstracto es, por ejemplo, una compraventa nula, tal nulidad del título o negocio causal no afecta al acuerdo real: éste queda a firme si se perfeccionó legalmente.

Para que opere la adquisición y transferencia del derecho real es necesaria, además del acuerdo real, la *entrega*, si se trata de muebles, y la *inscripción* en el Registro de Fincas, si se trata de inmuebles.

Como se ha observado, este sistema del Código alemán difiere radicalmente de la teoría tradicional del título y el modo de adquirir, pues, según ésta, la adquisición del derecho real tiene su base en el título o causa obligatoria que la motiva; y de acuerdo con el Código alemán, por el contrario, el título o negocio causal (la compraventa, por ejemplo) carece de trascendencia en la adquisición y pérdida de los derechos reales.

La ventaja del sistema se traduce en una eficaz protección de los terceros. Si el título o negocio causal se declara nulo, no por eso la enajenación puede hacer valer la acción de enriquecimiento sin causa.

193. CORRIENTE QUE TIENDE A MANTENER LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO DE ADQUIRIR. En muchos países, al igual que en Chile, se mantiene con gran fuerza la teoría del título y el modo de adquirir. En una u otra forma la consagran los Derechos de Austria, Holanda y Suiza. En estos regímenes, tratándose de bienes raíces, el modo es sustituido por la inscripción o, como en el nuestro, se estima realizado por ella. Buena parte de la doctrina contemporánea valora ésta como la solución mejor. Empero muchos Códigos

modernos, como el italiano de 1942, adhieren al sistema de Código Civil francés.

194. ENUMERACIÓN DE LOS MODOS DE ADQUIRIR. El artículo 588 de nuestro Código, que no es una *disposición taxativa*, enumera los siguientes modos de adquirir:

1) La *ocupación*, por la cual se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional (art. 605).

2) La *accessión*, que según la definición legal "es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella" (art. 643).

3) La *tradición*, modo de adquirir el dominio de las cosas que "consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad o intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo" (art. 670).

4) La *sucesión por causa de muerte*, que es un modo de adquirir el dominio de los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por una persona (art. 951).

5) La *prescripción adquisitiva*, que es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492).

6) Debe agregarse a la enumeración anterior la *ley*, que en ciertos casos sirve de modo de adquirir. Así, por ejemplo, el *usufructo legal* del padre sobre los bienes del hijo, y el del marido sobre los bienes de la mujer, se adquieren por ley. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que una *ley de expropiación* sirve de título y modo de adquirir el bien expropiado.¹

195. CLASIFICACIÓN DE LOS MODOS DE ADQUIRIR. Pueden hacerse varias, según sea el punto de vista que se tome como base. Nosotros nos referiremos a las siguientes:

- 1) Modos de adquirir originarios y derivativos;
- 2) A título universal y a título singular;
- 3) A título gratuito y a título oneroso, y
- 4) Modos de adquirir por actos entre vivos y por actos de última voluntad.

196. 1) ORIGINARIOS Y DERIVATIVOS. El modo de adquirir es *originario* cuando hace adquirir la propiedad independientemente de un derecho anterior de cualquiera otra persona (la ocupación, la *accessión* y la *prescripción*). Si bien la cosa, en este último caso, pertenecía anteriormente a otro dueño, éste la perdió

¹ *Reportorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena*, Código Civil, tomo II (Santiago, 1969), jurisprudencia del artículo 588, enunciado N° 2, pág. 26.

por prescripción adquisitiva del tercero, el prescribiente, y automáticamente cesa el dominio antiguo, naciendo el nuevo sin relación con el primero.

El modo de adquirir es *derivativo* cuando hace adquirir una propiedad *fundada* en un precedente derecho que tenía otra persona. Ejemplos: la tradición y la sucesión por causa de muerte.

Tiene importancia distinguir entre un modo de adquirir y otro porque cuando es originario, para medir el alcance del derecho que se adquiere, hay que atender al título, y nada más. Si yo adquiriera por ocupación, se mira sólo mi acto de ocupación. En el caso de los modos de adquirir *derivativos*, para determinar el alcance, la fuerza, la perfección del modo, hay que considerar también si el derecho existía realmente en manos del que lo transfirió o transmite y en qué condiciones lo tenía, porque nadie puede transferir o transmitir más derechos que los que tiene. De aquí que en la tradición, si el tradente no es dueño, no transfiere el dominio; y si la cosa está hipotecada, también pasa con la hipoteca; y el difunto no transmite a los herederos sino los derechos que tiene.

197. 2) MODOS DE ADQUIRIR A TÍTULO UNIVERSAL Y A TÍTULO SINGULAR. En cuanto a la individualización de los bienes que se adquirieren, los modos de adquirir pueden ser: a título universal y a título singular.

Es a título universal el modo por el cual se adquiere la universalidad de los bienes de una persona o una parte alícuota de ella. Es a título singular el modo por el cual se adquieren bienes determinados.

En otras palabras, el modo de adquirir a título universal hace adquirir a una persona todo el patrimonio de otra o una cuota-parte (representada por una fracción) de este patrimonio; el modo a título singular o particular hace adquirir determinado bien, determinado derecho, o determinados bienes o determinados derechos.

Respecto de esta clasificación, podemos observar lo siguiente:

- a) Hay dos modos que siempre son a título singular: la *acción* y la *ocupación*;
- b) Hay un modo que indistintamente puede ser a título universal o a título singular: la *sucesión por causa de muerte*;
- c) Hay dos modos que por regla general son a título singular: la *tradición* y la *prescripción*, salvo que se trate de la cesión o prescripción de una herencia, casos en que son a título universal.

198. 3) MODOS DE ADQUIRIR A TÍTULO GRATUITO Y A TÍTULO ONEROSO. Según el sacrificio pecuniario que importen, los modos de adquirir son a título gratuito o a título oneroso.

El modo de adquirir es a título gratuito cuando el que adquiere el dominio no hace sacrificio pecuniario alguno. Ejemplo: la ocupación.

Es a título oneroso cuando al adquiriente la adquisición del dominio le significa un sacrificio pecuniario. La tradición, por ende, puede ser tanto a título gratuito como a título oneroso. La sucesión por causa de muerte y la prescripción son siempre a título gratuito.

199. 4) MODOS DE ADQUIRIR ENTRE VIVOS Y POR CAUSA DE MUERTE. *Modo de adquirir por causa de muerte* es el que para operar presupone el fallecimiento de la persona de la cual se deriva el derecho. No basta, pues, que un derecho esté subordinado a la muerte de una persona; es necesario, además, que el derecho que se adquiere derive de la persona difunta, que a ella le haya pertenecido. Por eso el derecho del beneficiario de un seguro de vida de cobrar el seguro, la indemnización, a la muerte del asegurado, no es un derecho que se adquiere por sucesión por causa de muerte, ya que ese derecho es del beneficiario mismo; no lo tenía el difunto y mal podía transmitirlo; su muerte dentro de la vigencia del contrato de seguro es sólo la condición para que el beneficiario adquiriera el derecho de cobrar el seguro.

Por la sucesión por causa de muerte una o más personas vivas adquieren el patrimonio dejado por una fallecida, o una cuota del mismo (la mitad, tercio o quinto), o una o más especies o cuerpos ciertos (tal caballo, tal casa), o unas o más especies indeterminadas de cierto género (un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo) que formaban parte del patrimonio dejado por el difunto (C. Civil, arts. 588 y 951).

Modos de adquirir entre vivos son los que para operar la adquisición de un derecho presuponen la existencia de la persona de la cual otra deriva su derecho, o no presuponen ni la existencia ni la muerte de otra persona de la cual se derive el derecho, porque éste se adquiere originariamente, es decir, nace en la persona de su titular. Modos de adquirir entre vivos de carácter derivativo es la tradición, y modos de adquirir entre vivos de carácter originario son la ocupación, la acción y la prescripción.

200. MEDIANTE LOS MODOS DE ADQUIRIR SE PUEDE ADQUIRIR TODA CLASE DE DERECHOS Y NO SÓLO EL DE DOMINIO. A pesar de que el artículo 588 está ubicado en el Título correspondiente al derecho de *dominio*, debe advertirse que los modos de adquirir también sirven para adquirir otros derechos reales, y aun derechos personales.

Hay algunos modos que sirven para adquirir cualquier derecho real o personal, como ser el dominio, el usufructo, servidumbre, créditos, etc.; tales modos son la *tradición* y la *sucesión por causa de muerte*.

Dentro de los derechos reales, hay modos que se aplican a todos y otros que se aplican sólo a algunos determinados. Por ejemplo: la *acción* y la *ocupación* son modos que se aplican sólo al dominio. La prescripción sirve para adquirir todos los derechos reales, menos las servidumbres discontinuas e inaparentes.

201. SE PUEDE ADQUIRIR UN DERECHO SÓLO POR UN MODO DE ADQUIRIR. Se comete una falta de lógica cuando se dice que una persona adquiere un derecho por dos modos de adquirir; porque cuando opera un modo, no opera otro. Así, se adquiere por prescripción o por herencia; pero no por prescripción y herencia a la vez.

Diversas sentencias de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones han declarado que "si bien se puede *posses* una cosa por varios títulos, el *dominio*

se adquiere por uno solo y, en consecuencia, basta un modo de adquirir; no pueden concurrir varios respecto de unos mismos bienes. No puede pretenderse que se reúnan dos títulos, como venta y prescripción, y dos modos de adquirir, tradición y prescripción, relativamente a un mismo bien. Y así, para adquirir las cosas heredadas o legadas, es suficiente la sucesión por causa de muerte; la tradición no es necesaria.²

202. LA TRADICIÓN, PARA QUE OPERE, REQUIERE UN TÍTULO. Para adquirir el dominio cuando opera la tradición, se requiere que haya también un título traslativo de dominio. Desde este punto de vista, puede decirse que el título es la causa que habilita para adquirir el dominio, la causa remota de la adquisición del dominio. Y en este caso se requiere un título, por las siguientes razones:

1) Porque así lo dice expresamente el artículo 675: "Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc."

El título es traslativo de dominio cuando sirve para traspasarlo. Ejemplos: la compraventa, la permuta, la donación, el aporte en propiedad que hace el socio a la sociedad, la transacción cuando recae sobre el objeto no disputado, de acuerdo con el artículo 703 del Código Civil.

2) Porque, según el criterio de nuestro Código, siguiendo al Derecho romano, de los contratos sólo nacen derechos personales y jamás derechos reales; en consecuencia, para adquirir el dominio se requiere la existencia de un modo de adquirir, que en el caso del contrato es la tradición. Por ejemplo, si yo compro una casa a Pedro, por el contrato de compraventa no me hago dueño de la casa; solamente adquiriere un derecho personal para exigirle a Pedro que me entregue la casa. Y cuando Pedro me hace entrega de ella, cuando ésta es inscrita en el Conservador de Bienes Raíces, sólo entonces adquiere la casa y me transformo en dueño de ella. Sólo paso a ser dueño a virtud del modo de adquirir. Por eso suele expresarse que en muchos casos los derechos personales no son sino los reales en formación. De aquí que sea preferible decir: no es la tradición propiamente la que exige un título, sino que éste requiere de la tradición.

Hemos visto en otro lugar los criterios al respecto de las legislaciones francesa y alemana.

203. ¿TODOS LOS MODOS DE ADQUIRIR NECESITAN DE TÍTULO? OPINIONES. Algunos, como Arturo Alessandri Rodríguez, enseñan que, de acuerdo con el sistema chileno, el requisito del título debe aplicarse a todos los modos de adquirir que enumera el artículo 588. Así, se dice que en los casos de la ocupación, accesión y prescripción, el título se confunde con el modo de adquirir. Y

tratándose de la sucesión por causa de muerte, el título puede ser: o bien el testamento, en el caso de la sucesión testamentaria, o bien la ley, en el caso de la sucesión abintestato.

"Es verdad—afirma el profesor Alessandri—que no hay en todo el Código Civil ninguna disposición que tal cosa diga; pero no era necesario que lo dijera expresamente, porque de muchas de sus disposiciones y de la combinación de ellas resulta la doctrina aquí expuesta. Así se desprende de los artículos 588, 675, 702, 703 y 704. El artículo 588 se limita a enumerar los modos de adquirir la propiedad; el artículo 675, contenido en el título de la tradición, dice que para que ésta valga se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. Los artículos 702, 703 y 704, contenidos en el Título "De la posesión", hablan de justo título, clasifican los títulos y terminan diciendo cuáles títulos son justos y cuáles no lo son".

Los profesores Guillermo Correa Fuenzalida, Manuel Somarriva y otros piensan que *sólo hay necesidad de título en la tradición*, y que la opinión contraria ha querido generalizar, ampliando lo que sólo se aplica a un modo de adquirir, la tradición. Los argumentos de estos últimos se reducen a los que en seguida se reseñan:

1) El artículo 588 sólo habla de modos de adquirir el dominio y para nada de títulos. De esto se deduce que basta con la existencia del modo de adquirir. En la tradición el artículo 675 exige título traslativo de dominio en forma excepcional; y ya observábamos que más propio es decir que al título traslativo de dominio debe seguir la tradición, que a la tradición debe preceder un título traslativo de dominio; porque el contrato por sí sólo no tiene la virtud de transferir el dominio y, por esto, viene en su auxilio la tradición, que es un modo de adquirir. En cambio, si examinamos el Libro III, que habla de la sucesión por causa de muerte, veremos que en parte alguna se exige el título. Y si estudiamos la parte referente a la ocupación, accesión y prescripción, observaremos lo mismo. Por lo tanto, la opinión que no exige título en los otros modos de adquirir que no sean la tradición, estaría de acuerdo con la legislación.

2) Cada vez que en ciencia jurídica se imponen tales o cuales requisitos o condiciones para que valga un acto jurídico, para que produzca sus efectos, es porque el legislador, la jurisprudencia o los tratadistas se ponen en el caso de que puedan faltar los mencionados requisitos. Así, por ejemplo, para que la compraventa sea válida, se requiere que haya cosa y precio, y cuando se trata de bienes raíces, se requiere además escritura pública. De lo dicho se desprende que en el ejemplo propuesto, en un momento dado, puede faltar la escritura pública, el precio o la cosa vendida. Ahora bien, con respecto al título, tenemos que en los casos de la ocupación, accesión, prescripción y sucesión por causa de muerte, jamás puede no haber título, ya que, según la afirmación de la opinión contraria, en los tres primeros casos se confunde con el modo de adquirir y, respecto de la sucesión por causa de muerte, se argumenta por esta tendencia que el título puede ser el testamento o la ley, según que la sucesión sea testamentaria o abintestato.

² *Tratado de Legislación y Jurisprudencia Chilena*, Código Civil, tomo II, Santiago, 1969, pág. 25, N° 1 de la jurisprudencia del artículo 588.

Pero a esta argumentación se le pueden hacer las siguientes observaciones: a) en ninguna parte así lo dice el legislador, siendo esto una mera creación de los tratadistas; b) cuando se exige un requisito para la validez de un acto, como decíamos, se está indicando con ello que el legislador lo exige, porque puede faltar o no; y si falta, el acto no produce efectos. Pues bien, en el caso del *seudotítulo* de la sucesión por causa de muerte, jamás puede faltar el título, porque, o se sucede por testamento o por la ley, de lo contrario, no se sucede.

3) Tratándose de la sucesión por causa de muerte, se puede suceder a una persona parte abintestato y parte testamentariamente. Luego, si se aceptara la opinión combatida, tendríamos el absurdo de que una persona sucedería a dos títulos, lo cual es errado, porque no pueden concurrir dos títulos en la adquisición del dominio respecto de una misma cosa.

4) La doctrina que exige como requisito general el título es incompleta; nada dice del modo de adquirir denominado ley, y ni siquiera se pronuncia acerca de cuál sería el título en este caso.

5) Si bien es efectivo que el artículo 703 dice que el justo título puede ser constitutivo o traslativo de dominio, y agrega que son constitutivos la ocupación, la accesión y la prescripción, esa disposición se refiere al justo título que se necesita en la *posesión regular*.

"El artículo 703 se refiere al *justo título*, y éste es necesario para ser poseedor regular de la cosa. Para adquirir el dominio por tradición se requiere un título y un modo de adquirir, sin que se pueda entrar a estudiar si el título es justo o no. El título debe ser válido, dice el artículo 675; no emplea la expresión *justo*, que está dedicada exclusivamente a la posesión.

Estos títulos *constitutivos de dominio* juegan ese rol solamente en la posesión (art. 703), pues tratándose del dominio no son títulos sino modos de adquirirlo. De manera que si se pretende confundir esa doble función, diversa en el dominio y en la posesión, tendríamos que el poseedor regular sería siempre dueño, cuando los invocara como antecedente de su posesión.

Si los modos de adquirir el dominio, considerados en ese carácter, fueran justos títulos para poseer, el legislador habría señalado entre los justos títulos la tradición, lo que no es exacto, pues la tradición debe agregarse al justo título si éste es traslativo de dominio (art. 702).

En conclusión, dicen los partidarios de la opinión de que el título sólo es necesario en la tradición, los títulos constitutivos de dominio tienen este carácter en la posesión. No se les considera como modos de adquirir el dominio sino como antecedente que justifica, regulariza la posesión, pues si el poseedor alega y prueba como causa de su posesión la ocupación o la accesión y prueba que se han producido los hechos constitutivos de estos modos de adquirir, el legislador entiende, lógicamente, que tal vez se ha generado el dominio a favor del poseedor, y aunque es posible que esto no haya ocurrido, todas las probabilidades

están en favor de aquél. Si efectivamente se generó el dominio, estos títulos no es que habiliten para poseer, sino que son los modos por los cuales se ha adquirido el dominio de la cosa. Y si el que la adquirió por ocupación o por accesión la posee, es porque es dueño y lo es porque la adquirió por algunos de esos modos."³

³ D. STROICHNIK, *Algunas consideraciones sobre posesión y prescripción*, Clases de Derecho Civil Profundizado y Comparado. Curso desarrollado en el año 1942 en la Universidad de Concepción.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DANIEL PEÑAILLILLO ARÉVALO

*Profesor de Derecho Civil
(Universidad de Concepción y Universidad Católica de la Stma.
Concepción)*

LOS BIENES

LA PROPIEDAD

Y OTROS DERECHOS REALES

© DANIEL PEÑAILLILLO ARÉVALO

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Alameda 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 159.795, año 2006

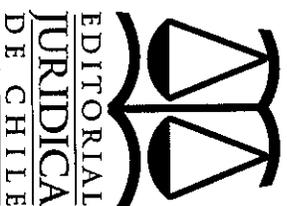
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 500 ejemplares en el mes de diciembre de 2006

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1736-9



PÁRRAFO II LA OCUPACIÓN

78. Concepto. Es un modo de adquirir el dominio de las cosas que carecen de dueño, consistente en su aprehensión material con la intención de adquirir la propiedad.

Es este el modo de adquirir más antiguo y natural y, por lo mismo, más independiente de una consagración legal; sin embargo, el Código le dedica minuciosas disposiciones, para varias clases de objetos ocupables, según particulares características (Tit. IV del Libro II, arts. 606 a 642; la primera disposición, redactada con apariencia de concepto, sólo menciona los bienes susceptibles de adquirirse por este modo).

79. Elementos. Son dos: aprehensión material e intención de adquirir el dominio²⁵⁵ (precisamente por no aparecer estos elementos en el art. 606 es que esa disposición no proporciona una noción de este modo).

Ambos elementos, físico y psíquico, deben concurrir copulativamente. De ahí que no es posible que quienes carecen de voluntad, como los dementes y los infantes, puedan adquirir por este modo (del art. 723 inc. 2º se podría desprender que los imputberes que dejaron de ser infantes serían hábiles para adquirir por ocupación).

Se tiene entendido que la aprehensión material existe no sólo con el apoderamiento físico, sino también cuando ya es inminente (como cuando el cazador avanza hacia la presa ya herida por él). Pero deben concurrir suficientes elementos de hecho para establecer esa inminencia con suficiente precisión (arts. 617 y 618).

79 bis. Campo de aplicación. Funciona como modo de adquirir el dominio siempre que:

a) La cosa aprehendida carezca de dueño (art. 606). Son las denominadas *res nullius*. Puede tratarse de cosas que nunca han tenido propietario (como los llamados por el Código animales bravos), o que han tenido dueño pero dejaron de tenerlo (como los animales domesticados que recobran su libertad natural), o que han sido abandonadas por su dueño al primer ocupante (llamadas *res derelictae*, como —en el ejemplo histórico— las monedas que se arrojan a la multitud).

²⁵⁵ Así, RDJ., t. 45, p. 195.



Establecida esta exigencia de cosa sin dueño, con lo prescrito en el art. 590 del Código resulta que este modo de adquirir el dominio en Chile sólo se aplica a los bienes muebles.²⁵⁶

Si la aprehensión con ánimo de adquirir la cosa para sí recae sobre una cosa que tiene dueño, no operará la ocupación como modo de adquirir el dominio, pero permitirá al ocupante entrar en posesión de la cosa, y podrá, después de un tiempo, llegar a adquirir el dominio por otro modo: la prescripción. La ocupación entonces funcionará como "título para poseer" (la situación se aplica en estos términos a los muebles, pues respecto de los inmuebles es necesario efectuar otros distingos, que se verán más adelante).

b) La adquisición no esté prohibida por las leyes o el Derecho internacional. Esta advertencia no es exclusiva aquí; es más bien un supuesto de toda actuación jurídica. Pero se menciona para recordar que en ciertas actividades (como la pesca, la caza, la guerra) en las que la ocupación es aplicada ampliamente, surgen numerosas restricciones legales (anunciadas en el art. 622).

Se suele agregar que, por falta del elemento aprehensión material, no es posible la aplicación de este modo a los bienes incorporales, derechos, que sólo son abstracciones. Y quedaría así limitado a las cosas muebles corporales (en otra ocasión se examinará la posesión sobre bienes incorporales; si se acepta la posibilidad de posesión de tales bienes, podría quizás aceptarse la ocupación como modo de adquirir el dominio de ellos, puesto que la ocupación implica, como la posesión, tenencia con ánimo de dueño; v. infra, N° 162).

80. Reglas particulares. En esta materia el Código ofrece un variado y bucólico conjunto de normas para especies de distinta naturaleza, susceptibles de adquirirse por ocupación. Habitualmente son agrupadas así:

— Reglas para la ocupación de cosas animadas, que incluyen la caza y la pesca (arts. 607 a 623);

— Reglas para la ocupación de cosas inanimadas, que incluyen la invención o hallazgo (art. 624), las cosas abandonadas al primer ocupante (art. 624), el descubrimiento de un tesoro, que

²⁵⁶ En los Códigos extranjeros la regla tiene una prudente acogida; la imponen, por ej., los Códigos italiano (art. 827), portugués (art. 1345), paraguayo (arts. 1900 y 1973), de Quebec (arts. 918 y 936).



siendo una forma de hallazgo tiene normas particulares (arts. 625 a 628 y 786) y la denominada captura bélica (arts. 640 a 642);
 — Reglas para la ocupación de especies al parecer perdidas²⁵⁷ y especies náufragas (arts. 629 a 639).

En todo caso, estas disposiciones deben complementarse con numerosos cuervos legales de carácter administrativo.²⁵⁸

PÁRRAFO III

LA ACCESIÓN

81. Concepto. El art. 643 del CC. declara que "la accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella".

Acertadamente, la doctrina objeta la inclusión de la accesión entre los modos de adquirir. Por una parte, como luego podrá apreciarse, en las accesiones no se atiende a la voluntad del sujeto adquirente, voluntad que aparece como fundamental en los demás modos de adquirir, lo cual es natural. Por otra, se entiende que las accesiones constituyen generalmente una manifestación del derecho de dominio, en su facultad de goce, lo cual es claro tratándose de la denominada accesión de frutos (v. supra, Nº 60).²⁵⁹ En todo caso, en la sistemática del Código está tratada como un modo de adquirir el dominio (arts. 643 a 669). Del propio art. 643 se desprenden dos clases de accesión.

²⁵⁷ La ley de rentas municipales contiene disposiciones a su respecto.

²⁵⁸ Para más antecedentes: Travesas, Miguel: "Ocupación, accesión y especificación", en Rev. de D. Privado, Madrid, 1919; Latour Brotons, Juan: "La ocupación", en Rev. de D. Privado (marzo), Madrid, 1957, pp. 261 y sgts.; Borrachero, Miguel: "El animus en la ocupación", en Rev. de D. Privado, Madrid, 1957, pp. 1063 y sgts.; Cerdá Gimeno, José: "La ocupación", en Rev. Crítica de D. Inmobiliario, Madrid, 1971, pp. 1045 y sgts.; Moreu Ballonga, José: "Ocupación, hallazgo y tesoro". Edit. Bosch. Barcelona, 1980; Montagna, Aldo: "Extracción de restos náufragos, especies náufragas, carbón caído al mar y arena, ripio y piedras del mar, ríos, lagos, etc.". Univ. de Chile, Valparaíso, 1981.

²⁵⁹ Acercándose a esa conclusión, en el Proyecto de 1853 se disponía que "el dominio de los frutos pendientes accede al dominio de la cosa que los produce" (art. 780).

Y en el Código hay varios preceptos que parecen redactados sobre ese —perthaz— supuesto, distinguiendo las "accesiones" de los "frutos", por ej., arts. 1338, 956, 974, 9229.

82. A) Accesión de frutos. Es denominada también "accesión discreta" o "accesión por producción". En virtud de esta accesión, el dueño de una cosa lo es también de lo que la cosa produce. Es claro que aquí la construcción teórica de la accesión es innecesaria: lo que una cosa produce forma un solo todo con ella y no hay más que una extensión física del objeto del dominio. También es suficiente fundamento para la adquisición el ejercicio de la facultad de goce que confiere el dominio.

83. Frutos y productos. La doctrina tiene por distintos estos conceptos, empleados en algunas disposiciones del Código. Se entiende por *fruto* lo que una cosa da periódicamente y sin detrimento de su substancia (como los frutos y flores de los árboles); es *producto* lo que una cosa da sin periodicidad o con detrimento de su estructura (como las piedras de una cantera).

El Código (art. 643) dispone que "los productos de las cosas son frutos...". El precepto confunde los términos, haciéndolos sinónimos; sin embargo, hay algunas otras disposiciones que distinguen los dos conceptos, en el sentido antes descrito (por ej., arts. 537 y 784). La distinción entre fruto y producto resulta de interés práctico, pues hay textos legales, y puede haber acuerdo entre particulares, por los que se conceden a alguien "los frutos" de un determinado objeto.²⁶⁰

Los frutos pueden ser naturales o civiles (art. 643).

84. 1) Frutos naturales. "Se llaman frutos naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana" (art. 644). Para un adecuado concepto de esta clase de frutos debe recordarse la distinción doctrinaria entre fruto y producto antes referida. De aceptarse que esa distinción encuentra cabida en nuestros textos, hay que tener presente que los frutos naturales (por ser frutos), deben reunir los caracteres de periodicidad y conservación de la substancia de la cosa de la que emanan.

Desde otro punto de vista, el precepto citado comprende a los frutos naturales propiamente tales, que da la cosa espontáneamente, y a los denominados "frutos industriales", que produce con la ayuda de la industria humana (como el vino, algunos aceites).

²⁶⁰ Se ha resuelto (en un fallo ya antiguo) que para la ley los denominados productos quedan incluidos en el concepto de frutos, por expresarlo así el art. 643, y que, en consecuencia, el caliche es fruto. La solución parece ciertamente discutible (RDJ., t. 14, p. 517). V. también RDJ., t. 40, p. 165; t. 46, p. 6.

En cuanto al *estado* en que pueden encontrarse estos frutos naturales, el Código distingue entre frutos pendientes, percibidos y consumidos (art. 645). La distinción puede adquirir importancia cuando el propietario celebra negociaciones con terceros sobre la cosa que los produce (también en la expropiación de predios rústicos, en que a la época de efectuarse hay frutos pendientes cuyo dominio e indemnización pueden discutirse entre el expropiado y la institución expropiante).

85. 2) Frutos civiles. El concepto de fruto civil es una creación jurídica. Fruto civil es la utilidad equivalente que el dueño de una cosa obtiene al conferir a un tercero el uso y goce de ella. El Código no lo define; se limita a ofrecer ejemplos (art. 647), de los que se puede desprender la noción. La renta de arrendamiento es el más típico de estos ejemplos. El precepto menciona también como fruto civil el interés de capitales exigibles; sin embargo, con la legislación actual, en muchos casos puede ocurrir que un denominado interés no sea más que el reajuste de una suma cuyo valor hay que actualizar debido a la depreciación monetaria; fruto civil, interés, habrá sólo en lo que exceda de la cantidad primitiva debidamente actualizada (v. ley 18.010, sobre operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero).

En cuanto al estado en que pueden encontrarse estos frutos, el art. 647 dispone que se llaman *pendientes* mientras se deben, y *percibidos*, desde que se cobran (más bien debe entenderse que están percibidos desde que efectivamente se pagan).

86. El dominio de los frutos. Según se ha dicho anteriormente, los frutos de una cosa pertenecen a su dueño (así lo disponen pura y simplemente los arts. 646 y 648; v. también el art. 1816). Es así por la facultad de goce que corresponde al propietario y porque, tratándose de frutos naturales, al formar ellos un solo todo con la cosa que los da, quedan cubiertos por el dominio de ésta (y si el fruto es separado, no hay razón para que la titularidad cambie).²⁶¹ No es necesario recurrir al concepto de accesión.

Como se indica en el mismo art. 646, pueden haber situaciones excepcionales en las que los frutos no pertenezcan al dueño, ya sea por disposición de la ley o por voluntad del propietario. Ejemplos de la primera posibilidad son los llama-

²⁶¹ V., en este sentido, Biondi, Biondo, ob. cit., p. 249.

dos usufructos legales, el caso del poseedor de buena fe que hace suyos los frutos de la cosa que poseyó sin ser dueño. De la segunda, cada vez que el dueño lo decida; así, puede ocurrir que el dueño entregue la cosa a un tercero para que éste obtenga gratuitamente los frutos que produzca. En los casos de usufructo o, más claramente, de arrendamiento, citados por el referido precepto, debe advertirse que si bien es cierto que los frutos naturales pertenecerán a un tercero y no al dueño, él está obteniendo una suma de dinero en contraprestación, y entonces está siempre adquiriendo frutos, ahora civiles.

87. Reglas especiales. Aparte de las normas contenidas en la accesión, hay numerosas otras disposiciones relativas a frutos, a propósito de diferentes materias: en el usufructo, en la reivindicación, en el arrendamiento (especialmente de predios rústicos), en la anticresis, en la sociedad conyugal, etc. (hay también normas particulares relacionadas con la materia en la regulación de las sociedades por acciones, tratadas por el Derecho comercial).

La situación de los *frutos en la comunidad* merece una referencia especial. Sin necesidad de textos, es evidente que "el fruto de la cosa común es común" (consecuencia de que "las cosas producen para su dueño"). Entre nosotros, esa regla está consignada para la comunidad hereditaria en el art. 1338 N° 3 (que precisa la proporción); se desprende claramente (a contrario sensu) para la comunidad en general, del art. 2310 (que también precisa la proporción); y es aplicada en otros preceptos (por ej., en el art. 2308 respecto de un fruto civil). Pero ocurre que, por otra parte, el art. 655 del CPC. dispone que "Para poner término al goce gratuito de alguno o algunos de los comuneros sobre la cosa común, bastará la reclamación de cualquiera de los interesados; salvo que este goce se funde en algún título especial". Y ya se ha dicho que "goce" significa, fundamentalmente, percepción de frutos. Entonces, mientras los primeros textos disponen que los frutos de las cosas comunes son comunes, el art. 655 citado (a contrario sensu) está permitiendo que cualquier comunero pueda "gozar" gratuitamente de la cosa común (sólo que cualquier otro puede en cualquier momento pedir que ese goce gratuito cese). Podría pretenderse que si ningún comunero entra a gozar (a percibir frutos) gratuitamente, regiría la regla de que los frutos son comunes, pero que cualquier comunero puede gozar gratuitamente mientras no haya reclamación; esta

solución implica simplemente hacer prevalecer el art. 655. La otra alternativa (que preferimos), es que en el texto del CPC, el término "goce" está tomado en el sentido de "uso" y que, de este modo, la regla del dominio común de los frutos no es alterada; mientras no haya oposición, cualquiera puede usar la cosa común, pero los frutos (naturales o civiles) son inevitablemente comunes. En este mismo sentido milita el art. 2081 (ubicado en la sociedad, pero aplicable a la comunidad por el art. 2305).²⁸²

88. B) Accesión continua. Es la accesión propiamente tal (o "por incorporación"); es la unión permanente de dos o más cosas originariamente separadas, que pasan a formar un todo indivisible.

La unión puede ser obra de la naturaleza o del hombre.

Materialmente, la situación es la misma sea que los objetos unidos pertenezcan a diferentes propietarios o sean de un solo dueño. Pero es en la primera situación en la que el aconteci-

²⁸² Esta conclusión se ve fortalecida recordando el art. 1240, inc. 2º conforme al cual, cuando en la comunidad hereditaria no se ha designado un administrador, se entiende que todos administran, de modo que ese comunero que "goza" gratuitamente es un administrador; esa calificación induce a la estrictez en la interpretación del alcance de una concesión gratuita que se le prodigue.

En su comentario al art. 655 el prof. Somarriva, sin abordar la discordia ante el concepto de "goce" y la pertenencia final de los frutos, (sólo) da a entender que lo refiere al uso; y citando el art. 2081 añade que si se excluye el uso de los demás, debe "indemnizar" a los demás copartícipes (Somarriva, *Manuel, Indemnización...*, cit., t. I, N° 206, p. 281). Parece aceptable el complemento, pero precisando que sólo procedería si el actual usuario adopta la deliburada actitud de impedir el uso de los demás (por ej., si el comunero está usando la casa unifamiliar común, instalado él de hecho está excluyendo el uso de los demás), pero mientras nadie reclame, rige el art. 655 (a contrario sensu), su uso es gratuito y no se ve fundamento para una indemnización.

Aunque sin expresión clara, un fallo parece inclinarse por un significado semejante: ha resuelto que el texto está referido a objetos "personales" (sólo que agrega que esas cosas personales son las que puede usar y gozar) y niega su aplicación a un fundo, en el que existen variadas "explotaciones" (RDJ., t. 61, p. 426).

En fin, debe tenerse presente que en la comunidad hereditaria (y en general de toda cuota adquirida a título gratuito) conviene distinguir lo que se recibe (en la partición) por la cuota y lo que se recibe por frutos; para los efectos de impuesto a las herencias, para la sociedad conyugal (en cuanto si lo recibido gratuitamente es un inmueble entra al haber propio, mientras que lo recibido por frutos entra al haber social, conforme al art. 1725, N° 2).

miento adquiere relevancia jurídica, pues precisamente se trata de decidir a quién ha de pertenecer el todo formado. Para crear la decisión el Código ha recurrido a la técnica de calificar este hecho de la unión—que llama accesión—como un modo de adquirir el dominio. Cuando una cosa se une a otra y, por disposición de la ley, el dueño de ésta ha de ser el dueño de la primera, se dice que ha operado la accesión como modo de adquirir. La primera ha accedido a la segunda. El dueño de la segunda ha adquirido el dominio de la primera por accesión.

Es habitual agregar aquí que al establecerse este modo de adquirir no se ha hecho sino aplicar el antiguo y lógico principio de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal". Por cierto, en términos generales parece difícil discutir la validez del principio, pero las dificultades aparecen con frecuencia en las situaciones específicas, cuando se trata de determinar qué es lo accesorio y qué lo principal entre dos objetos que se unen. La *función*, el *valor* y hasta el *volumen* son criterios a los que se puede recurrir para obtener las soluciones; el Código los acoge en los varios preceptos que dedica al tema.

Siguiendo a los textos, la doctrina nacional estudia este modo de adquirir a través de las siguientes situaciones:

89. 1) Accesión de inmueble a inmueble (arts. 649 a 656, que forman el párrafo denominado "accesiones del suelo"). En esta forma de accesión, llamada también accesión natural, se pueden distinguir las modalidades de:

a) Aluvión (arts. 649, 650 y 651).

En cuanto al dominio del álveo o cauce, se ha resuelto que forma parte del río, de modo que si éste es bien nacional de uso público, tiene la misma calidad; así se desprende de los arts. 649 y 650 (v. también los arts. 30 y 35 del C. de A.).²⁸³

²⁸³ RDJ., t. 22, p. 904; t. 36, p. 348.

A este respecto, se ha resuelto que el terreno que emerge junto a un río como producto de obras de relleno ejecutadas por terceros, no accede al propietario riberaño; conforme al art. 590 es del Estado, y ahí el título y el modo de adquirir es la ley (y procede inscribirlo a nombre del Fisco por el art. 58 del Regl. del Registro Conservatorio), F. del M. N° 332, p. 428. Si se trata de terrenos obtenidos en riberas mediante obras ejecutadas con fondos del Estado, se ha dispuesto, como es esperable, que pertenecen al Estado (art. 27 del DL. 1.939). V. además supra N° 49, nota.

b) Avulsión (art. 652).

c) Mutación de álveo o cambio de cauce (arts. 654 y 655).

d) Formación de nueva isla (art. 656).

El art. 653 se refiere a una situación especial de "inundación" de un predio que, por su contenido, se asemeja más al aluvión que a las otras formas de accesión que se han señalado: si las aguas se retiran del predio dentro del término que el precepto indica, sólo se está en presencia de un caso de interrupción natural de la posesión, como lo dispone el art. 2502; si el retiro se produce después de ese plazo, se siguen las reglas de la accesión para el dominio de los terrenos descubiertos.

90. 2) Accesión de mueble a mueble. Se origina cuando se unen dos cosas muebles pertenecientes a distintos dueños (arts. 657 a 667). A través de estas reglas se soluciona el problema principal que en estas situaciones se produce, para lo que se utiliza el principio referido de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Al darle aplicación concreta el Código va fijando criterios para la determinación de lo principal, que es el problema que prácticamente se presenta: el valor (venal o de afección), la función, el volumen.

Con las reglas del Código y la nomenclatura de la doctrina se distinguen, como formas en que puede presentarse esta accesión de mueble a mueble:

a) Adjunción (arts. 657 a 661).²⁶⁴

En cuanto a obras para modificar cauces, debe tenerse presente lo dispuesto en los arts. 41, 171 y 172 del C. de A. que exigen autorizaciones. Por otra parte, conforme a los arts. 30 y 32 del mismo Código, los propietarios riberaños pueden "provechar y cultivar" los cauces en las zonas que son territorialmente desocupadas por el caudal. Con estos textos, se ha resuelto (en sede de protección) que el riberaño puede "plantar" árboles en esa zona, considerando que tal plantación no es "obra"; y, en todo caso, si se demuestra que no se entorpece el libre escurrimiento de las aguas ni significa un peligro para la vida o salud de los habitantes (Corte de Concepción, 12 de noviembre de 2004)

²⁶⁴ En el texto hay una deficiencia de redacción; con mayor razón hay adjunción si las cosas unidas posteriormente no pueden separarse; lo importante es que, si se separan, mantienen su individualidad.

b) Especificación (art. 662) (es objetable considerarla como una forma de accesión; no hay aquí una unión de dos cosas, que caracteriza a la accesión, sino simplemente agregación de trabajo a una materia prima, que la modifica).²⁶⁵ y

c) Mezcla (art. 663).

Se agregan algunas reglas comunes a estas tres formas de accesión (arts. 664 a 667).²⁶⁶

91. 3) Accesión de mueble a inmueble. Es denominada también accesión industrial (arts. 668 y 669). En esta accesión los preceptos hacen referencia a las modalidades de *edificación* y *plantación* o *siembra* que están, en todo caso, sometidas a las mismas reglas. Los problemas se plantean, y el modo de adquirir accesión opera, cuando se construye, planta o siembra con materiales o semillas que pertenecen a persona distinta del dueño del suelo.

Incorporados definitivamente los materiales al suelo o arraigadas las semillas, por cierto sin la existencia de un pacto o vínculo contractual entre los participantes, el Código aplica una vez más el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y en esta materia, por su orientación territorial, entiende que siempre el suelo es el elemento principal. El dueño del predio adquiere por accesión lo edificado, plantado o sembrado.²⁶⁷

²⁶⁵ V. Lacruz Berdejo, José: *Elementos de Derecho civil*, Edit. Bosch, Barcelona, 1979, t. III, vol. I, pp. 115 y sgts. Para la objeción hay que atenerse a la noción que da el texto: de (una) materia, sin agregación de otras; por esto es que el ejemplo más claro parece ser el de la copa. Y hay Códigos Civiles que no la tratan como una variedad de la accesión, sino como un modo autónomo de adquirir la propiedad (así, los Códigos alemán, suizo, italiano, peruano, paraguayo, brasileño).

Se ha estimado que para que haya especificación debe procederse con la intención o ánimo de producir una obra nueva (por eso es que no habrá especificación si se quemara leña para obtener calor, aunque se genere carbón; en cambio, si la hay si se le quemara para producir carbón; a menos que el calor—que es energía—se considerare una "obra nueva").

²⁶⁶ El inc. final del art. 667 ha dado lugar a interpretaciones, que pueden verse en Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. I, p. 191.

²⁶⁷ V., sobre el punto, RDJ, t. 66, secc. 2ª, p. 67.

Se ha sostenido que el dueño del terreno se hace dueño de la edificación al tiempo que paga su valor (no al tiempo de construirse); mientras no pague, el constructor mantiene el dominio de lo construido, sometido al evento de resolverse si se efectúa el pago; adquiere por el modo accesión, el cual aquí requiere de una especial exigencia, el pago del valor de la construcción

92. **Indemnizaciones.** Para evitar un enriquecimiento injustificado, se disponen normas para indemnizar a quien en definitiva nada adquirirá. Se imponen diferentes soluciones según sea el dueño del suelo quien edifica, siembra o planta con materiales ajenos o sea el dueño de los materiales quien edifica, siembra o planta en terreno ajeno (arts. 668 y 669). Una tercera situación, la del que edifica, siembra o planta con materiales ajenos en el suelo también ajeno, no contemplada expresamente, puede de igual modo solucionarse con los mismos textos. Estas reglas están relacionadas con las de las prestaciones mutuas de la reivindicación (como lo expresa el art. 669).²⁶⁸

PÁRRAFO IV

LA TRADICIÓN

I. Descripción general

93. 1) **Concepto y textos.** Con antecedentes en el Derecho romano, desarrollados en la Edad Media, para la transferencia de

(con otras observaciones y cita de fallos, Ramos Pazos, René: "Edificación en sitio ajeno sin previo contrato", en Rev. de Derecho, U. de Concepción N° 178, Concepción, 1985, pp. 141 y sgts.). En contra, que la adquisición se efectúa—por acción—al construirse (Atria Lemaitre, Fernando: "Accesión de mueble a inmueble. Comentario a una sentencia", en Rev. de Derecho de la Univ. Adolfo Ibáñez N° 1, Santiago, 2004, pp. 21 y sgts.; se ofrece también ahí una explicación sobre el sentido de la expresión "a ciencia y paciencia" empleada en el art. 669.

²⁶⁸ Para más antecedentes, Mosco, Luigi: *I frutti nel Diritto positivo italiano*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1947; Goubeaux, Gilles: "La règle de l'accessoire en Droit privé", Libr. G. de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969; Bonet Bonet, Francisco: "Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo", en Rev. Gal. de Legisl. y Jurisprudencia, Madrid, 1971 (2° sem.), pp. 103 y sgts.; García de Marina, A. M.: *El derecho de accesión*, Edit. Bosch, Barcelona, 1995; Oyandiel, Rebeca: *Los intereses en la legislación chilena*, Edit. Nascimento, Santiago, 1941; Sepúlveda, Ernesto: *De la accesión de mueble a inmueble*, Edit. Universitaria, Santiago, 1955; Sepúlveda, Nora: *Los frutos en el Derecho civil chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1958; Tabacman, José: *Las rentas en el Derecho civil chileno*, Edit. Universitaria, Santiago, 1962; Galaz, Fernando: *El principio de lo accesorio en Derecho privado*, Univ. de Concepción, Concepción, 1976.

bienes el Código chileno—como se ha dicho—establece la dualidad título y modo de adquirir (v. supra, N° 73 e infra, N° 115). Es en la aplicación del modo tradición en donde se observa con particular claridad—y el único caso en que tiene lugar, según algunos—ese régimen.

El art. 670 la define como "un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo" (inc. 1°).²⁶⁹

Las reglas se contienen en los arts. 670 a 699. Además, deben considerarse:

- Las disposiciones del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, para la tradición de inmuebles;
- Arts. 1901 y sgts., para la tradición de derechos personales;
- Disposiciones del Código de Comercio, para la tradición de créditos mercantiles (su estudio corresponde al Derecho comercial).

94. 2) Caracteres

a) *Es un modo de adquirir derivativo.* El adquirente deriva su dominio de otro sujeto, el tradente, a diferencia de otros modos de adquirir, como la ocupación y la accesión. No debe olvidarse esta característica de la tradición, para determinar los derechos que el adquirente obtiene con ella. Siendo derivativo, este modo no transfiere al adquirente más derechos que los que tenía el tradente y, concretamente, si éste no era dueño de la cosa tradida, no lo será el que recibe ("nadie puede transferir más derechos que los que tiene"; arts. 682 y 683).

b) *Es una convención.* De la definición de este modo se desprende su carácter convencional: acuerdo de voluntades que

²⁶⁹ Sobre el alcance de esta definición (referida solamente a una tradición dominical, en cuanto modo de adquirir el dominio), v. Barrientos, Javier: "De la tradición y su definición en el Código Civil chileno", en Rev. Chilena de Derecho Privado N° 1, Santiago, 2003, pp. 11 y sgts. Para más antecedentes de Derecho romano pueden verse Coing, Helmut, ob. cit., t. I, pp. 383 y sgts. y Álvarez Suárez, Ursicino, ob. cit. Algunos antecedentes romanos en relación al Código chileno pueden verse también en Caete, Sergio: "La tradición en el Derecho romano y en el Derecho civil chileno", en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 19, N° 1, Santiago, 1992, pp. 67 y sgts.

produce consecuencias jurídicas. Con ella no se crean obligaciones—con lo que sería contrato—sino precisamente se extinguen obligaciones contraídas en el título que le antecede. El vendedor, el permutante, el donante, el aportante en sociedad, no transfieren en el respectivo contrato la cosa vendida, permutada, donada o aportada, sino que se obligan a transferirla. Así, cuando el tradente efectúa la tradición, con este acto voluntario y convencional lo que hace es extinguir su obligación contraída; o si se quiere, cumplirla; en definitiva, *pagar*.²⁷⁰

c) *Es consecuencia de un título*. Ha quedado dicho en la explicación anterior. Frecuentemente se dice que la tradición es un modo que puede serlo a título gratuito u oneroso. Más propiamente, debe expresarse que el título del que es consecuencia puede ser gratuito u oneroso.²⁷¹

95. 3) Aplicación. Su vigencia en la vida jurídica es intensa. La aplicación diaria del contrato de compraventa trae como consecuencia directa la de la tradición de los objetos vendidos, en cumplimiento del contrato.

²⁷⁰ Pero la doctrina extranjera ha discutido latamente la naturaleza jurídica de la tradición. Entre nosotros también ha surgido una discrepancia en cuanto a su naturaleza de convención. Con antecedentes históricos, se ha postulado que no es un acto jurídico (bilateral) sino un hecho jurídico, advirtiéndose que no obstante lo expresado en el art. 670, la voluntad es la manifestada en el título; dependiendo ella esencialmente del título, en cuanto a la voluntad hay que remitirse a él; en consecuencia, no se le pueden aplicar a ella las categorías propias de la teoría general del acto jurídico; la voluntad en la entrega debe entenderse sólo como entrega consistente, pero que no es suficiente para constituir acto jurídico; se enfatiza así su carácter causado, y el planteamiento es aplicado a la situación concreta de la tradición efectuada (mediante inscripción, con un poder conferido en vida) después de la muerte del tradente (Soza Ried, María de los Ángeles: "Naturaleza jurídica de la tradición, ¿acto o hecho jurídico?", en Rev Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 30, N° 2, Santiago, 2003, pp. 287 y sgts.). V. también Barrientos, Javier: "Comentarios de Jurisprudencia", en Rev. Chilena de Derecho Privado, N° 1, Santiago, 2003, pp. 273 y sgts.

²⁷¹ A este respecto, y en estrecha relación con el párrafo anterior, debe advertirse que con los contratos reales se configura una situación distinta; en ellos no se conforma una tradición consecuencia de un título (que ha sido llamada tradición pago); como tales contratos se perfeccionan precisamente por la entrega, cuando hay transferencia del dominio—como en el mutuo—técnicamente la tradición no está precedida de un título (y, por lo mismo, no constituye pago).

Por otra parte, mediante este modo se pueden adquirir tanto el dominio como los otros derechos reales (art. 670 inc. 2°) y los derechos personales (art. 699). En este sentido, la ocupación y la accesión aparecen como modos de aplicación más limitada. Pero, aparte de algunas dificultades que presenta la tradición de las cosas incorporales (como se irá viendo al tratar aquí de algunos), el tenor del art. 670 inc. 2° termina siendo matizado (porque lo que se dice del dominio no puede extenderse pura y simplemente a las cosas incorporales, atendida su naturaleza); además, su amplitud es menor de lo que parece (por ej., el derecho de uso y habitación, por norma no puede transferirse, art. 819); por eso es que no es correcto el art. 686 inc. 2° cuando se refiere a la tradición del uso; se trata más bien de una inscripción para su constitución. Tampoco pueden ser tradidos los derechos de servidumbre, prenda e hipoteca, porque son derechos accesorios; se transfieren con los respectivos objetos sobre los que recaen. Pero, en todo caso, esta distinción entre constitución y transferencia (por tradición) tiene su controversia, que será aludida más adelante (v. infra, N° 219, y nota).

Por último, la tradición funciona también como modo de adquirir la posesión; tal ocurre (según se explicará más adelante) cuando el tradente no es el verdadero dueño: el adquirente no adquiere, por cierto, el dominio, pero la tradición le sirve para entrar a poseer la cosa y llegar a adquirirla por prescripción (v. infra N°s 109, 164 y 169).

Suele agregarse que, comúnmente, es un modo de adquirir a título singular; señalándose la excepción de la tradición del derecho de herencia. Nuevamente conviene puntualizar que ello es consecuencia del carácter del título. Teóricamente, parece no haber inconveniente en utilizar la tradición para la transferencia de universalidades;²⁷² lo que ocurre es que en nuestro Derecho no siempre están admitidos los contratos conducentes al traspaso de universalidades (v., por ej., los arts. 1811, 2056); siendo posibles (como cuando se trata de una herencia o cuota hereditaria) cobra de inmediato aplicación este modo de adquirir (y sólo se discute, como se dirá luego, la forma como ha de efectuarse la tradición de esa universalidad).

²⁷² Situación en la que hay que acudir necesariamente a una forma simbólica.



96. 4) Entrega y tradición. En la definición del art. 670 el Código prescribe que la tradición consiste en la *entrega*... Efectivamente, el elemento central, que da consistencia a la tradición, es la entrega del objeto tradido. Pero también pueden darse situaciones de entrega material de una cosa sin que se llegue a configurar la tradición. Cuando la entrega se efectúa con intención de transferir el dominio (u otro derecho real), queda configurada la tradición. Esa intención que concurre en la tradición, se manifiesta también en el título del que la tradición es consecuencia; el título es llamado "título traslativo de dominio", como la compraventa, la permuta, la donación, el aporte a una sociedad, etc. Si lo que se ha pactado, por ej., es un contrato de arrendamiento o un préstamo de uso, la entrega se efectuará sin la intención de transferir el dominio, y el título mismo, llamado "título de mera tenencia", demuestra que la entrega, simple entrega material, se efectúa para conferir al que recibe sólo la mera tenencia de la cosa. En suma, con la intención de transferir el dominio, se está en presencia de tradición; sin esa intención, la entrega es tan sólo una simple entrega material.

El Código no siempre emplea estos términos en el sentido que antes se ha anotado; a veces los estima sinónimos (como en el art. 1824, en el que expresa "entrega o tradición"); otras utiliza "entrega" siendo más preciso "tradición" (art. 2196); otras expresa "tradición" siendo más preciso "entrega" (art. 2174; el art. 1443 emplea la expresión "tradición", lo que allí es parcialmente adecuado); en fin, hay ocasiones en que sí se ajusta a las acepciones expuestas (arts. 2212, 2174 inc. 1º, 2197; esta última disposición incurre sí en una redundancia).²⁷⁸

II. Requisitos

97. 1) Presencia de dos personas, tradente y adquirente. Siendo una convención, requiere de dos personas. Empleando la técnica de la teoría general de los actos jurídicos, más propiamente se necesita la concurrencia de dos partes (el art. 671 hace referencia a ambas).

²⁷⁸ Para explicaciones (históricas) de estas alteraciones, v. Barrientos, Jañer, *De la tradición*..., cit., pp. 11 y sgts.

El tradente. Debe ser plenamente capaz. El precepto (art. 670) parece discriminar entre tradente y adquirente en esta materia, ya que en el tradente exige "facultad" para transferir y en el adquirente "capacidad" para adquirir, con lo que pudiera entenderse que no se le exige capacidad al primero. No es ese el alcance que ha de darse al texto; siendo una convención, el tradente debe ser plenamente capaz; si no lo es, la sanción al acto es la que ordinariamente se establece para los actos de los incapaces (dependiendo de la clase de incapacidad).

Se precisa que debe tener facultad de transferir el dominio para dejar establecido que requiere el denominado poder de disposición (legitimación) que importa idoneidad del sujeto para celebrar el acto de que se trata. Así, si el tradente es un representante legal que entrega un bien del representado, deberá cumplir las formalidades correspondientes, sin las cuales no tiene poder para enajenar libremente. Si no tiene esa facultad, la sanción se encontrará en los preceptos que regulan los actos respectivos (según la naturaleza del objeto, etc.); incluso el mismo titular del derecho (que actúa por sí), por norma legal especial que atendida su situación le es aplicable, puede carecer de ese poder de disposición (v., al respecto, arts. 1796, 1447 inc. final, 1575). En definitiva, tanto la capacidad como la facultad están ya exigidas en reglas de otras instituciones del Código, que cobran precisa aplicación en la tradición. De ahí que las sanciones se encuentren en aquellos textos.

El tradente debe ser también dueño de la cosa que transfiere. Si no lo es, transfiere los derechos que sobre la cosa tenía al tiempo de efectuar la tradición (arts. 682 y 683; al tratar los efectos de la tradición se examinará este punto).

El adquirente. Debe ser plenamente capaz, por la razón indicada para el tradente; está celebrando un acto jurídico. La sanción por falta de capacidad (como también se dijo para el tradente), será la ordinaria para estos casos.

98. Se ha dicho que generalmente la tradición constituye un verdadero pago, pues el tradente la efectúa porque se obligó a ello en un título precedente. Esto conduce a relacionar las disposiciones de este modo de adquirir con las reglas del pago (arts. 1568 y sgts.). En materia de requisitos que deben concurrir en quienes celebran la convención, deben tenerse presentes los arts. 1575 y 1578 N° 1.



La primera de estas disposiciones señala que si paga quien no es dueño de la cosa pagada, el pago no es *válido*, y antes se ha dicho que la tradición hecha por quien no es dueño es válida, sólo que no produce su normal efecto de transferir el dominio, pero origina otros efectos jurídicos. Hay quienes entienden²⁷⁴ que lo correcto está en la regla de la tradición y sólo hay una impropiedad de lenguaje en el art. 1575. Pero parece claro que cuando el art. 1575 señala que el pago no es válido, afirma precisamente que es nulo²⁷⁵ y ello trae como resultado que el acreedor puede pedir la declaración de nulidad de ese pago y continuar demandando la prestación que se le debe. Relacionando esta última afirmación con lo dicho en base a los arts. 682 y 683, puede concluirse que el acto por el que el deudor entrega al acreedor una cosa ajena en pago de la deuda, es válido en cuanto tradición y al entrar en posesión del objeto puede el acreedor llegar a ganarlo por prescripción; pero es nulo en cuanto pago, pudiendo por tanto pedir su nulidad, restituir lo recibido y continuar demandando el pago al deudor.

99. 2) Consentimiento de ambas partes. Nada nuevo se agrega aquí, desde que se ha dicho que la tradición es un acto jurídico bilateral. Debe sí precisarse que ese consentimiento ha de implicar la intención determinada de ambas partes de transferir y adquirir, respectivamente, el dominio (arts. 670, 672 y 673).²⁷⁶ Se verá pronto la estrecha vinculación que entre nosotros se dis-

²⁷⁴ Abelink, René: *Las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, t. II, p. 498.

²⁷⁵ Así, Claro Solar, Luis, ob. cit., t. XII, N° 1.333, p. 56.

²⁷⁶ El art. 672 inc. 2° merece una observación. Si hubo un vestigio de tradición, sin la voluntad del tradente (es difícil, porque debe haber entrega efectuada precisamente por él; tendremos que suponer una entrega en la que se ejerció fuerza física sobre el tradente), y se pretende tenerla por válida, tendrá que ser calificada de inexistente o, al menos, nula absolutamente; y una posterior voluntad del tradente no podría implicar ratificación (la nulidad absoluta no es ratificable; menos la inexistencia); se tendría que efectuar la tradición, propiamente; ni siquiera podría decirse que se necesita una "nueva" tradición, porque antes hubo una. Así, pues, estimamos que no es esa la situación a la que se refiere el citado precepto; se ha de estar refiriendo a la hipótesis en que hubo tradición pero concurrendo con su voluntad, como tradente, alguien que no tenía la facultad de enajenar como dueño o representante del dueño; por tanto (y aun cuando literalmente la califica de "inválida"), se trata de una tradición inoponible al dueño, en la cual, por cierto, tiene lu-

pone entre la tradición y el título que la justifica; esa relación explica que en la tradición el consentimiento debe versar sobre el título, sobre la cosa objeto del título y sobre la persona a la que en el título se convino transferir la cosa.

100. Reglas sobre el error. Como en todo acto jurídico, el consentimiento de que aquí se trata debe estar exento de vicios. Los vicios de que el consentimiento puede adolecer y las normas a que se somete su análisis, son los comunes; pero el Código ha dispuesto para la tradición algunas reglas especiales relativas al vicio de error. Puede recaer en la cosa tradida (art. 676, relacionado con el art. 1452), en la persona (art. 676) o en el título (art. 677).

a) El error en la "identidad de la especie". Se recordará que el error llamado esencial puede recaer en la naturaleza del acto o en la identidad de la cosa específica (art. 1453); aquí se trata de esta segunda variedad de error esencial. Por otra parte, aquí el error padecido en la tradición (no en el título que le antecede); en cumplimiento del contrato, se entregó una cosa creyéndose que se entregaba otra, o se recibió una cosa creyéndose que se recibía otra (es especialmente factible en las tradiciones fictas). Para la prueba de que hubo error (y no, por ej., una intención compartida de dación en pago, de la que ahora se arrepiente una de las partes), el punto de referencia es la descripción contenida en el título.²⁷⁷

gar la ratificación (en este sentido, RDJ, t. 89, secc. 2ª, p. 140). Entonces, cuando dispone "sin voluntad del tradente" entendemos "sin voluntad del que tiene facultad de enajenar", para así armonizar esta expresión con el desluzo, que la valida si quien ratifica es el que tiene la facultad de enajenar.

Para una mayor precisión respecto a sobre qué versa la voluntad, v. Barrantes, Javier, *De la tradición...*, cit., pp. 88 y sgts.

²⁷⁷ Como se sabe, en la teoría general del acto jurídico la consecuencia que produce el error esencial es discutida (inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, con la controversia añadida acerca de la acogida entre nosotros de la doctrina de la inexistencia), y la consecuencia de nulidad relativa puede tenerse como la menos aceptada. Pues bien, se ha postulado que en esta precisa situación de la tradición, no obstante tratarse de un error esencial, el error en la identidad de la especie entregada produciría nulidad relativa; mientras este error, padecido en el contrato, obsta a la formación del consentimiento porque las voluntades no confluyen (uno entiende vender una cosa y el otro comprar otra), lo que conduce a inexistencia o nulidad absolu-

b) El error en "la persona a quien se hace la entrega". Puede acontecer que quien efectúa la tradición crea que entregaba la cosa a cierta persona, en circunstancias que se la ha entregado a otra. Como acto *intuitu personae*, demostrado el error, la tradición es inválida.²⁷⁸

c) El error "en el título". Produciéndose el error en el título, la consecuencia ha de encontrarse en las reglas respectivas; así, para ese efecto, el precepto (art. 677) no resulta necesario (sin embargo, como veremos pronto, constituye otra demostración—junto al fundamental art. 675—del carácter causado de la tradición).²⁷⁹

ta, acá (en la tradición) hay voluntad de entregar y recibir (objetivamente) una misma cosa; entonces—se ha dicho—aquí hay consentimiento, sólo que viciado y, por tanto, la consecuencia sería la nulidad relativa; esta diferencia justificaría que el Código le haya dispuesto una regla especial, que de otra manera implicaría una mera repetición (Vial del Río, Víctor: *La tradición y la prescripción adquisitiva como modo(sic) de adquirir el dominio*, Edics. Univ. Católica de Chile, Santiago, 1999, pp. 62 y sgts.

²⁷⁸ Corrientemente se concluye que el error en la persona (cuando es influyente, es decir, cuando se trata de actos *intuitu personae*), provoca nulidad relativa (por la regla residual dispuesta en el art. 1682, parte final); pero en ciertas circunstancias puede llegar a concluirse que falta la voluntad o el consentimiento y, por tanto, la consecuencia podría ser la nulidad absoluta y aun la inexistencia; y así podría suceder con un error en la tradición. Por otra parte, nótese que si se demuestra que se padeció de error en la identidad de la persona, puede sostenerse que respecto de ella (del que efectivamente recibió como adquirente) la tradición carece de título, que conduce también a la nulidad (absoluta) de la tradición.

²⁷⁹ Se ha postulado que en este texto hay que formular una distinción con una consecuencia. Si el error es de la primera especie (consiste en que uno entienda entregar en mera tenencia y el otro recibir en dominio; por ej., uno entiendo entregar en comodato y el otro recibir en donación), entonces el que recibe ni siquiera entra a poseer; en cambio, si es de la segunda especie (consiste en que uno entienda transferir el dominio a cierto título y el otro recibir el dominio a cierto otro; por ej., uno entiendo que entrega por venta y el otro entiendo recibir por donación), aquí el que recibe (si bien tampoco adquiere el dominio) sí entra a poseer. El autor admite que en ambas situaciones es discutible la consecuencia de inexistencia o nulidad absoluta del título; pero funda la diferencia en que en la primera la inexistencia es más evidente y en la segunda ambas partes tienen la intención de estar transfiriendo el dominio (el error padecido no versa sobre la intención inmediata y directa de transferir) (Vial del Río, Víctor, ob. cit., pp. 64 y sgts.). El planteamiento es plausible. Sin llegar a una discrepancia, conviene formular algunas observaciones. En primer término, se no-

101. **Tradición por representantes.** Según es regla general en Derecho civil (art. 1448), la tradición también se puede efectuar a través de representantes, legales o voluntarios; el Código lo confirma expresamente (arts. 671, 672, 673, 674, 678;²⁸⁰ para la tradición de inmuebles v. además infra, N° 137).

102. **La tradición en las enajenaciones forzadas.** Como es sabido, conforme a las normas procesales si un deudor no paga lo que debe, puede el acreedor (disponiendo de un título ejecutivo) embargarle bienes, rematarlos y pagarse con el producto; entonces pueden surgir dudas acerca de la legalidad de la tradición por la cual el subastador adquiere el objeto que se adjudicó en el remate, ya que el deudor propietario está lejos de consentir en

hará que en el tema es influyente la controversia sobre la acogida entre nosotros de la denominada inexistencia, en cuanto si—en la primera situación—el título es nulo, tal como el autor lo advierte, se tendría título, aunque injusto y, por tanto, posesión (irregular). Por otra parte, al menos entre nosotros—como se dirá más adelante—, el redactor del Código consideró a la ocupación como "título" para poseer, y tal decisión prácticamente es poco más que forma, ya que justificar posesión porque se ocupa es inconsistente como explicación; equívale a expresar que se posee porque sí; es cierto que aquí el adquirente ya está comprometido con el título traslativo (en el que hubo error), y podemos por tanto rechazarle un cambio de actitud si pretende acudir a la ocupación, pero, en general, admitir la ocupación como título revela en el sistema una actitud no muy exigente al pedir un título para poseer o, al menos, se está a un paso de prescindir del título para entrar a poseer (irregularmente); en suma, debe admitirse que es controvertible la exigencia (a todo trance) de un título (al menos aparente) como requisito indispensable para poseer; en todo caso, el punto se vincula a la controversia de fondo sobre las distintas concepciones que se tienen de la posesión (el tema aparecerá nuevamente al comentar la regla del art. 2510 el cual, digamos desde luego, dispone que en la prescripción extraordinaria "no es necesario título alguno"; pero el autor recién mencionado responderá que el significado de la expresión es que no es necesario un título efectivo, pero siempre será necesaria al menos una apariencia de título).

²⁸⁰ Es destacable que este texto presenta conformidad con la doctrina de la representación (modalidad del acto jurídico difundida bastante tiempo después de la elaboración del Código), según la cual la voluntad que contrata con el tercero no es la del representante (como lo postulaban concepciones precedentes) sino la del representante. Con todo, si se estima que aquí simplemente esa doctrina fue la acogida, respecto del error padecido por el representado (situación no tratada por la norma) habría que concluir que no afectaría la validez de la tradición.

efectuar la tradición de lo que se le remata. Para tal situación se dispone que en esas ventas forzadas el juez es el representante legal de la persona cuyo dominio se transfiriere. Así, el consentimiento es otorgado por el juez en su nombre (art. 671 inc. 3°). Siendo una situación excepcional, para que esta representación legal proceda deben darse las condiciones que determinadamente prescribe el precepto. Concretamente, debe tratarse de ventas forzadas y no simplemente de ventas de las que se efectúan "por el ministerio de la justicia" (como las que se hacen de bienes de ciertos incapaces; art. 394); en estos casos se siguen las reglas generales (lo confirma el art. 894 del CPC.; y así se ha resuelto).²⁸¹

Se ha planteado que el precepto referido no soluciona definitivamente un problema de fondo en estos casos de ventas forzadas, cual es el de falta de real consentimiento del deudor cuyo dominio transfiriere el juez; éste será el representante legal, pero lo cierto es que el ejecutado no está consintiendo. El problema se puede solucionar acogiendo la doctrina de la representación modalidad de los actos jurídicos, que entiende que la voluntad que contrata no es la del representado, sino la del representante. Se ha ofrecido también solución a este punto (teórico), acudiendo al llamado derecho de prenda general de los acreedores (art. 2465), por el cual el deudor, al contratar una obligación, sabe que ha de responder de ella con todos sus bienes, actuales y futuros y, entonces, al contraerla estaría consintiendo en una eventual enajenación forzada posterior para pagar su deuda.²⁸² Esta explicación, aceptable para ejecuciones fundadas en obligaciones surgidas de contratos, es insuficiente para las que resultan de obligaciones no contractuales (como las destinadas al pago de indemnización por un hecho ilícito). Por otra parte, debe agregarse que si bien el precepto citado establece la representación legal para la tradición, no lo hace directamente para el título, la venta; pero el CPC. lo dispone en forma clara, al menos refiriéndose específicamente a la subasta de inmuebles (arts. 495 y 497; v. también arts. 482, 483, 532 y 894 del mismo Código).²⁸³

²⁸¹ RDJ., t. 34, secc. 2ª, p. 70.

²⁸² Así, Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VII, p. 259; RDJ., t. 6, p. 266. V. también RDJ., t. 52, p. 185; t. 82, secc. 2ª, p. 58; t. 89, secc. 2ª, p. 104; F. del M. Nº 328, p. 21.

²⁸³ F. del M. Nº 328, p. 21; Nº 333, p. 486; RDJ., t. 82, secc. 2ª, p. 58.

103. 3) Título traslativo de dominio. "Para que valga la tradición, se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc." (art. 675).

Luego de lo dicho hasta aquí en orden a que de los contratos sólo nacen derechos personales y sólo con el modo de adquirir se adquieren los derechos reales, ahora, describiendo unitariamente el sistema y partiendo del modo o del título, puede manifestarse que la tradición requiere de un título traslativo precedente, o que el título traslativo de dominio requiere, para cumplir lo pactado, que le siga la tradición. Esta relación conduce a considerar al título como la causa de la tradición (como se dirá pronto).

La expresión "título" se utiliza usualmente en dos acepciones: una de carácter estrictamente jurídico y otra más bien material.

Llámanse título al *acto jurídico* que sirve de antecedente más o menos próximo a la adquisición del dominio o a la causa inmediata de un derecho. Pero también es llamado título el *documento* que contiene o da constancia de alguno de los actos jurídicos denominados títulos en la acepción anterior.²⁸⁴ El Código emplea la expresión en ambos sentidos (y lo llega a hacer en un mismo precepto, como es el caso del art. 1901). El término se emplea aquí en la primera acepción.

Como ya se ha dicho, los títulos traslativos de aplicación más frecuentes son la compraventa, la permuta, la donación, el aporte en propiedad a una sociedad, la novación (puede añadirse la tradición en pago, con la advertencia de que su naturaleza como título traslativo ha sido discutida).

Lo dicho aquí sobre el título y el modo se ha expresado más bien en relación con el dominio, pero es aplicable también a los demás derechos reales. Mas es necesario efectuar, para cada uno de ellos, algunas precisiones (que se verán al tratarlos más adelante).

104. El título debe ser válido. Para que la tradición produzca su efecto normal de transferir el dominio, debe tener como antecedente un título válido (art. 675).

104 bis. La influencia en la tradición, de la falta o nulidad del título. Tradición causada o abstracta. Siendo una entrega con

²⁸⁴ RDJ., t. 52, secc. 2ª, p. 49.

intención de trasladar el dominio, naturalmente es concebida con un título o negocio en el cual se promete la entrega, con alguna contraprestación o sin ella (aunque estrictamente es concebible una pura entrega traslativa sin título). Pues bien, en relación con ese título, teóricamente la tradición puede ser concebida como causada o abstracta.

Imponerla como *causada* significa establecerla vinculada al título, al negocio, que es su causa o antecedente; por tanto, su validez y, en general, su eficacia traslativa, dependen de la validez y en general de la eficacia del título. El título es vinculado funcionalmente a ella; el título es concebido como un requisito de la tradición; por lo mismo, las vicisitudes que acaezcan al título han de influir en ella (aparte de la nulidad, los albures a que está sometido el título son los habituales en la contratación: resolución, revocación, incluso la discutida inexistencia); específicamente, la falta o nulidad del título dejan inexistente o nula la tradición (reducido el problema a la nulidad: "nulo el título, nula la tradición", sin perjuicio de que también pueda ser nula por defectos propios de ella; en términos más comprensivos: ineficaz el título, ineficaz la tradición). En cambio, imponerla como *abstracta* significa establecer que transfiera el dominio con la sola voluntad de transferir, prescindiéndose del negocio (causal); por tanto, para calificar su validez y, en general, su eficacia, se prescinde del título; o las vicisitudes que le acaezcan al título no han de influir en la validez y eficacia traslativa de la tradición; el título es desplazado de la tradición; la tradición se abstrae del título; en la realidad el título existe y es realmente su justificación, su causa, pero jurídicamente se prescinde de él.

Puede apreciarse que en la opción inciden, destacadamente, por una parte, la preocupación por el titular del dominio y por otra, la preocupación por la seguridad del tráfico, que implica la protección a los terceros adquirentes (v. además lo dicho en "Descripción del sistema", supra, N° 73 y notas).²⁸⁵

En el Derecho chileno el texto básico es el art. 675, ya citado (al que puede agregarse el también referido 677). Su exa-

²⁸⁵ Allí se relata el régimen alemán, notable alternativa del avance de la abstracción en la tradición.

Se ha discutido el significado que corresponde aquí a la expresión "causa" (para lo cual v. Álvarez Suárez, Ursicino. Ob. cit., especialmente pp. 17 y sgts.; después de un examen de las fuentes, el ilustre romanista concluye -p. 20- que según estos fragmentos deberá entenderse por causa el negocio jurídico pre-

men conduce a la conclusión de que en cuanto modo de adquirir el dominio ha sido concebida como un acto causado. Dispone que para que la tradición *valga*, debe estar precedida de un título traslativo, y que éste debe ser válido. De modo que si no lo hay o es nulo, la tradición es inválida; nula.

Pero el alcance de los efectos de esa nulidad no queda bien definido. Esta indefinición se advierte en relación al efecto posesorio de la tradición. Pronto se dirá que la tradición deja al adquirente en posesión de la cosa traidida. Y si el tradente era dueño, el adquirente adquirirá también el dominio. Ahora bien, cuando del art. 675 se desprende que la falta de título o la nulidad de éste anula la tradición, no queda claro si esa nulidad la priva de todo efecto, hasta el punto de estimar que no sólo no transfirió el dominio sino que, además, nunca el adquirente recibió la cosa con ánimo de dueño, es decir, que nunca entró en posesión; o es que es nula en cuanto mecanismo que traslada el dominio, pero que, en el hecho, sí dejó al adquirente en posesión.

La primera solución se apoyaría en el categórico efecto retroactivo de la nulidad, que elimina todo efecto o consecuencia más conforme con el sistema general implantado por el Código: a) Desde luego, la parte final del art. 675 muestra que la regla parece estar dirigida más bien al traslado del dominio, sin referirse a la materia posesoria; b) Por otra parte, como se dirá más adelante, el art. 704 tiene por títulos injustos para poseer al nulo (N° 3) y al aparente (N° 4), de modo que allí se considera que el que recibió por un título nulo, o en virtud de una apariencia de título, tiene título (sólo que injusto) "para poseer"; es decir, se le está calificando de poseedor (aunque irregular), pudiendo llegar al dominio por la prescripción extraordinaria; c) Además, como también se dirá, hay que recordar que el Código considera a la ocupación un "título" para poseer, lo que equivale a admitir la posesión sin título, porque el que entra a poseer por ocupación

cedente a virtud del cual se realiza la entrega"; también Núñez Lagos, Rafael: "Causa de la 'tradición' y causa de la 'obligación'", en Rev. Crítica de D. Inmobiliario N°s 396-397. Madrid, 1961, pp. 573 y sgts.; y sin perjuicio de la -reñida- controversia sobre el carácter causado o abstracto de la tradición en Roma). Y también Marín Pérez, Pascual: "El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registradas en relación con la doctrina del título y el modo", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario N° 246. Madrid, 1948, pp. 665 y sgts., con proposición de reforma del Código Civil español.

no da verdadera justificación de su posesión; decir que se posee por ocupación (poseo porque ocupó) es como afirmar que se posee porque sí, que no es justificación; entonces, si está admitido poseer por ocupación (que equivale a decir sin título), no parece coherente impedir la posesión si existe título, pero nulo; d) Pero, con título o sin él, y sobre todo concebida la posesión como un hecho, lo cierto es que el que recibió la cosa inició su tenencia con ánimo de señor; las vicisitudes que acaezcan al suceso por el cual inició esa situación real no podrán eliminarla.²⁸⁶

En suma, entre nosotros, si después de efectuada la tradición se descubre que no hay título o que es nulo, no se transfiere el dominio; en esa circunstancia, nuestra tradición carece de efecto traslativo (por ej., si la tradición se efectuó debido a una compraventa que después es declarada nula, el vendedor continuará siendo el dueño); pero el adquirente habrá entrado en posesión; el dueño contratante pedirá la restitución de la cosa al adquirente contratante, ejercitando la acción restitutoria que confiere la nulidad (art. 1687) y, ante terceros, podrá reivindicar (art. 1689); pero esto sólo hasta que el poseedor logre prescribir (porque había entrado a poseer).

Con lo dicho puede concluirse que, en Chile, en cuanto mecanismo que traslada el dominio, la tradición es un acto causado; requiere de un título justificante, conectado a ella y, por lo mismo, su eficacia traslativa depende de la validez de éste. Pero, en todo caso, con independencia de él, deja al adquirente en posesión. La jurisprudencia no ha sido explícita en el tema, aunque parece entenderlo en el mismo sentido.²⁸⁷

²⁸⁶ Sin olvidar aquella opinión de que sin título no es posible entrar a poseer, que se manifiesta, por ej., en la situación de error en el título en aquella variedad de que uno entiende entregar a título de mera tenencia y el otro recibir a título traslativo de dominio (uno creyó entregar en arriendo y el otro recibir en donación), del prof. Val del Rfo, recién citado.

²⁸⁷ V., por ej., RDJ, t. 11, p. 431; t. 29, p. 273; t. 45, p. 263.

V. también Guzmán Brito, Aisjandro: "De las donaciones entre vivos". *Conceptos y tipos*. Edit. Lexis Nexis. Santiago, 2005, pp. 180 y sgts. No obstante que los arts. 670 (con su entrecruce de intenciones de transferir y adquirir) y 684 (con sus expresiones de "significación" y "figuración") pudieran inducir al con venio traslativo abstracto (como en Derecho alemán) el autor concluye también en que nuestra tradición es causada (con el vigor del art. 675; para los inmuebles, la conclusión parece más firme relacionándolo con el art. 686). Por cierto, como lo previene el autor, para nosotros el examen histórico está pendiente.

Evaluando la opción, nos plegamos a la decisión de la tradición causada, pero atenuándola para proteger a ciertos terceros en aras de la seguridad del tráfico. Siguiendo a la generalidad de los Códigos Civiles del siglo XX, mientras el objeto se mantiene en poder del adquirente parece apropiado aplicar su carácter causado, de modo que la ineficacia del título traiga la de la tradición y el objeto ha de volver al enajenante; pero respecto de los terceros debería diferenciarse: la ineficacia del título por ciertas causales (nulidad, resolución, resciliación, declaración de falso heredero por acción de petición de herencia), no debería afectar al tercero que adquirió de buena fe a título oneroso. Con todo, en lugar de intervenir las reglas de la tradición, parece preferible lograr el efecto imponiéndolo en las normas que regulan aquellas agresiones al título (al regular la nulidad, la resolución, la acción de petición de herencia, etc.), estableciendo que ellas no confieren reivindicatoria contra terceros que hayan adquirido de buena fe a título oneroso (se volverá sobre este punto al tratar el Registro; infra, N°s 124 y 125, y su crítica, N° 144).²⁸⁸

²⁸⁸ Como matiz (tal como ya se dijo en supra, N° 100) recuérdese que se ha sostenido que en ciertas situaciones la tradición efectuada ni siquiera genera el efecto de dejar al adquirente en posesión.

Este carácter causado no sólo se manifiesta en la nulidad (aunque en ésta es donde entre nosotros se concreta con la mayor intensidad); también en la resolución (con la cual—como se destaca en el Derecho de obligaciones—las partes vuelven al estado anterior a la celebración del contrato resuelto), en la resciliación y, en general, cada vez que se arriba a la ineficacia del título traslativo, cualquiera sea el mecanismo técnico que la provoca.

Por otra parte, ese causalismo (esa decisión de hacer repercutir en la tradición la ineficacia del título), frecuentemente llega a extenderse al tercer adquirente, debilitando la seguridad del tráfico inmobiliario. Entre nosotros, así acontece claramente en la nulidad (por el art. 1689); en la resolución ese alcance está atenuado (como puede verse en el art. 1491). Estimamos que el causalismo vigente debe ser atenuado precisamente a este respecto, con base en la protección a la apariencia, fortaleciendo la seguridad del tráfico, como se procede en la generalidad de los Códigos del siglo XX: la ineficacia del título podrá provocar la restitución al estado anterior mientras la cosa está en el primer adquirente, pero no afecta a los terceros adquirentes de buena fe que han adquirido a título oneroso. La regla protectora puede ser implantada en la tradición o en la regulación de las instituciones destructoras del título (nulidad, resolución,