cepción dogmática que eliminaba la eventual incoherencia que podría haber resultado de tratar de ella en sede de "tradición dominical". Tal concepción, en definitiva, significaba tratarla no bajo la categoría de "tradición posesoria", sino como "tradición de derechos", que no eran el de dominio.

Había una serie de razones, concatenadas de manera lógica, que explicaban la nueva ubicación sistemática, en el *Proyecto Inédito*, de la tradición *a non domino* dentro del título "De la tradición" concebida exclusivamente como "modo de adquirir el dominio" o de otros derechos.

a) *Debían fijarse las consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de la condición de dueño (tradente) en quien hacía la entrega*: una vez definida en el artículo 806 la tradición como necesariamente hecha por "el dueño", esta condición se constituía en una expresa exigencia de la tradición dominical, de manera que, era necesario establecer el régimen jurídico de su ausencia.

b) *La ausencia de la condición de dueño no podía tratarse bajo el criterio general de validez o invalidez de la tradición*: la disciplina de la ausencia de las condiciones definitorias de la tradición dominical era fijada en el *Proyecto Inédito* dentro de las categorías de "validez" o "invalidez" de ella en los artículos comprendidos entre el 808 y el 820, sin que en ellos se tratara del supuesto de no ser dueño quien realizaba la entrega, precisamente porque, en la concepción dogmática adoptada en la Comisión Revisora, ella no podía genéricamente reglarse como condición de validez, por las siguientes razones:

1. Supuesto que se había introducido un inciso segundo en el artículo 806 que ampliaba el campo operativo de la tradición "a la propiedad de las cosas incorporales", la tradición también podía actuar en cuanto "modo" de adquirir otros derechos que el "tradente" pudiera tener sobre la cosa.
2. Supuesto lo anterior, cuando se estaba en presencia de una tradición *a non domino* necesariamente había de distinguirse si aquel "no dueño" tenía o no algún derecho, distinto del dominio, respecto de la cosa entregada, y que pudiera haber resultado "transferido" por la tradición.
3. Una primera opción era la de un "no dueño" de la cosa que tuviera, sin embargo, sobre ella otros derechos pasibles de haberse transferido mediante la tradición, al tenor del inciso segundo del artículo 806. En este caso, pues, se estaría plenamente dentro del concepto legal de tradición fijado por el codificador y no ante una mera "tradición posesoria", por lo tanto resultaba coherente que fuera regulado en sede de "tradición dominical". Tal era la argumentación que condujo a que se introdujera un nuevo artículo, el 822, para fijar la disciplina de la tradición *a non domino* cuando el no dueño tenía derechos distintos al del dominio sobre la cosa entregada.
4. Una segunda opción era la de un "no dueño" de la cosa entregada que no tuviera otros derechos sobre ella, pero que en el momento de la tradición sí tuviera "el derecho de ganar por la prescripción el dominio" de

ella. En esta línea dogmática, naturalmente, se caía también bajo la regla del inciso segundo del artículo 806, en cuanto por la tradición podían transferirse otros derechos, distintos del dominio, en este caso: "el derecho de ganar por la prescripción el dominio" y, por lo tanto, era coherente dogmáticamente con el concepto legal de una tradición de derechos fijada en el artículo 806. Era esta la razón que justificaba, entonces, la inclusión de un nuevo artículo, el 823, para sentar el régimen de la tradición *a non domino* cuando el no dueño tenía "el derecho de ganar por la prescripción el dominio" de la cosa entregada.

En verdad, la citada operación dogmática realizada por el codificador significaba el abandono de la habitual concepción de una "tradición posesoria", es decir, de concebirla desde la óptica de un modo de adquirir la posesión que habitaba para prescribir, con la evidente exclusión de entenderla, también, como un "modo" de "transferir" la posesión y de situarla coherentemente como un "modo" de "transferir" derechos, en este caso el de "ganar por la prescripción el dominio". Se daba, pues, una nueva visión dogmática de la tradición realizada por un no dueño poseedor.

5. Una última opción era la de un "no dueño" de la cosa entregada que careciera de todo derecho sobre ella, incluso el de "ganar por la prescripción el dominio" de ella. En este supuesto, que en realidad era el de un no dueño "mero tenedor" (*possessio naturalis*), naturalmente no podía acudir a una concepción de la tradición como modo de "transferir" derechos, ni tampoco a una concepción de la tradición como modo de "transferir" o de "adquirir" la posesión, pues cualquiera de estas opciones habría envuelto una radical contradicción con el sistema adoptado por el codificador en el *Proyecto Inédito*.

Sin embargo, la solución que sí podía resultar coherente con la línea dogmática seguida por el codificador era la de entender que en este supuesto la tradición operaba como un "modo de adquirir" un "derecho", precisamente, "el de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía", precisamente, porque en el inciso primero del artículo 806 la tradición aparecía definida como "un modo de *adquirir* el dominio", extendido, aunque imperfectamente en su redacción, en el inciso segundo a la "adquisición" de otros derechos. Aquí se hallaba el fundamento para el paso final del nuevo artículo 823 del *Proyecto Inédito*: "aunque el tradente no haya tenido ese derecho" (el de ganar por la prescripción el dominio).

Supuesto todo lo anterior, el codificador coherentemente reglaba en sede de tradición "modo de adquirir derechos" la diversidad de situaciones comprendidas genéricamente bajo la denominación de tradición *a non dominia*, de suerte que resultaba excluida una eventual concepción, en esta sede, de una tradición en cuanto "modo de adquirir" la posesión.

4.3.1. La tradición *a non domino*, pero de "otros derechos"

De acuerdo con las razones y concepciones que quedan explicadas en los párrafos anteriores, en el *Proyecto Inédito* se incluyó un nuevo artículo, bajo el número 822, para fijar la disciplina de la tradición *a non domino* cuando el tradente, sin ser dueño, era titular de otros derechos sobre la cosa entregada, cuyo inciso primero era el siguiente: "Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada."

Este inciso no tenía precedentes en el *Proyecto* de 1853, y en el *Inédito* carecía de toda indicación sobre sus eventuales fuentes, lo cual era explicable, porque correspondía a una elaboración dogmática del todo novedosa, que podía atribuirse directamente al mismo codificador.

Dos observaciones solas sobre este inciso en cuanto al lenguaje empleado en él por el codificador:

- a) *Si el tradente... del mismo tradente*: el codificador utilizaba en estos casos apropiada y coherentemente la palabra "tradente", al tenor de la definición que de él se hacía en el inciso primero del artículo 807 en relación con el inciso segundo del artículo 806 del *Proyecto Inédito*, supuesto que, técnicamente, "tradente" era quien "por la tradición transfere el dominio" (807), u otro derecho (806).

b) *Cosa que se entrega por él o a su nombre*: esta locución aparecía plenamente justificada debido a la regla contenida en el inciso segundo del artículo 807, en cuanto allí se establecía que: "Pueden entregar i recibir a nombre del dueño sus mandatarios..."; tal cual como se explicara en su lugar.

El citado artículo 822 del *Proyecto Inédito* incluía un inciso segundo, que completaba su campo operativo, pues se ponía en el evento de una *traditio a non domino*, pero de otros derechos, cuando el tradente adquiriría con posterioridad el dominio de la cosa que había entregado: "Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse este transferido desde el momento de la tradición".

A diferencia de su inciso primero, éste sí podía hallar un precedente en el *Proyecto* de 1853, pero naturalmente en un contexto dogmático diverso. En efecto, el antiguo artículo 808 del *Proyecto* de 1853 rezaba: "La tradición que al principio fue inválida en razón de haberla hecho el que no era dueño, se valida en virtud del dominio adquirido posteriormente por el que hizo la entrega.

Lo mismo se aplica a la cosa entregada en representación del que no era dueño".

Bien se ve que el codificador en el *Proyecto Inédito* ha, coherentemente, abandonado la idea de considerar "inválida" a una tradición realizada por un tradente no dueño de la cosa entregada y, en consecuencia, también ha renunciado a estimar que la adquisición posterior del dominio por aquel tradente implicara

una "validación" de la tradición. A este fenómeno Gabriel Ocampo, miembro de la Comisión Revisora, le llamaba "retroacción"⁵⁹.

4.3.2. La tradición *a non domino*, pero del "derecho de ganar por prescripción"

En la línea dogmática, que ya queda descrita, el *Proyecto Inédito* abandonaba la concepción de una "tradición posesoria" cuando quien hacía la entrega no era dueño, pero sí poseedor; es decir, no concebía a la tradición como un "modo de transferir la posesión", sino que adecuándola a una visión exclusiva de "tradición de derechos" la asumía conceptualmente como una tradición que operaba el efecto de "transferir" el "derecho de ganar por la prescripción el dominio" de la cosa entregada. Aparecía así el nuevo artículo 823, cuyo texto era el siguiente: "La tradición da al adquirente, en los casos i el modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho".

Esta regla se hallaba en plena armonía con el concepto legal de una tradición de derechos, tal cual se la había definido en el artículo 806 y, como ya se advirtiera, la citada operación dogmática manejada por el codificador significaba el abandono de la habitual concepción de una "tradición posesoria"; es decir, de concebirla desde la óptica de un modo de adquirir la posesión que habilitaba para prescribir, con la evidente exclusión de entenderla también como un "modo" de "transferir" la posesión. Era esta la razón que explicaba la supresión del antiguo artículo 841 del *Proyecto* de 1853, que reglaba a la "tradición posesoria".

Al igual que en el caso anterior, la utilización de las voces 'adquirente' y 'tradente' en esta disposición era coherente con la definición legal que de ellas se había dado en el artículo 807 en relación con el inciso segundo del artículo 806.

En cuanto la tradición no se concebía como un "modo de transferir la posesión" sino del "derecho de ganar por la prescripción el dominio", cobraba nueva fuerza dogmática la disposición del artículo 2.683 del *Proyecto Inédito*, que, respecto del poseedor de una cosa que hubiera sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos más personas, sentaba como regla que: "El tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor". Es decir, no es la "posesión" la que se puede "agregar", sino "el tiempo" para prescribir.

4.3.3. La tradición *a non domino*, y la adquisición del "derecho de ganar por prescripción"

En el mismo artículo 823 del *Proyecto Inédito* se sentaba el régimen de la tradición *a non domino* cuando quien entregaba la cosa carecía, incluso, del derecho

⁵⁹ Ocampo, Gabriel, *Proyecto de Código Civil*, "Pertenece a Gabriel Ocampo", Santiago de Chile, 1855, p. 178, nota al art. 682.

de ganarla por prescripción, en cuyo caso la tradición también daba al adquirente el citado derecho: "aunque el tradente no haya tenido ese derecho".

Era éste el caso de un no dueño "mero tenedor" (*possessio naturalis*), en cuyo supuesto no podía concebirse que la tradición "transfiriera" el derecho de ganar por prescripción, pero sí que ella operara, cumpliéndose la exigencia legal, como "modo de adquirir" este derecho, del cual, precisamente, el tradente carecía.

4.4. De la sistematización del título vi del libro II en el Proyecto Inédito

Supuestas todas las operaciones dogmáticas y sistematizadoras operadas por la Comisión Revisora del *Proyecto* de 1853, apareció en el *Proyecto Inédito* una estructura armónica y sistemáticamente más coherente para el título vi de su libro II, aunque todavía quedaban algunos aspectos no suficientemente trabajados.

La primera innovación expositiva de importancia consistió en distribuir el contenido del citado título en tres parágrafos, de los cuales el primero quedó destinado al tratamiento de las "Disposiciones generales" tocantes a la tradición, desde la perspectiva de la definición legal de una tradición dominical; es decir, en cuanto modo de adquirir el dominio enumerado en el artículo 727 del *Proyecto* (hoy 588), y extendido a otros derechos al tenor del artículo 806 en su inciso segundo.

La estructura del referido parágrafo comprendía, ahora, cuatro grandes espacios que daban cuenta de las nuevas orientaciones dogmáticas asumidas por la Comisión Revisora:

1. Definiciones Generales

- a) *Tradición dominical*: artículo 806 inciso 1°, (670 inciso 1° actual).
- b) *Tradición de otros derechos*: artículo 806 inciso 2° (670 inciso 2° actual).
- c) *Definiciones legales de tradente y adquirente*: artículo 807 (671 actual).

2. Condiciones para la validez de la tradición dominical

- a) *Voluntad del tradente*: artículo 808 (672 actual).
- b) *Consentimiento del adquirente*: artículo 809 (673 actual).
- c) *Tradición por mandatarios o representantes*: artículo 810 (674 actual).
- d) *Título translativo de dominio y su validez respecto del adquirente*: artículo 815 (675 actual).

e) *Ausencia de error en la tradición*:

- e.1) Error en la persona: artículo 816 (676 actual).
- e.2) Error en el cuerpo mismo de la cosa entregada: artículo 817 (676 actual).
- e.3) Error en el título: artículo 818 (677 actual).
- e.4) Error de los mandatarios o representantes: artículo 819 (678 actual).

f) *Solemnidades legales cuando así se exige*: artículo 820 (679 actual).

3. Efectos de la tradición dominical:

Único: *Adquisición del dominio*.

a.1) Puro y simple: artículos 821 y 821 a (680 actual).

a.2) Sujeto a modalidad:

- Bajo condición: artículo 821 (680 actual).

- A término: artículo 821 a (681 actual).

4. De la tradición a non domino o "de otros derechos":

a) *Adquisición de los derechos transmisibles del que hizo la entrega*: artículo 822 (682 actual).

b) *Obtención del derecho a adquirir por la prescripción*: artículo 823 (683 actual).

Sin perjuicio de toda la adecuación sistemática obrada en el llamado *Proyecto Inédito*, se conservó en él la huella de Pothier y de la concepción anterior, que también incluía en la noción de "tradición" a la entrega que sólo generaba un efecto posesorio; sobre todo porque no se eliminaron las referencias a las condiciones que debía reunir la tradición para que produjera la adquisición del dominio en el recipiente de la cosa entregada; de manera que ahora la expresión "para que sea válida la tradición" producía un cierto efecto distorsionador dentro de la posición adoptada por el codificador, y que aún perdura en el *Código* actualmente en vigencia. De tales dificultades se tratará en el apartado siguiente.

5. LA SISTEMATIZACIÓN DEFINITIVA:

El *Código CIVIL* PROMULGADO Y PUBLICADO

Finalmente, en el texto del *Código Civil* promulgado, y todavía vigente, se mantuvo la estructura sistemática del *Proyecto Inédito* en sede de tradición, aunque se introdujeron algunas variaciones en determinadas disposiciones, cuya finalidad era superar algunas incoherencias que aún se advertían en él.

5.1. La definición final de tradición dominical

En el *Proyecto* aprobado en 1855 y publicado como oficial se introdujeron ciertas alteraciones en la definición legal de tradición, pues ahora el artículo 670 rezaba lo siguiente: "La tradición es 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".

Nuevamente el examen de esta definición en relación con la precedente del *Proyecto Inédito* se vuelve pieza clave para comprender la línea dogmática que adoptó definitivamente el codificador en cuanto a la tradición.

5.1.1. La tradición es un modo de adquirir el dominio

El paso inicial de la definición se mantenía inalterado en relación con el *Proyecto Inédito*, de manera que aquí deben tenerse en cuenta las observaciones que ya se hicieron al tratar de él, en su conexión con el inciso primero del actual

artículo 588 del *Código Civil*, que incluye a la tradición dentro de "los modos de adquirir el dominio".

Hoy día, la categoría de los "modos de adquirir el dominio" ha sido recibida en la *Constitución Política de la República*, aunque bajo la variante de "modos de adquirir la propiedad", cuyo establecimiento ha sido entregado exclusivamente a la ley, pues en el artículo 19 número 24 no sólo se asegura constitucionalmente a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre todo tipo de bienes corporales e incorporales sino, también, se prescribe que:

"Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social", de modo que en este inciso segundo del número 24 del artículo 19 se está en presencia de uno de aquellos casos previstos genéricamente en el artículo 60 de la *Constitución*, cuando declara que: "Sólo son materias de ley", 3: "Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley".

Repárese que el lenguaje constitucional es diverso al del *Código Civil*, en cuanto utiliza la expresión "modo de adquirir la propiedad", que el texto de Bello no emplea, si bien tal expresión es coherente con el paso inicial del artículo 588 del *Código*: "El dominio (que se llama también propiedad)..." , aunque en el mismo artículo 19 número 23 puede leerse el giro "adquirir el dominio", cuando se garantiza a todas las personas: "La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes"⁶⁰. Pero más trascendente que ello lo es una diferencia dogmática reflejada en el lenguaje definitorio del contenido de la propiedad. En efecto, Bello, con una clara cercanía a la tradición clásica romana, si bien en el artículo 588 define al dominio o propiedad como un "derecho real", aclaraba que él lo era "en una cosa corporal", y que respecto de tal cosa aquel derecho real importaba "gozar y disponer de ella"; es decir, de la "cosa", mientras que en el texto constitucional se operaban en esta materia dos alteraciones de importancia: a) las posibilidades de aprovechamiento ahora se predicar, no de la cosa, sino de la misma "propiedad" y b) se restablece la trilogía romana de posibilidades de aprovechamiento: "usar, gozar y disponer de ella", mientras que en Bello la expresión "gozar" era comprensiva tanto del "uso" como del "goce", supuesto que si el goce implica aprovecharse de los frutos de una cosa, tal disfrute exige necesariamente el uso, esto es, el destinar la cosa a aquello a lo que naturalmente está dirigida sin detrimento de su sustancia (arts.

⁶⁰ Vide GUZMÁN BARRTO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, 2001, pp. 256-262, 269-273.

537, 575, 643, 644 *Código Civil*), sin perjuicio de su diferenciación, presente en el mismo título del libro II: "De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce", en cuyo enunciado no se incluye a la "disposición", supuesto que su sede propia es la del libro IV.

Reviste especial importancia el necesario complemento de la definición legal de tradición del inciso primero del artículo 670, que se contiene en su nuevo inciso segundo, pues en él se precisaba y mejoraba la redacción del anterior.

"Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales".

Este nuevo inciso reafirmaba el criterio dogmático del codificador en cuanto a que la tradición era un "modo de adquirir el dominio", y también un "modo de adquirir otros derechos reales", es decir, de aquéllos que, al tenor del artículo 576, son una especie de cosas incorporales: "Las cosas incorporales son derechos reales o personales", definidos en el inciso primero del artículo 577 y enumerados en el inciso segundo de la misma disposición, complementada con lo dispuesto en el artículo 579⁶¹.

5.1.2. De las cosas

También en esta parte el *Código Civil*, promulgado y publicado, mantuvo sin variaciones la redacción del *Proyecto Inédito*, advirtiéndose que la eliminación de la antigua restricción a las cosas "corporales" que se había operado en aquel *Proyecto*, ahora adquiriría el nuevo matiz derivado de la extensión de la "tradición" a "los otros derechos reales", es decir, a una especie de "cosas incorporales".

Igualmente resultaba interesante notar el mantenimiento del artículo 829j del *Proyecto Inédito*, ahora bajo el número 699, que señalaba que: "La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro se verifica por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario", en plena concordancia con el artículo 1.901, en cuanto éste prescribe que: "La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título".

La tradición, entonces, opera ampliamente sobre las cosas corporales y también sobre las incorporales, con la distinción de la materialidad de la entrega en lo tocante a los derechos reales y a los personales, pero, sin perjuicio de ello, ha de tenerse en cuenta que hay ciertas cosas cuya tradición no es posible, como aplicación de principios generales:

1. *Cosas inmercantiles*: el *Código Civil* no contiene una definición expresa de "cosas comerciables" y "no comerciables", aunque está distinción se encuentra claramente recibida en él por la vía de señalarse que hay cosas que

⁶¹ Vide GUZMÁN BARRTO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Santiago de Chile, 1995.

“no son susceptibles de dominio” (art. 585 inc. 1) o que hay “cosa incapaz de ser apropiada” (art. 1.105 inc. 1), o que “deja de estar en el comercio” (art. 1.670), como lo son aquéllas “que la naturaleza ha hecho *communes a todos los hombres*”, respecto de las cuales “ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas” (art. 585 inc. 1), en contraposición a aquéllas “que están en el comercio humano” (art. 2498), o a que hay “dominio de cosas comerciales” (art. 2.510 inc. 1).

Supuesto que las cosas inmercantiles “no son susceptibles de dominio” (art. 585 inc. 1, 1.105 inc. 1), es imposible la tradición respecto de ellas, pues jamás habrá quien pueda actuar como *tradente* debido a que éste “es la persona que por la tradición transfere el dominio de la cosa” (art. 671 inc. 1), precisamente, porque sólo es posible hallarse en presencia de una tradición que opere como modo de adquirir el dominio de las cosas cuando se trata de una “una entrega que el *dueño* hace de ellas a otro” (670 inc. 1). De manera que si alguien hiciera tradición de una cosa inmercantible se estaría ante un caso de tradición *a non domino*, respecto del cual operarían, entonces, las reglas de los artículos 682 y 683 y, por ende, sería preciso distinguir dos situaciones diversas:

1.1. *Tradición de otros derechos*: si eventualmente el “tradente” de una cosa inmercantible tuviera legítimamente algún derecho de uso o goce transmisible sobre una cosa inmercantible, como lo prevé el inciso segundo del artículo 585 respecto de las cosas comunes a todos los hombres, cabría aplicar el inciso primero del artículo 682. De este modo, por la citada tradición no se adquirirían “otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”.

1.2. *Exclusión de la tradición del derecho de ganar por prescripción el dominio*: si el “tradente” careciera de todo derecho de uso y goce transmisible sobre la cosa entregada tendría lugar la aplicación de la regla del artículo 683 en cuanto excluye la adquisición del “derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía”, supuesto que tal derecho sólo se “da al adquirente” por la tradición “en los casos y del modo que las leyes señalan”, y el artículo 2.498 del *Código Civil* admite “la prescripción con que se adquieran las cosas” respecto de las comerciables: “Se gana por prescripción el dominio de los bienes raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales”.

Cabe en esta cuestión tener presente también la regla, concordante con los principios generales ya explicados sobre la inmercantibilidad, contenida en el número primero del artículo 1.464 del *Código Civil* en cuanto declara que: “Hay un objeto ilícito en la enajenación:... De las cosas que no están en el comercio”, de manera que, siendo la tradición un modo de adquirir el dominio que importa la enajenación por parte del tradente (art. 671 inc. 1), no es posible hacer tradición de tales cosas.

Se trata aquí de una simple concreción de la inmercantibilidad de tales cosas mediante una regla prohibitiva, de manera que una eventual tradición de ellas constituiría un acto nulo y de ningún valor (arts. 1, 10, 1.682 inc. 1).

La aplicación del artículo 682, en cuanto a una eventual tradición de “otros derechos”, parecería como legítima excepción al principio general declarado en el número uno del artículo 1.464 en relación con el 1.682, en plena armonía con el tenor de la excepción contenida en la parte final del artículo 10 del mismo *Código Civil*; ya que tal artículo 682 representaría un expreso caso de aquéllos en los que el acto prohibido por la ley no es nulo, precisamente porque en él se ha designado “otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”⁶².

Sobre la base de la lectura que se ha hecho de las reglas relativas a la tradición y de los principios generales de la inmercantibilidad, la regla del número uno del artículo 1.464 aparece como una aplicación de tales principios.

Naturalmente es cuestión diversa de la aquí tratada la tocante a la eventual prohibición de ejecutar o celebrar ciertos actos o contratos, que pueden constituir “título translativo de dominio”, respecto de las cosas que están fuera del comercio humano, supuesto que tales actos o contratos no importan “enajenación”, como lo es la compraventa, a propósito de la cual ha de tenerse en cuenta la regla del artículo 1.810: “Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por ley”, la regla general consagrada en la parte final del artículo 1.466: “Hay asimismo objeto ilícito... y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”, y la del artículo 10: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

2. *Derechos y privilegios intransferibles*: hay en el *Código Civil* una serie de casos en los cuales se está en presencia de derechos que no pueden transferirse por acto entre vivos, tales como los de uso y habitación, respecto de los cuales el inciso primero del artículo 819 declara que: “no pueden cederse a ningún título”⁶³, o el derecho de adjudicación preferente del cónyuge superviviente en el caso del artículo 1.337 número 10, pues se declara que “no puede transferirse ni transmitirse”.

En estos casos tampoco es posible que opere aquella tradición de “otros derechos reales”, de la que trata el inciso segundo del artículo 670, ni me-

⁶² Véase sobre este punto en relación con la tradición el comentario jurisprudencial de DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Nulidad de contrato de hipoteca. Tradición de hipoteca. Nulidad y otras sanciones”, en *Revista de Derecho*, N° 200, Concepción, julio-diciembre, 1996, pp. 184-185.

⁶³ Cfr. arts. 1.618 número 9, 1.916 inciso 1, 2.466 inciso final.

nos de la tocante a la "de los derechos personales que un individuo cede a otro", de la que se ocupa el artículo 699; porque, al tenor de la definición legal de tradición contenida en el inciso primero del artículo 670 y de la definición de *tradente* ofrecida en el artículo siguiente, no es posible cumplir con la exigencia de "transferir" un derecho de una persona a otra.

En tal sentido, este mismo principio es recogido en el número segundo del artículo 1.464, cuando declara que: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: ... De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona".

Distintos de los casos anteriores, en los cuales se está frente a situaciones de prohibiciones legales de enajenar, son aquellos en los que se presenta una "cláusula" o "pacto de no enajenar" en los eventos en que aquélla o éste son permitidos⁶⁴, cuyos efectos vienen señalados en la misma ley.

Tales supuestos en el *Código Civil* son los siguientes: a) el caso excepcional de la propiedad fiduciaria "cuando el constituyente haya prohibido la enajenación", porque el inciso segundo del artículo 751 declara que, en tal caso, la propiedad fiduciaria "no será, sin embargo, enajenable entre vivos"; b) el legado "de una cosa con calidad de no enajenarla", pues, al tenor del artículo 1.126, si: "la enajenación no comprometiere ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita", de guisa que la tradición será válida; c) la donación, cuando en la escritura pública ("inscripción exigida") se "ha prohibido al donatario enajenarlas", en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 1.432, la resolución, rescisión y revocación de la donación dará acción contra terceros poseedores y si el donante no ejerciere tal acción "podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido a la fecha de la enajenación", regla que importa reconocer una suerte de ratificación de la tradición por el no ejercicio de la acción; d) la situación del "pacto de no enajenar la cosa arrendada, aunque tenga la cláusula de nulidad de la enajenación", porque aquí, al tenor del artículo 1.964, la tradición es válida, ya que tal cláusula "no dará derecho al arrendatario sino para permanecer en el arriendo, hasta su terminación natural"; e) el "pacto de no enajenar la finca censuada", de acuerdo con el inciso primero del artículo 2.031, "no vale" y: "Toda estipulación en contrario, se tendrá por no escrita", de modo que su tradición sería válida; f) el pacto de no enajenar los bienes gravados con hipoteca no obsta a la validez

de la tradición, pues, al tenor del artículo 2.415: "El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario".

5.1.3. Y consiste en la entrega

Téngase nuevamente en cuenta aquí que el núcleo de la tradición dominical o de otros derechos toma su consistencia ("consiste") del "hecho de la entrega" (*factus tradendi*), es decir, en la base de la tradición, concebida exclusivamente como "modo de adquirir", continúa hallándose un "hecho" (*factus tradendi*), que implica el traspaso de una cosa de manos de una persona a otra; pues, ella "consiste en la entrega", tal cual, naturalmente, lo afirma toda la doctrina chilena⁶⁵, y que expresa, desde su primera formulación por Alessandri Rodríguez, mediante la frase: "Siempre que hay tradición, hay entrega"⁶⁶.

⁶⁴ CHACÓN JACINTO, *Exposición razonada y estudio comparado del Código Civil chileno*, II, Valparaíso, 1878, p. 160: "Lo que caracteriza la tradición es la entrega efectiva de la cosa"; VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado por...*, III, Santiago de Chile, 1894, p. 101: "Según nuestra legislación, lo que caracteriza a la tradición es la entrega efectiva de la cosa"; URRUETA, Leopoldo, *Explicaciones de Código Civil. (Clase de don Leopoldo Urrutia) por Oscar Dávila I. i Royal Cañas O. R. De las obligaciones en general i de los contratos*, Santiago de Chile, 1907, p. 259: "La tradición no es sino una clase de entrega"; RAMÍREZ, Tomás, *Explicaciones de Derecho Civil dadas por Don Tomás A. Ramírez, Primer Año. Apuntes tomados por Alfredo Avales y Francisco de la Carrera*, Santiago de Chile, 1907, p. 322: "De esta definición, como del significado etimológico de la palabra, se deduce que la tradición es fundamentalmente una entrega"; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Compra-Venta i de la Promesa de Venta*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1917, tomo I, nr. 824, p. 843: "Toda tradición supone entrega, sea real o ficta"; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, VII, *De los bienes*, I, Santiago de Chile, 1932, nr. 729, p. 278: "Consistiendo la tradición en el hecho de la entrega..."; PESCO VARGAS, Victorio, *Manual de Derecho Civil. De la copropiedad-De la propiedad horizontal y de la posesión*, IV, Santiago de Chile, 1951, nr. 883, p. 287: "Por una parte, mediante la entrega -que constituye su elemento materialístico- pone al adquirente en contacto físico con la cosa..."; PENNABUO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes (La propiedad y otros derechos reales)*, Santiago de Chile, 1979, nr. 96, p. 115: "El código, en la definición del art. 670, prescribe que la tradición consiste en la entrega... Efectivamente, el elemento central, que da consistencia a la tradición, es la entrega del objeto tradido", y en nr. 106, p. 122: "Más que un requisito, la entrega es en realidad el elemento sustantivo de la tradición, alrededor del cual han de cumplirse las demás exigencias anotadas"; ROZAS VIAL, Fernando, *Los bienes*, Santiago de Chile, 1998, nr. 171, p. 159: "Siempre que hay tradición, hay entrega real o simbólica"; VIAL DEL RÍO, Víctor, *La tradición y la prescripción adquisitiva como modo de adquirir el dominio*, 2ª ed., Santiago de Chile, 2003, pp. 3-4: "La tradición que permite la adquisición del dominio, y que es la definida por la ley, supone siempre la entrega de una cosa de manos del tradente a las del adquirente".

⁶⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Derecho Civil. Primer Año (Tomo Segundo)*, *De los Bienes. Versiones tequigráficas tomadas en la clase de Derecho Civil del Señor Arturo Alessandri Rodríguez*, Santiago de Chile, 1933, p. 91

Supuesto lo anterior, en toda la parte siguiente de la definición legal el codificador precisa los elementos que califican jurídicamente a dicho *factus tradendi* como "modo de adquirir" y que, por ende, lo separan y distinguen de cualquier otro "hecho de la entrega", cuyo efecto no sea dominical o de adquisición de otros derechos reales.

A regular cómo deba realizarse este *factus tradendi*, en el cual "consiste" la tradición, destina el *Código Civil* los artículos comprendidos entre el 684 y el 699.

5.1.4. Que el dueño hace de ellas a otro

Éste es el primer elemento que califica jurídicamente al hecho de la entrega (*factus tradendi*) como un "modo de adquirir" el dominio u otros derechos reales, separándola, en consecuencia, de todas aquéllas otras entregas no realizadas por el dueño o titular de otro derecho real.

La Comisión Revisora mantenía sin variaciones este paso de la definición legal, que ratificaba el criterio de una "tradición dominical", desde el momento en que debía ser acto del dueño, en plena armonía con la definición de "tradente" que se conservaba, sin alteraciones, en el inciso primero del artículo 671; sin olvidar, que las expresiones "dueño" y "tradente" ahora habían de entenderse complementadas por el inciso segundo del artículo 670, para comprender en ellas al titular de "otros derechos reales" sobre la cosa entregada, en concordancia con el artículo 682, y con la de aquel que "transfere" el "derecho de ganar por prescripción", de acuerdo con el artículo 683.

Es la condición de dueño de la cosa entregada, la primera circunstancia calificatoria de la tradición en "cuanto modo de adquirir". En tal sentido dicha persona "se llama tradente", al tenor del paso inicial del inciso primero del artículo 671, supuesto que "es la persona que por la tradición transfere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre", debiendo entenderse esta última precisión en cuanto la entrega puede ser realizada por un mandatario o representante legal del dueño, de acuerdo con los incisos segundo, tercero y cuarto del referido artículo 671.

Así, entonces, este primer elemento calificador de la entrega puede expresarse como regla que, en cierto modo, refleja el principio romano *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*⁶⁷:

⁶⁷ Este principio, originariamente referido a la *mancipatio*, pero aplicable también a la *traditio* se recogía en un pasaje de Ulpiano, D. 41.1.20pr: "Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transferit; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transferit" ("La tradición no debe ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega. Si, pues, uno tuvo el dominio sobre un fundo, lo transfere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfere nada al que lo recibe". El mismo principio, originalmente referido a la

REGLA PRIMERA: "Si la entrega de la cosa no es realizada por el dueño, su mandatario o representante legal, no se está en presencia de una tradición entendida como modo de adquirir el dominio".

Veamos el campo operativo de esta regla y algunos casos en los que ella se concreta, como corolarios suyos:

1. *La calidad de dueño o de titular de otro derecho real se exige respecto de la entrega y no en cuanto al título translativo de dominio*: este campo operativo ceñido al *factus tradendi* halla su razón de ser en el sistema causado de adquisición dominical adoptado por el codificador, una de cuyas consecuencias más claras es la de haber rechazado el criterio del *Code Civil*, de raigambre romano-vulgar, que atribuía efectos reales a los contratos.

La operatividad de la regla en el espacio propio de la entrega y no del título translativo de dominio, se concreta en una serie de disposiciones del *Código Civil*, que no constituyen más que corolarios de ella.

COROLARIO PRIMERO: La venta de cosa ajena vale, pero en tal caso la entrega de la cosa vendida no constituye un "modo de adquirir el dominio".

Artículo 1.815: "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo (sic)". Al tenor del inciso primero del artículo 675 es "la venta" un título translativo de dominio, en plena armonía con el inciso tercero del artículo 703 y con el artículo 684 número 5. La venta, entonces, puede ser celebrada por quien no es dueño de la cosa, y el régimen jurídico de este contrato sobre "cosa ajena" tiene fijada su disciplina en el referido artículo 1.815, y en los demás tocantes a la obligación de saneamiento. Si, vendida una cosa ajena, tal vendedor "la entrega" a su comprador, dicho *factus tradendi* no puede ser calificado de una tradición en cuanto "modo de adquirir", supuesto que no ha sido realizado por el dueño y, por ende, no se ha presentado el primer elemento que califica jurídicamente a la entrega como tradición dominical.

COROLARIO SEGUNDO: La constitución de un título translativo de dominio por un coasignatario respecto de una cosa que no le es adjudicada en la partición vale, pero la entrega fundada en él no constituye un "modo de adquirir el dominio".

Artículo 1.344 inc. 2º: "Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena". Hay en este artículo una simple aplicación de la distinción entre el título translativo de dominio;

transferencia de una herencia, se recibía como regla en *Digesto* 50.17.54: "Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet" ("Nadie puede transferir a otro más derecho que el tenido por él").

porque parte del supuesto de existir un "título de enajenación" (art. 684 N° 5), que es el que convino el coasignatario a quien finalmente no se adjudicó el bien que fue objeto de él, y la adquisición por el tercero en virtud de la entrega. Su disciplina, pues, es la misma que se sentó para la venta de cosa ajena en el artículo 1.815.

COROLARIO TERCERO: La permutación de cosas ajenas vale, pero la entrega de ellas no constituye un modo de adquirir el dominio.

Artículo 1.899 inc. 1°: "No pueden cambiarse las cosas que no pueden venderse". La permutación es también un "título translativo de dominio" (arts. 675 inc. 1, 703 inc. 3, 1.912) que, al referirse a cosas ajenas, tiene el mismo régimen que el señalado para la venta de cosas ajenas, en virtud de la regla contenida en el artículo 1.900: "Las disposiciones relativas a la compra-venta se aplicarán en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato" y, por ende, adviene aplicable la regla del artículo 1.815.

COROLARIO CUARTO: La donación con causa onerosa de una cosa que se sabe ajena vale, pero la entrega que la sucede no constituye "modo de adquirir el dominio".

Artículo 1.423 inc. 1°: "Las donaciones con causa onerosa no dan acción de saneamiento por evicción, sino cuando el donante ha dado una cosa ajena a sabiendas". La donación entre vivos constituye también un "título translativo de dominio" (arts. 675 inc. 1, 677, 684 N° 5, 703 inc. 3), que cuando es con causa onerosa respecto de cosas ajenas halla su disciplina en este artículo 1.423.

COROLARIO QUINTO: El acuerdo de dar y recibir en pago una cosa ajena vale, pero la entrega subsecuente no constituye un "modo de adquirir el dominio".

Artículo 1.575 inc. 1°: "El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño". Esta regla debe entenderse, naturalmente, sólo respecto de aquellas obligaciones de dar constituidas en un título translativo de dominio específico⁶⁸, pues en tal caso dicho pago se verifica mediante un *factus tradendi*, que constituye una tradición que hace adquirir el dominio a aquél que recibe la cosa pagada, sólo en cuanto quien le pagó era dueño, pues de lo contrario el pago "no es válido", es decir, no liberó al deudor de su obligación y puede, en consecuencia, exigírsele. Así, esa entrega no fue una "tradición dominical" y al haberse hecho por quien no era

dueño, se trata de una entrega de cosa ajena, que será inoponible al verdadero dueño, sin perjuicio de que quien recibió la cosa pagada haya adquirido "el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía" (art. 683).

Artículo 1.575 inc. 3°: "Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar". En este caso, supuesta la naturaleza propia de las cosas "fungibles" (art. 575), la entrega de ellas no hace adquirir el dominio a quien las recibe en pago y, por lo tanto, su dueño conserva el dominio de las especies entregadas, pero sólo le es posible reivindicarlas mientras conserven su identidad o no hayan sido consumidas. Una regla semejante se recibe en el artículo 2.202, que se explica más abajo.

COROLARIO SEXTO: El título translativo de dominio constituido por los herederos del comodatario respecto de la cosa comodada vale, pero la entrega realizada en virtud de él no constituye un "modo de adquirir el dominio".

Artículo 2.187 inc. 1°: "Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa prestada, podrá el comodante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo ésta ineficaz) exigir de los herederos que le paguen el justo precio de la cosa prestada o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación le competen, según viere conveniente". Es también esta disposición una aplicación de la regla que diferencia entre el "título translativo de dominio", pues se pone en el caso de la existencia de cualquier "título de enajenación" (art. 684 N° 5), y la tradición, supuesto que los referidos herederos no son dueños de la cosa comodada a su causante y, en consecuencia, han podido constituir un título translativo de dominio, pero ello no obsta a que, en todo caso, hallan entregado una cosa ajena, de modo que dicho *factus tradendi* no opera como "modo de adquirir el dominio", y es tal la razón, por la cual el comodante, dueño de ella, cuenta con la acción reivindicatoria para reclamarla.

COROLARIO SÉPTIMO: El mutuo celebrado respecto de cosas ajenas vale, y la entrega no constituye una tradición en cuanto "modo de adquirir el dominio". Artículo 2.202 inc. 1°: "Si hubiere prestado el que no tenía derecho de enajenar, se podrán reivindicar las especies, mientras conste su identidad". El mutuo es un contrato real cuya finalidad es "cierta cantidad de cosas fungibles" (arts. 1.443, 2.196), que no se perfecciona "sino por la tradición, y la tradición transfere el dominio" (art. 2.197), de manera que si quien celebra un contrato de mutuo ("título translativo de dominio", v.gr. art. 677)⁶⁹ es dueño

⁶⁸ Era explicable esta regla en el derecho romano clásico en cuanto existía la *stipulatio* como causa de obligaciones, entre ellas la de *darí*, más en el derecho actual, es difícil hallar una causa o fuente autónoma de obligación de dar en sí misma. Así, no procede, pues, su aplicación en cuanto a la compra-venta, y en una interpretación amplia sí cabría en relación con la donación.

⁶⁹ Es la *iusta causa romana pro creditore*.

de las especies que entrega, tal *factus tradendi* opera como "modo de adquirir el dominio", pero si no es dueño la entrega no constituye una tradición dominical. Por esto, quien recibe las especies no se hace dueño de ellas y está sujeto a la acción reivindicatoria por parte del dueño. Nótese que lo reivindicable son "las especies, mientras conste su identidad", debido al carácter de fungibles de las cosas objeto de este contrato (art. 575), y por ello esta regla está en plena armonía con la del inciso tercero del artículo 1.575, pues la adquisición del dominio se produce aquí por una suerte de "confusión".

COROLARIO OCTAVO: La transacción con quien es poseedor aparente de un derecho es inoponible a su titular, y la eventual entrega no constituye "modo de adquirir el dominio".

Artículo 2.452: "No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen". La transacción, en ciertos casos, constituye un "título translativo de dominio" (art. 703 inc. 3). Hay aquí una regla excepcional que, en todo caso ha de entenderse en relación con la del inciso final del artículo 2.456: "Si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho".

2. *Si la entrega la realiza un mero tenedor de la cosa, ese "factus tradendi" no constituye un "modo de adquirir el dominio"*: diversas son las posibilidades de un mero tenedor que realiza la entrega de una cosa de la cual no es dueño, pero en todas ellas, jamás dicho *factus tradendi* constituye un "modo de adquirir el dominio". En todo caso, los eventuales efectos no dominicales que el derecho reconozca a dicha entrega no dependerán de la ausencia de dominio en el mero tenedor de la cosa entregada, sino de la concurrencia de otros elementos de calificación jurídica de la entrega, particularmente de la naturaleza del título en el cual se funda dicha entrega.

Un mero tenedor (art. 714) puede, en virtud de un "título de mera tenencia", entregar una cosa ajena, en cuyo caso quien la recibe solamente se constituye en mero tenedor. Tal sería el caso del arrendatario que subarrienda la cosa que tenía arrendada, siempre y cuando se hallare expresamente facultado para subarrendar de acuerdo con el artículo 1.946, o el de aquél que entrega en comodato una cosa perdida, hurtada o robada, al tenor del artículo 2.183 en sus tres incisos finales.

Caso diverso es el del mero tenedor (art. 714) que teniendo "la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella" (art. 730) y enajena "a su propio nombre la cosa", pues aquél que la recibe "adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior" (art. 730); en cuyo evento se está frente al caso de una tradición que da "el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía" (art. 683), precisamente en la circunstancia delimitada por la parte final del artículo 683, pues quien realizó la entrega carecía de tal derecho.

3. *Si la entrega la realiza el poseedor de la cosa, la tradición no constituye un "modo de adquirir el dominio"*: al igual que en el caso anterior, una entrega realizada por un poseedor no constituye "modo de adquirir el dominio", y los otros efectos que el derecho le reconoce dependen de un elemento de calificación jurídica diverso, normalmente de la naturaleza del título en virtud del cual se realiza la entrega.

Si el poseedor realiza la entrega de la cosa que posee en virtud de un "título no translativo de dominio", tal entrega solamente vuelve mero tenedor al que la recibe, pues por ella el poseedor no pierde su posesión. Es la regla del artículo 725: "El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquier otro título no translativo de dominio".

A diferencia del supuesto anterior, cuando el poseedor entrega la cosa fundado en un "título translativo de dominio" se está en presencia de una tradición que da a quien ha recibido la cosa "el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía" (art. 683).

4. *Si la entrega la realiza quien no es mandatario del dueño, ese "factus tradendi" no constituye un modo de adquirir el dominio*: esto es así porque se faltaría a lo dispuesto en los incisos segundo y final del artículo 671, debiendo, en consecuencia, aplicarse las reglas generales tocantes al mandato y, eventualmente a la agencia oficiosa, para fijar la disciplina de cada supuesto concreto que se ofreciese.

Si quien entrega la cosa no es mandatario del dueño y la realiza a nombre de éste se cae en la disciplina de la agencia oficiosa (arts. 2.286 a 2.294) y tal entrega no habrá operado como "modo de adquirir el dominio", sin perjuicio de la posibilidad posterior de ratificación, por parte del dueño, de lo obrado por el agente oficioso.

Si se trata efectivamente de un mandatario del dueño es necesario que obre "dentro de los límites de su mandato" (art. 674), de manera que si se excede de sus términos, dicha tradición no opera como "modo de adquirir el dominio"; y quien recibe la cosa sólo estaría en el evento de haber adquirido "el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía" (art. 683); pues la tradición sería "inválida", entendiéndose con ello que es inoponible al mandante, pues le habría entregado una "cosa ajena". Este caso puede admitir la peculiaridad de haberse tratado de una actuación del mandatario "que por una imperiosa necesidad sale de los límites de su mandato", en cuya situación "se convierte en un agente oficioso" (art. 2.122) y, por ende, puede dicha entrega llegar a operar el efecto de "adquisición del dominio" de acuerdo con las reglas fijadas en los artículos 2.286 a 2.294 del Código Civil.

5. *Si la entrega la realiza quien no es representante legal del dueño, ese "factus tradendi" no constituye un modo de adquirir el dominio*: porque también se faltaría a lo

dispuesto en los incisos segundo y final del artículo 671, debiendo, en consecuencia, aplicarse las reglas generales tocantes a la actuación de los representantes legales.

En el caso de los tutores y curadores, por ejemplo, pueden distinguirse diversas situaciones: a) que la entrega sea realizada antes del discernimiento de la tutela, en cuyo caso, lo que realiza el pretendido tutor es nulo (art. 377), sin perjuicio de la excepción que consagra el mismo artículo 377: "pero el discernimiento, una vez otorgado, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo", de modo que tal *factus tradendi* no constituye una tradición en cuanto "modo de adquirir el dominio", aunque pueda eventualmente llegar a serlo; b) que la entrega sea realizada por un tutor o curador que no lo es "verdaderamente, pero creyendo serlo", en cuyo caso: "sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja" (art. 426 inc. 1°); c) que la entrega hubiera sido realizada por alguien que actuó "de mala fe, fingiéndose tutor o curador" (art. 426 inc. 3°), en cuyo caso tampoco se está frente a una tradición que opere como "modo de adquirir el dominio" y el que recibió la cosa podrá, eventualmente, haber adquirido "el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía" (art. 683).

5.1.5. Habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio

La Comisión Revisora agregó en este pasaje de la definición la expresión "facultad e", de tal manera que ahora se comprendería dentro de la noción legal de tradición una doble exigencia en el tradente, a saber: i) que tuviera "la facultad de transferir el dominio" y ii) que tuviera "la intención de transferir el dominio".

Esta doble exigencia continuaba necesariamente vinculada con la concepción de una tradición exclusivamente dominical o de derechos. La inclusión de la necesidad de haber "facultad" de transferir el dominio quedaba ahora ligada de forma dogmática con los artículos 671, 672 y 674, en los cuales la Comisión Revisora había tratado especialmente de dicha "facultad" como "condición de validez" de la tradición y que en el *Proyecto Inédito* no aparecía recogida en la definición legal.

De esta manera, el codificador incluía un segundo elemento de calificación jurídica de una entrega en cuanto "modo de adquirir el dominio". Este elemento era doble, pues, exigía la "facultad" y la "intención" de transferir el dominio.

1. La "facultad de transferir el dominio": el entendimiento de esta condición contenida en la definición de tradición del artículo 670 exige previamente determinar cuál es su campo operativo, y una vez establecido se impone su lectura e interpretación.

Este elemento, que califica jurídicamente a una entrega en cuanto "modo de adquirir el dominio", puede expresarse también como regla:

REGLA SEGUNDA: "Si la entrega de la cosa es realizada por el dueño, su mandatario o representante legal, que carecen de la facultad de enajenar no se está en presencia de una tradición entendida como modo de adquirir el dominio".

Veamos, también, el campo operativo de esta regla y algunos casos en los que ella se concreta, como corolarios suyos:

a) *La facultad de transferir el dominio se exige específicamente respecto de la entrega y no en cuanto al título translativo de dominio*: no sólo de la redacción de la definición contenida en el inciso primero del artículo 670 sino, también, de sus antecedentes histórico-dogmáticos, aparece que esta exigencia está referida al "hecho de la entrega", en cuanto la tradición "consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro", y es respecto de ella que se predica la necesidad de haber la "facultad de transferir el dominio".

Si se leyera esta disposición en cuanto a que estuviera referida a la constitución del "título translativo de dominio", surgiría la necesidad de distinguir, al menos, dos situaciones diversas, a saber: a) la de quien, por no ser dueño de la cosa, pudiera entenderse que carecería de la "facultad de transferir el dominio", en cuyo caso este entendimiento pugnaría con el sistema general del *Código Civil* que admite la constitución de títulos translativos de dominio sobre cosas ajenas, cuyo ejemplo más típico es el de la compra-venta; b) la de quien, siendo dueño, carece de la capacidad para convenir el "título translativo de dominio", situación ésta que se solucionaría de acuerdo con las reglas generales tocantes a los actos y declaraciones de voluntad, que importarían la nulidad de dicho "título" y, por ende, la exigencia del artículo 670 simplemente reiteraría un principio general.

Además, convendría reparar aquí, aunque son reglas en sede posesoria, en el artículo 704 número 3° que declara no ser justo el título: "Que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por un decreto judicial, no lo ha sido".

Sin perjuicio de lo anterior, referir al "título" la exigencia de la citada "facultad" dejaría sin solución legal aquellos casos en los cuales, habiéndose constituido un título translativo de dominio plenamente válido, la entrega fuera realizada posteriormente por quien careciera de dicha facultad, como un incapaz relativo que, sin la intervención de su representante legal, entregara la cosa debida.

En resumen, ha de afirmarse que el codificador no tenía necesidad de fijar reglas singulares en cuanto a la capacidad o facultad para convenir el "título translativo de dominio", supuesto que su régimen se hallaba fijado en aquellas generales que el mismo *Código* había establecido al tratar de los "actos y declaraciones de voluntad" y en las particulares sentadas para cada uno de los actos que constituyen "títulos" concretos. Pero sí resultaba

necesario fijar las condiciones que gobernaban el *factus tradendi*, sobre todo cuando la entrega se difería en el tiempo y podía ser realizada por un incapaz.

b) *La facultad de transferir el dominio está referida al dueño, su mandatario o su representante legal*: supuesto que es condición de la tradición, en cuanto modo de adquirir el dominio, que ella sea realizada por el dueño, es respecto de éste de quien predica la definición del artículo 670 el que haya la "facultad de transferir el dominio", pero también respecto de sus mandatarios o representantes legales, en cuanto lo dispuesto por los incisos segundo y final del artículo 671.

La inclusión en la definición legal de tradición de esta exigencia de la "facultad" se explica porque ella viene a recoger la condición de "validez" de la tradición expresada en el actual artículo 672, y que corresponde al antiguo 808 del *Proyecto Inédito* y al 810 del *Proyecto* de 1853.

En efecto, queda explicado en su lugar que el actual inciso primero del artículo 672 exige para la validez de la tradición que sea "hecha voluntariamente por el tradente o por su representante", y que tal regla opera en el campo de las actuaciones de los incapaces relativos; pues son éstos los que, no obstante ser dueños, carecen de la "facultad de transferir el dominio", de manera que si de hecho realizan la entrega, ella adolece de un vicio cuya sanción es la nulidad relativa, y puede, en consecuencia, "validarse" retroactivamente "por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa", ya sea "como dueño o como representante del dueño", al tenor del inciso segundo de la misma disposición.

c) *Respecto del dueño la facultad de transferir el dominio equivale a la facultad de enajenar y, en cuanto tal, corresponde a su capacidad de ejercicio*: como ya queda establecido sólo el dueño puede realizar una entrega que constituya el "modo de adquirir el dominio" denominado tradición, de manera que no es lógico ni coherente identificar esta exigencia de "facultad de transferir el dominio" con la condición de dueño de la cosa entregada, pues sería una lectura inútil de esta disposición, ya que no produciría efecto propio alguno⁷⁰ y, además, podría llevar a sostener que esta exigencia no es predicable de los mandatarios y representantes legales.

Hay autores que defienden la opinión que se ha desechado en el párrafo anterior. Entre ellos Rozas Vial quien, al tratar de los "requisitos del tradente para que pueda transferir el dominio", afirmaba que: "Debe tener la facultad de transferir el dominio. Esto significa que debe ser dueño de la cosa o

del derecho que transfere. Si el tradente no es dueño de la cosa, la tradición no es nula sino que no transfere el dominio"⁷¹ y Vial del Río:

"Facultad en el tradente de transferir el dominio. Este requisito, expresamente contemplado en la definición de tradición del artículo 670, significa que para que la tradición transfiera el dominio el tradente debe ser dueño de la cosa o del derecho real de que se trata. Sólo el dueño tiene la facultad o aptitud jurídica de transferir el dominio... Como consecuencia de ser la tradición un modo de adquirir el dominio derivativo, sólo transfere el dominio si el tradente es dueño"⁷²,

idea que reitera en otro lugar: "En nuestro concepto, cuando la ley dice que en el tradente debe haber facultad de transferir el dominio, se refiere a que éste debe ser dueño"⁷³.

El silogismo anterior es, en realidad, un paralogismo, que no toca a la cuestión discutida, supuesto que envuelve la identificación de dos nociones diversas, a saber: la "titularidad" del derecho de dominio, y la "facultad" de transferirlo o de "enajenar" la cosa, distinción ésta que, por lo demás, reconoce el mismo *Código Civil*, por ejemplo, en el sutilísimo inciso primero de su artículo 1.084: "La asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día."

Naturalmente sólo quien es titular del derecho de dominio puede hacer dueño a otro, pero su titularidad no implica, necesariamente, que cuente siempre con la "facultad" de realizar la transferencia o enajenación. Así, sólo el dueño incapaz absoluto puede transferir el dominio, aunque no esté facultado para realizarlo en forma personal, sino a través de su respectivo representante, y lo mismo en cuanto al incapaz relativo; pues, en tales casos quien está "facultado" por ley para actuar por el incapaz es su representante quien, también debe tener la citada "facultad" concreta de transferir al tenor del artículo 674, de manera semejante a los mandatarios.

Así, la condición de dueño para que opere la tradición dominical es exigencia diversa de la "facultad de transferir el dominio", que también ha de concurrir en el citado dueño y que, en consecuencia, equivale a su capaci-

⁷⁰ El principio de "utilidad" de la interpretación está recibido en el *Código Civil* a propósito de la interpretación de las cláusulas contractuales en el artículo 1.562 y, en cierto modo, en la interpretación legal de acuerdo con el inciso primero del artículo 22.

⁷¹ Rozas Vial (n. 65), nr. 176, p. 163. A pesar de esta identificación, también agrega, en el mismo lugar, que el tradente: "Debe tener capacidad de ejercicio. Si no tiene capacidad de ejercicio, la tradición, que es un acto jurídico, es nula".

⁷² Vial del Río (n. 65), p. 34.

⁷³ *Op. cit.*, p. 36.

dad de ejercicio, tal cual lo ha entendido nuestra más sana doctrina⁷⁴. Del mismo modo, ha de conectarse lógicamente esta exigencia de "facultad" en el dueño con lo prescrito en el artículo 672 del *Código Civil*, pues en dicha palabra utilizada en la definición legal se compendia su contenido. De manera que si la tradición la realiza un incapaz relativo ella, de acuerdo con las reglas generales, puede ser ratificada por el mismo incapaz cuando haya dejado de serlo o por su representante legal debidamente facultado.

Esta exigencia se concreta en el caso del "pago en que se debe transferir la propiedad" (art. 1.575 inc. 1), pues no sólo se requiere que quien paga sea "dueño de la cosa pagada" sino, también, supone que "el que paga tiene facultad de enajenar" (art. 1.575 inc. 2º), de manera que si ha sido un incapaz relativo quien ha pagado, tal pago adolece de nulidad relativa y, por ende, puede ser ratificado, al tenor del artículo 672, pues aquella tradición "que al principio fue inválida... se válida retroactivamente por la ratificación", precisamente de aquel "que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño", con la lógica excepción consagrada en el inciso final del artículo 1.575 debido a la especial naturaleza de los bienes fungibles.

d) *Respecto del mandatario o del representante legal del dueño, la facultad de transferir el dominio equivale a obrar dentro de los límites del mandato o de su representación legal, es decir, deben actuar debidamente autorizados:* aquí la palabra "facultad" utilizada en la definición legal se refiere directamente a la regla del artículo 674 del mismo *Código Civil*, en cuanto en ella se prescribe que: "Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal", precisamente porque, al tenor del inciso final del artículo 671: "La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por el o a el respectivo mandante".

e) *Si el dueño carece de facultad para transferir el dominio la tradición no es válida, pero puede ser ratificada:* es la regla general consagrada en el artículo 672 del *Código Civil*, precisamente porque aquí a la tradición, en cuanto *factus tradendi*, hecha en forma personal por un incapaz relativo no puede el derecho reconocerle efectos jurídicos y, asimilándola al régimen general de sus actos y declaraciones de voluntad, habría de decirse que ella adolece de "nulidad relativa", de acuerdo con la regla general sentada en el inciso final artículo 1.682. Así, esta tradición que adolece de nulidad relativa, puede, al tenor del inciso segundo del artículo 672, validarse "retroactivamente por la ratificación", en plena coherencia con la regla general expresada en el artículo

1.684: "La nulidad relativa... puede sanearse por el lapso de tiempo (sic) o por la ratificación de las partes".

Esta lectura es, por lo demás, coherente con las reglas tocantes a la "injusticia" del título en sede posesoria derivada de un vicio de nulidad, susceptible de ser ratificado. En efecto, el artículo 704 en su número 4º prescribe que no es justo título "El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por un decreto judicial, no lo ha sido", si bien aquí la palabra "enajenación" debiera hacerla equivalente de "tradición", más bien pareciera referida al "título". En todo caso, la regla del artículo 705 explica su campo operativo en relación con el título: "La validación de un título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título".

En cuanto a la referida "ratificación", según el mismo inciso segundo del artículo 672, es preciso distinguir dos supuestos diversos, a saber: i) los casos en que puede ser prestada por el "que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño" y ii) las situaciones en las que puede prestarla quien tiene "facultad de enajenar la cosa" en cuanto "representante legal del dueño".

i) *Ratificación por el "que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño":* esta posibilidad puede ofrecerse hoy día respecto del propio incapaz relativo después que se hubiera hecho capaz.

En el sistema originario del *Código Civil* también operaba respecto del marido administrador de la sociedad conyugal, cuando la tradición, en cuanto *factus tradendi*, la hubiera hecho la mujer "sin voluntad" del marido, supuesto que ella era incapaz relativa y era el marido quien tenía la "facultad de enajenar como dueño", ya que se prescribía que: "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio". Por ello se prohibía expresamente a la mujer "sin autorización del marido... enajenar", de guisa que si lo hacía, tal acto adolecía de nulidad relativa y, en consecuencia, podía ser ratificado por el marido, de acuerdo con una regla expresa que rezaba: "El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado a su mujer".

ii) *Ratificación por el que tiene "facultad de enajenar la cosa" en cuanto "representante legal del dueño":* éste es el caso, al tenor del inciso tercero del artículo 1.447 de: "Los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo". En el primer caso la ratificación ha de prestarla el padre o la madre, como se reconoce en el artículo 261, y en el segundo la ratificación ha de prestarla el curador del disipador.

f) *Si el mandatario o representante legal carecen de facultad para transferir el dominio la tradición no es válida, pero puede ser ratificada:* esta regla no es más que aplicación de principios generales, como el contenido en el artículo 2.160 a propósito del mandato.

⁷⁴ CLARO SOLAR, Luis, *Esquemas de Derecho Civil. Primer Año. Tomadas en clase de don Luis Claro Solari. Por Eduardo Vargas S. i Alberto Vergara V.*, Santiago de Chile, 1906, nr. 529, p. 241; CLARO SOLAR (n. 65), nr. 714, pp. 260-261; PESCO VARGAS (n. 65), nr. 895, pp. 328-329; PERALILLO AREVALO (n. 65), nr. 97, p. 117.

La lectura que aquí se ofrece acerca de la palabra 'facultad', contenida en la definición legal de la tradición, directamente conectada con el artículo 672 y la posibilidad de la "ratificación" cuando en ella han intervenido incapaces relativos, no es compartida por la generalidad de la doctrina chilena que, frente a tal disposición, manifiesta las siguientes opiniones:

i) *Artículo 672 como regla general de la voluntad en los actos jurídicos*: el inciso primero del artículo 672 exige "para que la tradición sea válida" que sea "hecha voluntariamente por el tradente o su representante", y en su inciso segundo dispone que: "Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño".

Nuestra doctrina más tradicional, probablemente influida por Pothier, interpreta este artículo 672 como aquel en el cual se exige como "elemento" o "condición" de validez de la tradición "el consentimiento de las partes", tal cual lo había explicado el autor francés⁷⁵; a pesar de que Bello no siguió en esta materia a Pothier, según se ha explicado, pues nunca consideró esta condición para la validez de la tradición⁷⁶. Sobre la base de tal lectura resultó muy explicable que se encasillara a la tradición dentro de la concepción general del "acto jurídico". Así era explicada como un acto jurídico en el que debía concurrir un consentimiento libre y exento de vicios, de suerte que si tal consentimiento libre faltaba la tradición no era válida (art. 672 inc. 1), pero, posteriormente, podía ser ratificada por el dueño o su representante (art. 672 inc. 2).

Luis Claro Solar, en 1906, al explicar la tradición sostenía que: "La tradición es el modo de adquirir más frecuente en la vida. Sus elementos son cuatro: tradente, adquirente, consentimiento y título"⁷⁷, y al tratar del consentimiento afirmaba que él: "En la tradición es el acuerdo entre las dos voluntades, la una en desprenderse del dominio i la otra de adquirirlo. Es un acto jurídico bilateral, una convención"⁷⁸, cuyas consecuencias extraña al comentar el inciso primero del artículo 672:

"Aquí 'voluntariamente' quiere decir sin vicio en el consentimiento, libre i espontáneamente. Puede suceder que la tradición no sea válida al principio por no haber habido consentimiento del tradente, por ignorar el hecho o por cualquiera otra causa análoga. Después, conocido el hecho,

⁷⁵ POTHIER (n. 9), nr. 231, p. 128, § IV "Du consentement des parties, nécessaire pour que la tradition transfère la propriété".

⁷⁶ Vide *in supra* 3.3.1 letra d)

⁷⁷ CLARO SOLAR (n. 74), nr. 526, p. 240.

⁷⁸ *Op. cit.*, nr. 533, p. 242.

puede ratificarlo. La tradición queda entonces válida retroactivamente, porque la ratificación produce ese efecto, retrotrae las cosas al momento en que se verificó el hecho"⁷⁹.

Claro Solar, en 1932, variaba en algo esta primitiva concepción, porque, aunque mantenía su opinión en cuanto a que la tradición era una "convención" y, en cuanto tal, un: "acto voluntario bilateral"⁸⁰, no señalaba al "consentimiento" como uno de sus elementos, si bien seguía afirmando que: "Dice la ley que la tradición debe ser hecha voluntariamente por el tradente, es decir, con voluntad libre y que no adolezca de vicio en su intención de transferir el dominio al adquirente"⁸¹.

La misma originaria concepción de Claro Solar podía leerse en 1907 en Ramírez Frías:

"El primer requisito indispensable para la validez de la tradición es que sea hecha voluntariamente por el tradente o su representante, y con el consentimiento del adquirente o de su representante (arts. 672, 673). De aquí resulta que la tradición, a diferencia de otros modos de adquirir, es un acto jurídico, bilateral y consensual; y por consiguiente, todo lo que hemos visto sobre el consentimiento en los actos jurídicos es aplicable también a la tradición."⁸²

Una dirección más cercana a la originaria de Claro Solar se recibía en 1912 por su hijo Claro Salas⁸³, similar a la que mantenía Barros Errázuriz: "Los siguientes son los requisitos o condiciones jurídicas necesarias para que exista la tradición: 1º concurrencia de dos partes que intervienen en la entrega, una que efectúa la entrega y que se llama tradente, y otra que recibe y se llama adquirente; 2º consentimiento de una y otra; y 3º existencia previa de un título translativo de dominio"⁸⁴. Así al detenerse en el consentimiento explicaba que:

⁷⁹ CLARO SOLAR (n. 74), nr. 533, pp. 242-243.

⁸⁰ CLARO SOLAR (n. 65), nr. 709, pp. 254-255.

⁸¹ *Op. cit.*, nr. 716, pp. 261-262.

⁸² RAMÍREZ FRÍAS (n. 65), p. 324.

⁸³ CLARO SALAS, Héctor, *Elementos de Derecho Civil en conformidad al programa universitario. Resumen en Cuadros sinópticos*, I, Santiago de Chile, 1912, p. 166. Repárese que en el prólogo se advierte que: "Esta obra ha sido revisada por el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile don Luis Claro Solar".

⁸⁴ BARROS ERRAZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil. Primer Año. Según el programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado. Explicaciones de la clase de Don...*, 3ª ed., Santiago de Chile, 1921, p. 236.

"La tradición es un acto jurídico y como tal, es un acto voluntario de las partes que en él intervienen; ellas deben prestar su consentimiento, ya comparciendo personalmente al acto, ya por medio de sus representantes, que desempeñan el papel de intermediarios. Si la tradición se efectuó sin la voluntad de las partes puede validarse posterior y retroactivamente por la ratificación de ellas o de sus representantes debidamente autorizados (672 y 673)".⁸⁵

En la doctrina chilena de mediados del siglo pasado Pescio Vargas asumió parcialmente esta concepción al afirmar que: "Nadie puede poner en duda que la tradición es un hecho, puesto que es obra del hombre y es siempre en virtud de un hecho que entran en aplicación las normas jurídicas. La tradición es, por otra parte, un acto que el sujeto o los sujetos que intervienen en ella, realizan o ejecutan de modo consciente y en concreto"⁸⁶; concluyendo que: "Habría que hacer notar que si la tradición no constituye un acto jurídico bilateral unitario, las normas de los artículos 676 y 677 no tendrían razón de ser"⁸⁷. Contemporáneamente esta misma visión es recibida en 1979 por Peñalillo Arévalo: "De la definición de este modo, se desprende su carácter convencional: acuerdo de voluntades que produce consecuencias jurídicas; no se crean con ella obligaciones —con lo que sería contrato— sino precisamente con ella se extinguen obligaciones contraídas en el título que le antecede"⁸⁸, y así concibe como segundo requisito de la tradición el "Consentimiento de ambas partes", respecto del cual explica que: "Nada nuevo se agrega aquí, desde que se ha señalado que la tradición es un acto jurídico bilateral. Debe sí precisarse que ese consentimiento debe implicar la intención determinada de ambas partes de transferir y adquirir, respectivamente el dominio (arts. 670, 672 y 673)".⁸⁹ En esta misma línea de examinar la tradición a la luz de la doctrina de los actos jurídicos se situaba en 1992 Gaete Rojas, aunque lo hacía desde la perspectiva de considerarla como un pago o solución:

"La tradición es un acto jurídico bilateral. En cuanto acto jurídico, la tradición está encaminada a extinguir la obligación de entregar, que por una causa anterior tiene el tradens y el correlativo derecho personal que tiene el accipiens, motivo por el cual tiene la naturaleza jurídica de

solución o pago, sin perjuicio del efecto adquisitivo de dominio para el accipiens que la ley le atribuye"⁹⁰.

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos ha admitido, por regla general, la explicación de la tradición bajo el esquema de los actos jurídicos, concibiéndola como uno de carácter bilateral, aplicándole, en consecuencia, las reglas tocantes a los actos y declaraciones de la voluntad, dentro de las cuales se encuentra la exigencia del consentimiento en el acto o declaración y que tal consentimiento no adolezca de vicio (art. 1.445).

La Corte Suprema, por ejemplo, en sentencia de casación del 13 de julio de 1999 declaraba que la tradición es: "Un acto jurídico que, como todos, según los artículos 1431 (sic), 1439 y 1445 del Código Civil, para su existencia requiere, al ser bilateral, del consentimiento de ambas partes involucradas"⁹¹; opinión reiterada por el mismo tribunal en sentencia del 25 de enero de 2001: "La tradición efectivamente es un acto jurídico que debe cumplir con los requisitos de tales negocios, entre otros, el consentimiento de las partes"⁹².

Esta lectura del artículo 672 para el tradente y de su correspondiente en el 673 para el adquirente, los desvincula de la "facultad" referida en la definición legal de tradición y los conecta con los artículos 676, 677 y 678 en los que se trata de los eventuales "vicios" que pueden obstar a la validez de la tradición, que son léidos, precisamente, como "vicios del consentimiento" en la tradición. Así, en Luis Claro Solar en 1906⁹³, en Tomás Ramírez Frías en 1907⁹⁴, en Alfredo Barros Errázuriz en 1921⁹⁵

⁸⁵ GAETE ROJAS, Sergio, "La tradición en el Derecho Romano y en el Derecho Civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, N° 1, Santiago de Chile, 1992, p. 67.

⁸⁶ GJ. 229, Santiago de Chile, julio 1999, Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 6°, p. 58.

⁸⁷ Corte Suprema, Cas. Civ., rol 3.939-99, Santiago de Chile, 25 de enero de 2001, cons. 4°.

⁸⁸ CLARO SOLAR (n. 74), nr. 535, pp. 243-244: "El consentimiento en la tradición puede adolecer, como en toda declaración de voluntad, de error, fuerza i dolo. Ya sabemos en qué consisten estos vicios del consentimiento. Hai error en el consentimiento cuando versa sobre la identidad de la especie que debe entregarse o sobre la persona. En el caso de error sobre la identidad de la cosa, existe más que vicio del consentimiento, hai ausencia del consentimiento. El error sobre la persona hace nula la tradición, siempre que la persona sea determinante del acto".

⁸⁹ RAMÍREZ FRÍAS (n. 65), p. 325: "(Art. 676) Encontramos resumidos en este artículo los vicios del consentimiento por error. Los arts. 677 y 678 hablan sobre los casos en que el error en el título o en las personas invalida la tradición".

⁹⁰ BARROS ERRÁZURIZ (n. 84), pp. 236-237: "El consentimiento de las partes o de sus mandatarios o representantes legales, debe versar sobre la cosa, objeto de la tradición, sobre la persona a quien se hace la entrega y sobre el título o causa de la entrega. Si hay error sobre cualquiera de estas cosas es inválida la tradición".

⁸⁵ BARROS ERRÁZURIZ (n. 84), p. 237.

⁸⁶ PESCIO VARGAS (n. 65), nr. 866, p. 295.

⁸⁷ *Op. cit.*, nr. 866, p. 299.

⁸⁸ PEÑAILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 94, p. 114.

⁸⁹ *Op. cit.*, nr. 99, p. 118.

y, en cierto modo, en Claro Solar en 1932⁹⁶ y en Daniel Peñailillo Arévalo en 1979⁹⁷.

ii) *Artículo 672 como regla de la ausencia de voluntad en la tradición en cuanto acto jurídico*: una suerte de variación de la doctrina anterior, precisándola dogmáticamente, es la defendida por Guzmán Brito en 1991, para quien la disposición del artículo 672 está relacionada: "Con la voluntad de cualquier tradición, indispensable como acto jurídico que es"⁹⁸, de manera que en ella estaría prevista la situación de invalidez de la tradición cuando hubiera faltado la voluntad del tradente, como en las realizadas por absolutamente incapaces, y quizá en aquéllas en las que hubo error, fuerza o dolo.

Al explicar su lectura del artículo 672 Guzmán Brito sostiene que aquí:

"Se trata de una tradición que no vale por haber faltado la voluntad del tradente, como dice la disposición, y en este caso se encuentran las hechas por absolutamente incapaces, o quizás en que intervino error, fuerza o dolo, aunque no aquéllas en que incidió error esencial por excluir expresamente la hipótesis el artículo 676 con toda razón. En general habría que incluir todos los casos en que de una u otra manera faltó la voluntad"⁹⁹.

La dificultad de esta lectura estriba en que, de acuerdo con las reglas generales, los actos de los absolutamente incapaces adolecen de nulidad absoluta y éstos, al tenor del artículo 1.683 "no puede sanearse por la ratificación de las partes"; de guisa que el inciso segundo del artículo 672 debería entenderse como una excepción a dicha regla general, y así lo sostiene y defiende agudamente Guzmán Brito¹⁰⁰, fundado en la dependencia causal de la tradición.

⁹⁶ CLARO SOLAR (n. 65), nr. 717, p. 262: "En la tradición, como en todo acto o declaración de voluntad, el consentimiento puede estar viciado por error, fuerza o dolo. Al tratar *De la tradición* el legislador sólo se ha referido especialmente al error. En cuanto a la fuerza y el dolo, son aplicables las reglas generales referentes a estos vicios del consentimiento de que trataremos en su oportunidad". Explica en detalle estas materias en los nr. 718-723, pp. 262-270.

⁹⁷ PEÑAILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 100, p. 118: "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 señalado para la tradición algunas reglas relativas al vicio del error. Este puede recaer en la cosa tradida (art. 676, relacionado con el art. 1452), en la persona (art. 676), o el título (art. 677)".

⁹⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos. La voluntad específica en los actos jurídicos de derecho patrimonial privado", en BARROS BOURNE, Enrique (coord.), *Contratos*, Santiago de Chile, 1991, p. 256.

⁹⁹ *Ibid*.

¹⁰⁰ Esta misma opinión, tocante a que aquí la ley habría temperado el rigor de las reglas generales en materia de ratificación, en ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDUARRAGA,

En efecto, advierte Guzmán Brito que:

"La derogación parcial del derecho común de ratificación se justifica por la naturaleza de acto dependiente y causado que tiene la tradición: no hay inconveniente en que la tradición hecha por un absolutamente incapaz, por ejemplo, sea ratificable, porque en definitiva es el título el que decide la validez del conjunto: si aquel también había sido celebrado por el incapaz, aunque se ratifique la tradición, subsistirá la nulidad del título que es insanable"¹⁰¹.

Pero si ello fuera así, ¿qué significado jurídico podría tener ratificar la tradición si su causa (título) seguirá siendo insanablemente nula? Hallaría sentido esta lectura sólo si la causa la convino alguien plenamente capaz, pero en el momento de la tradición era incapaz absoluto.

Queda ampliamente explicado en su lugar que la regla del artículo 672 fue concebida para aquellos casos en los cuales la tradición, normalmente diferida en el tiempo en relación con su causa, era efectuada por un incapaz relativo, en cuyo evento el inciso segundo del citado artículo sólo confirma el derecho común en sede de tradición. Lectura que, por lo demás, se aviene con las reglas del inciso segundo del artículo 19 en cuanto, para interpretar esta "expresión oscura de la ley", ha recurrido "a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento", y con la precisa del inciso primero del artículo 22; pues es "el contexto de la ley" el que ha servido "para ilustrar el sentido de cada una de sus partes", lográndose que entre las tocantes a la ratificación en general y las de la ratificación en la tradición haya "la debida correspondencia y armonía".

¿Pero, si la lectura que aquí se defiende del artículo 672 lo refiere a la entrega verificada por los incapaces relativos, bajo qué regla quedarían cubiertas las entregas realizadas por incapaces absolutos? Es ardua cuestión ésta, cuya anatomía exigiría considerar, tentativamente, diversas posibilidades, a la luz de la exigencia de la "intención de transferir el dominio" y de "adquirirlo" contenida en el artículo 670 vinculada con el artículo 675, como se explicará en el apartado siguiente al tratarse de la referida "intención".

iii) *Artículo 672 como regla de la tradición "a non domino"*: a diferencia de las opiniones anteriores, para otros autores se trataría aquí de un caso de

Manuel, *Curso de Derecho Civil. II. De los Bienes* (versión de VODANOVIC, Antonio), Santiago de Chile, 1957, p. 315.

¹⁰¹ *Ibid*.

tradición realizada por quien no es dueño de la cosa, pues hacen coincidir la ausencia de "voluntad del tradente o de su representante" con la condición de dueño, ya que sólo éste podría tener tal voluntad, de suerte que con posterioridad el verdadero dueño o su representante podrían ratificar esta tradición "que al principio fue inválida", por haber sido realizada *a non domino* y que, por tal razón, le era "inoponible" al dueño.

Era ésta la opinión de Alessandri y Somarriva, quienes al comentar los artículos 672 y 673 sostenían que sus prescripciones no eran: "Sino una consecuencia necesaria de lo expresado anteriormente, según lo cual la tradición es válida aunque se haga por otra persona que el dueño de la cosa"¹⁰², y también la de Rozas Vial: "Nos parece que la ratificación a que se refiere el art. 672 es la que hace el dueño de la cosa entregada cuando el tradente no lo era"¹⁰³. Últimamente sigue y desarrolla esta línea dogmática Vial del Río:

"En nuestro concepto, cuando el artículo 672 menciona al tradente se refiere inequívocamente al dueño de la cosa, de modo que el inciso primero, sustituyendo la palabra tradente por dueño, diría: 'para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el dueño o su representante', interpretación que corrobora el inciso segundo al decir: 'Una tradición que...'. Así, falta la voluntad del tradente o, más precisamente del dueño, en la hipótesis de que (sic) una persona que no es dueña de una cosa y que tampoco es representante del dueño, la entrega a otra persona, lo que perfectamente podría ocurrir en caso de que el vendedor de una cosa ajena la entregue al comprador. Dicha entrega no va a transferir el dominio pues falta la voluntad del dueño o del tradente, lo que significa que es inoponible a éste. Sin embargo, si el dueño o el representante del dueño ratifican la entrega, acto por el cual se acepta que la tradición sea oponible al dueño que inicialmente no tuvo la calidad de parte en ella, se entiende que ésta transfirió el dominio desde que se entregó la cosa, por el efecto retroactivo que la ley atribuye a la ratificación"¹⁰⁴.

Hay también alguna jurisprudencia que admite la doctrina anterior y considera que la regla del artículo 672 se refiere a la tradición *a non domino*, cuya consecuencia sería la "inoponibilidad" de tal acto al verdadero dueño y, por ende, susceptible de ser "ratificado" por éste.

Tratándose de una hipoteca constituida sobre cosa ajena se ha estimado que la sanción para ella no es su nulidad, sino la "inoponibilidad" al verdadero dueño de la cosa, quien, al tenor del artículo 672 del *Código Civil*, podría ratificarla. Así lo ha declarado la Corte Suprema en sentencia del 8 de mayo de 1990:

"La constitución de una hipoteca por quien no es dueño del bien raíz respectivo no constituye una causal de nulidad sino que más propiamente es una causal de inoponibilidad respecto de quien es verdaderamente el dueño. Así aparece claramente expresado, a propósito del contrato de compraventa, por la que dispone el artículo 1815 del *Código Civil* al disponer que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo, precepto claramente demostrativo que la causal de ineffecticia en estos casos es la inoponibilidad y no la nulidad pretendida. Si fuere, como lo sostiene la demandante, la nulidad absoluta del contrato resultaría que dicho acto no podría ratificarse por quien es el verdadero dueño de la cosa dada en hipoteca, atendida la circunstancia de que la nulidad absoluta no admite ratificación, lo que no puede sostenerse válidamente ya que el inciso segundo del artículo 672 del *Código Civil* contempla claramente la posibilidad de la ratificación de los actos inoponibles al disponer textualmente que 'una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene la facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño'¹⁰⁵.

Esta doctrina claramente se aparta del sistema consagrado en el *Código Civil*. En efecto: a) la tradición *a non domino* tiene su régimen propio en los artículos 682 y 683 del *Código Civil*; b) la voz *tradente* utilizada en el inciso primero del *Código Civil* debe entenderse en su significación legal, es decir, no sólo la de quien "transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre" (art. 671 inc. 1) sino, también, la de quien puede transferir otros derechos reales (art. 670 inc. 2, 682), y el de aquél cuya entrega "da al adquirente... el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho"; c) no es posible sustituir la voz *tradente* por la de *dueño* en el inciso primero del artículo 671, porque ello dejaría fuera de la regla aquellos casos en los que una tradición *a non domino* transfiere otros derechos

¹⁰² RODRÍGUEZ Y SOMARRIVA (n. 100), p. 316.

¹⁰³ ROZAS VIAL (n. 65), nr. 179, p. 166.

¹⁰⁴ VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 53.

¹⁰⁵ GJ. 119, Santiago de Chile, 1990, Corte Suprema, Rec. Queja, Santiago, 8 de mayo de 1990, cons. 6º.

reales diversos del dominio, contrariando así el texto expreso de los artículos 670 inciso 2 y 682; d) tampoco es aceptable la referida substitución cuando la tradición "da al adquirente" el "derecho de ganar por prescripción el dominio" (art. 683), porque repárese que lo que "da" la tradición es un *derecho* (el de ganar por prescripción) y no opera la tradición dogmáticamente como modo de adquirir la posesión, supuesto que para los efectos del título VI del libro II la tradición es únicamente un "modo de adquirir derechos"¹⁰⁶.

2. *La intención de transferir el dominio*: por lo tocante a la exigencia de la "intención de transferir el dominio", en nada innovaba el texto definitivamente aprobado y promulgado del *Código Civil* en relación con el llamado *Proyecto Inédito*, de manera que aquí deben tenerse por reproducidas las observaciones que quedan hechas al tratar de él.

Así, pues, este segundo elemento de calificación jurídica de la entrega aparece necesariamente conectado con el actual artículo 675, de manera que también puede ser expresado como regla:

REGLA TERCERA: "La entrega de la cosa debe hacerse con intención de transferir su dominio, y tal intención existe cuando la precede un título translativo de dominio lógicamente conectado con ella".

Veamos, al igual que en los casos anteriores, cuál es el campo operativo de esta regla y aquellos casos en los que se concreta.

a) *La intención de transferir el dominio se exige respecto de la entrega que, en cuanto "factus tradendi" causado, depende de su título translativo de dominio*: al expli-

¹⁰⁶ Téngase en cuenta también, a propósito de esta cuestión tocante al artículo 672, la opinión de GUZMÁN BURRO (n. 98), p. 255: "Se ha pensado en que este inciso guarda relación con la tradición hecha por quien no era dueño de la cosa y posteriormente ratificada por el dueño o su representante. Pero esto no puede ser así: la tradición *a non domino* no sólo es válida sino que es eficaz para hacer adquirir la posesión conducente a la prescripción adquisitiva: en consecuencia carecería de sentido que el inciso 2º del artículo 672 hable de 'tradición inválida'. Enseguida, en el caso de que la tradición no la haga el verdadero dueño, sino un poseedor o tenedor, no es posible decir que aquella fue hecha 'sin voluntad del tradente', porque el tenedor o poseedor era de hecho el tradente y el verdadero dueño fue ajeno al acto, de modo que este se realizó con la voluntad del tradente. Lo cual es distinto a decir que en la tradición *a non domino* ella es efectuada sin voluntad del dueño; y así para referir esta norma a la tradición *a non domino*, sería necesario reemplazar 'tradente' por 'dueño'. Tal corrección tendería la ventaja de complementar el artículo 682: 'Si el tradente no es el verdadero dueño...'; porque esta norma no se pone en el caso de que, hecha una tradición *a non domino*, el verdadero dueño posteriormente la ratifique, aun cuando es preciso reconocer que, de acuerdo con las reglas generales, nada se opone a que ello sea posible incluso sin norma expresa". Aunque es un matiz, adviértase que el autor no ha reparado en las definiciones del inciso primero del artículo 671.

carse la exigencia de la "intención de transferir el dominio" aparecida en el *Proyecto* de 1853 se detalló la lectura que, en su contexto dogmático, resultaba coherente con el sistema trazado por el codificador, cuyo propósito era explícitamente definir a la tradición dominical, y diferenciar a la *entrega* (*factus tradendi*) en que ella consistía, de toda otra *entrega* no dominical, particularmente de la "posesoria" que habilitaba para adquirir el dominio por "prescripción"¹⁰⁷.

El citado propósito se profundizó en el *Proyecto* llamado *Inédito*, y en el promulgado y publicado tal intención aparece, de la sola lectura, predicada del hecho de la entrega, pero tal "intención de transferir" no es específica. En efecto, la pregunta que aquí cabe hacer es, ¿por qué en el acto de la entrega hay en el tradente una intención de transferir el dominio? La respuesta: porque esa entrega está lógica y jurídicamente conectada con su causa, es decir, con el título translativo de dominio en el cual ella se funda y, en tal sentido la palabra 'intención', utilizada en la definición legal, compendia la exigencia del artículo 675, esto es, la exigencia de un título.

En otras palabras, si en la concepción dogmática de Bello es la "intención de transferir el dominio" un elemento que califica jurídicamente a la tradición como "modo de adquirir el dominio" diferenciándola de otras entregas no dominicales; tal "intención" se presenta en el *factus tradendi*, precisamente, porque existe un "título" o una "causa" precedente de carácter "translativo" que funda y justifica la entrega con la "intención de transferir". Así, tal "intención" no es específica y propia de la entrega, pues afirmar tal sería desconocer todo el sistema causado de adquisición acogido por el *Código Civil* y convertir a la tradición en un "acuerdo adquisitivo" independiente de su título. Naturalmente, un acuerdo tal no tiene reconocimiento alguno en el *Código* como título translativo de dominio.

En el sentido que queda referido, es decir, en el de estimar a la intención de transferir en la entrega como dependiente de la expresada en su causa, se manifestaba Alessandri Rodríguez y, últimamente, Peñailillo Arévalo y Vial del Río.

La doctrina anterior aparecía, aunque no formulada explícitamente, en Alessandri Rodríguez en el año de 1933: "En la donación, en la compraventa, en el mutuo hay tradición y no entrega, porque el objeto de todos esos contratos es transferir el dominio. Por eso se dice que la compraventa, la permuta, el mutuo, la donación, son títulos translativos de domi-

¹⁰⁷ Véase *ut supra* 3.3.1, letra d).

¹⁰⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *Derecho Civil. Primer Año (Tomo Segundo)*. De los Bienes. *Versiones taquigráficas tomadas en la clase de Derecho Civil del Señor Arturo Alessandri Rodríguez*, Santiago de Chile, 1933, p. 92.

nio"¹⁰⁸, pero ya de manera expresa en la versión de Vodanovic: "Esa intención se manifiesta en la tradición por la existencia de un título traslativo de dominio. De tal modo que si ha habido una compraventa anteriormen- te, se deduce que hay tradición"¹⁰⁹. Por su parte, en 1979 escribía Peñailillo Arévalo que: "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"¹¹⁰, y en 1999 Vial del Río sostenía:

"Para que la tradición opere la transferencia del dominio, no basta con la manifestación de voluntad de las partes, en el sentido de que una entrega y la otra recibe. Es necesario, además, que las partes celebren el acto con una intención precisa: en el tradente, transferir el dominio; y en el adquirente, adquirirlo. Para que pueda configurarse esta intención, será indispensable, en primer lugar, que la tradición tenga como antecedente un título traslativo de dominio, pues sólo en éstos surge la obligación de hacer una tradición que transfiera el dominio. Así, por ejemplo, la tradición que hace el vendedor al comprador de la cosa objeto del contrato de compraventa, permite presumir que la intención del primero es transferir el dominio; y que la intención del segundo es adquirirlo. En cambio, jamás podría presumirse esta intención si la entrega se fundamenta en un título de mera tenencia, como sería, por ejemplo, el arrendamiento de una cosa"¹¹¹.

Discutible, en todo caso, resulta la siguiente vinculación dogmática que realiza Vial del Río:

"Tratándose de las cosas corporales muebles, el artículo 684 exige que la intención del tradente de transferir el dominio, no obstante que es posible presumirla del título traslativo, se exteriorice en forma expresa, por alguno de los medios que la disposición establece, de modo tal que no pueda surgir duda en cuanto a que el tradente quería transferir el dominio de la cosa que ha recibido el adquirente"¹¹².

Esta cuestión no es materia propia de este estudio, pero al pasar, surge la dificultad de conciliar dicha lechura con lo prescrito por el inciso final del artículo 702: "La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que

¹⁰⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRACA (n. 100), nr. 451, p. 311.

¹⁰⁹ PEÑAILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 96, p. 115.

¹¹⁰ VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 17.

¹¹² *Ibid.*

se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción".

Sin perjuicio de las opiniones reseñadas, que resultan coherentes con el sistema causado de adquisición consagrado por el codificador chileno, la doctrina y jurisprudencia chilenas han sostenido posiciones distintas de la que aquí se ha explicado, fundada en la concepción de una entrega causada, advirtiéndose, al menos, las siguientes líneas dogmáticas.

i) *Intención de transferir i de adquirir referidas exclusivamente al título*: algunos autores directamente vinculaban la exigencia de la "intención", contenida en la definición legal de tradición, con la necesidad de ella en la sola constitución del título, de guisa que no les resulta necesaria en el hecho de la entrega.

En esta línea se sitúa Gaete Rojas: "En consonancia con la inclusión del elemento intencional de la tradición en la definición del artículo 670 del Código Civil, el artículo 675 exige para la validez de la tradición 'un título traslativo de dominio como el de venta, permuta, donación, etcétera'"¹¹³.

ii) *Intención de transferir y de adquirir como equivalentes a la voluntad general en el acto de la entrega*: en este sentido se manifiesta Guzmán Brito, quien comparte la opinión que entiende el campo operativo de la "intención de transferir el dominio" como radicado en la esfera de la entrega, pero no la concibe como tal "intención", dependiente del título, sino que la hace coincidir con la "voluntad" normal que debe concurrir en un acto como lo es la entrega¹¹⁴. En todo caso reconoce que esta lectura significa atribuir al codificador una imprecisión en el lenguaje, pues, en vez de la expresión "intención de transferir y adquirir el dominio" debería haber preferido la de: "intención de entregar y recibir la cosa"¹¹⁵.

Supuesta la lectura que se ha hecho de la voz 'intención', en cuanto elemento jurídico calificador de la tradición dominical en Bello, no parece justificable leer tal palabra como sinónimo de "intención de entregar y de recibir", al menos, por dos razones: a) desaparecería el elemento básico que distingue a una entrega dominical de una no dominical y b) en la definición legal del inciso primero del artículo 670 no tendría cabi-

¹¹³ GAETE ROJAS (n. 90), p. 74.

¹¹⁴ GUZMÁN BRITO (n. 98), p. 256: "La intención de transferir y de adquirir el dominio, a menos de introducir un serio desajuste en el sistema causal adoptado por el Código para la tradición, no debemos considerarla como un requisito especial de aquélla, sino como la normal voluntad del acto de la entrega, su voluntad concreta o típica".

¹¹⁵ *Op. cit.*, pp. 256-257: "Pues es evidente que también la entrega como todo acto debe ser voluntario, aunque es preciso reconocer que el lenguaje ha traccionado al Código, que debió hablar no de "intención de transferir y adquirir el dominio", sino de "intención de entregar y recibir la cosa".

da la exigencia del título translativo de dominio, por lo cual habría que tachar de deficiente la definición de Bello, por contraria a las reglas básicas en materia de definiciones.

iii) *Intención de transferir y de adquirir independientes en el título y en la entrega:* hay alguna jurisprudencia, relativamente reciente, que importa desvincular la "intención de transferir el dominio" y de "adquirirlo" presente en la entrega de aquélla manifestada en el título que la causa, exigiendo que ella se manifieste de manera específica e independiente en el hecho de la entrega, con lo cual se está admitiendo que en la tradición dominical hay un acuerdo de voluntades dirigido a transferir el dominio y a adquirirlo que opera como requisito independiente del consentimiento expresado en el título y que, en consecuencia, se rige, no por las reglas propias de la tradición, sino por la generales relativas a la validez de los actos y declaraciones de voluntad, acercándose así a la concepción que el derecho civil alemán ofrece de la tradición.

La Corte Suprema, en la ya citada sentencia de casación de julio de 1999, considera que uno es el consentimiento dirigido a transferir y a adquirir manifestado en el título y otro, en igual sentido, expresado en la tradición concebida como acto jurídico; de manera que si una vez que se ha constituido válidamente un título, muere el tradente antes de verificarse la tradición, no es posible que, una vez muerto, un mandatario, con poder suficiente constituido en el mismo título, realice la entrega; pues, si lo hace, tal tradición adolece de nulidad absoluta porque ha faltado el consentimiento en la tradición:

"Según se desprende de los artículos 670, 675, 686 y 1824 del Código Civil, es necesario tener presente que un contrato de compraventa no tiene por sí solo la virtud de convertir en dueño de la cosa vendida a su comprador, sino que tal contrato es únicamente el título que puede conducir a ello, pues es necesario que luego opere el modo de adquirir llamado tradición... acto jurídico que, como todos, según los artículos 1431 (sic), 1439 y 1445 del Código Civil, para su existencia requiere, al ser bilateral, del consentimiento de ambas partes involucradas, en circunstancias que, dado su fallecimiento, la vendedora ya no podía prestarlo"¹¹⁶, de guisa que como:

"Al momento que la demandada requirió la inscripción del bien raíz, éste era de propiedad de la sucesión formada por la descendencia de la

¹¹⁶ GJ. 229, Santiago de Chile, julio 1999, Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 6°, p. 58.

vendedora, la cual, entonces, no pudo prestar el consentimiento requerido para ello, de lo que se sigue que, dada la ausencia de dicho requisito de existencia de tal acto jurídico, éste no fue válido, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1681 y 1682 del ya citado Código, que dispone que, al no concurrir un requisito de existencia de un acto jurídico, éste es nulo absolutamente"¹¹⁷.

El mismo criterio, y para un caso análogo al anterior, ha sido reiterado por la Corte Suprema en sentencia pronunciada el 25 de enero de 2001:

"La tradición efectivamente es un acto jurídico que debe cumplir con los requisitos de tales negocios, entre otros, el consentimiento de las partes, declaración de voluntad común que requiere manifestarse actualmente, esto es, coetáneamente a la entrega real o simbólica del bien, a lo que en la especie se opone la circunstancia de haber fallecido tales partes con mucha antelación a la entrega simbólica, representada por la inscripción; en consecuencia, debe concluirse que la inscripción a nombre del comprador no ha existido jurídicamente, en la medida que se procedió a ella prescindiendo absolutamente de la voluntad de los interesados, lo que en definitiva importa que sea ineficaz como modo de adquirir el dominio, que la referida parte sólo conservara el derecho que le confería su calidad de contratante, y que la actual vigencia de una inscripción a nombre de los demandados sólo constituya posesión del derecho de dominio que, por no haber sido de su causante, no se les transmitió por causa de muerte"¹¹⁸.

La referida opinión jurisprudencial ha sido comentada por Rodríguez Pinto:

"Toca esta materia el núcleo de los sistemas de transferencia de propiedad que la Corte Suprema se preocupa en aclarar, pues es en este contexto que el fallo de casación reitera la consabida doctrina de que el nuestro es un sistema de título y modo de adquirir, de raíz romana, y que, por lo tanto, la compraventa en este caso era sólo el título traslativo, ineficaz por sí mismo para transferir la propiedad (Cons. 6°)"¹¹⁹.

¹¹⁷ Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 7°, pp. 58-59.

¹¹⁸ Corte Suprema, Cas. Civ., rol 3.939-99, Santiago de Chile, 25 de enero de 2001, cons. 4°.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, "La cláusula 'se faculta al portador' y la transferencia de propiedad por tradición", en *Revista Chilena de Derecho*, 27, N° 1, Santiago de Chile, 2000, p. 174.

Pero inmediatamente advierte que:

"Lo curioso es que así las cosas, las partes deban reeditar su voluntad en el modo de adquirir (tradición-inscripción), un negocio jurídico en sí, para que sea plenamente eficaz la voluntad negocial ya expresada en el título, otro negocio jurídico en sí. No deja por esto de tener lógicamente el paso del codificador francés que, a comienzos del siglo XIX, simplemente eliminó la obligación de repetir la voluntad de enajenación en el modo de adquirir, dando plena eficacia real al título o convención traslativa de propiedad"¹²⁰.

Esta doctrina es antigua, la defendía expresamente Pothier y en un supuesto semejante al caso que motivó la sentencia de la Corte Suprema de 1999, pero que en la línea del autor francés resultaba explicable supuesta su concepción general de una "tradición de efectos posesorios" y no de una "tradición de derechos", cual es el sistema adoptado por nuestro codificador. Así, las condiciones que exigía Pothier para que la tradición (*factus tradendi*) "transfiera la propiedad" se referían al hecho de la entrega y no al título de ella; línea dogmática que, como queda explicado, desechó el codificador chileno y que, por ende, al ser asumida por la Corte Suprema importa una grave incoherencia frente a los principios que gobiernan una tradición concebida como exclusivamente dominical o de adquisición de otros derechos.

Pothier escribía que debía advertirse que era

"al tiempo de hacerse la tradición en el que el consentimiento del propietario debe intervenir en la tradición para que ella pueda transferir la propiedad de la cosa a aquel a quien ella se hace. Si el propietario, habiendo voluntariamente, y sin estar obligado, consentido en la tradición que un tercero ('yo' = 'mandatario') debía hacer de su cosa, hubo después, antes que el tercero la hubiera hecho, cambiado de voluntad, o perdido la vida o la razón, no subsistiendo su consentimiento: la tradición que hiciera el tercero no podría transferir la propiedad a aquel a quien se hiciera"¹²¹.

¹²⁰ RODRIGUEZ PINTO (n. 119), pp. 174-175.

¹²¹ POTHIER (n. 9), nr. 221, p. 122: "Observerez que c'est au temps que se fait la tradition, que le consentement du propriétaire à la tradition doit intervenir, pour qu'elle puisse transférer la propriété de la chose à celui à qui elle est faite. Si le propriétaire, ayant volontairement, et sans y être obligé, consenti à la tradition que je devois faire de sa chose, eût depuis, avant que je l'aie faite, changé de volonté, ou eût perdu la vie ou la raison, son consentement ne subsistant plus, la tradition que je ferois depuis ne pourroit transférer la propriété à celui à qui je la ferois".

Más difícil de admitir aún se vuelve la opinión sentada por la Corte Suprema si se observa que ella descabala por completo el sistema causado de adquisición asumido por el codificador; y que pasa por encima de todos los principios que rigen a la tradición dominical, contrariando, de paso, la regla de interpretación legal consagrada en el inciso primero del artículo 22 del mismo *Código Civil*, supuesto que una tal interpretación impide que entre todas las partes de la ley haya "la debida correspondencia y armonía", sin perjuicio de no ceñirse a la regla del inciso segundo del artículo 19, debidamente complementada por los pasajes del *Mensaje del Código* referidos al sistema de adquisición del dominio. En efecto, hacen bien las citadas sentencias en distinguir el título traslativo de dominio de la tradición, pero no hay fundamento alguno para sostener que esa correcta distinción dogmática implique una radical separación entre ambos actos; pues ello conduce a destruir por su base la concepción de una "entrega causada", que es en lo que consiste la tradición al tenor del artículo 670 en relación con el 675.

Naturalmente, en los casos que dieron origen a las sentencias anteriores se hallaba también envuelta la cuestión tocante a la discutida cláusula: "Se faculta al portador", que ambas sentencias consideraran simplemente como un mandato que expira con la muerte del mandante y, en consecuencia, el mandatario que realiza la inscripción después de la muerte del mandante no ha podido expresar en la tradición ("inscripción") la voluntad de su mandante, ya muerto¹²². Sumada esta interpretación a la concepción de la tradición como un acto jurídico bilateral, que requeriría de un específico consentimiento dirigido a transferir y a adquirir el dominio, se cierra el círculo de una doctrina jurisprudencial que, en la práctica, viene a independizar al título traslativo de dominio de la entrega dominical, descabalandolo peligrosamente el sistema causado de adquisición de derechos consagrado en el *Código Civil*.

Hay, no obstante lo anterior, también alguna jurisprudencia reciente que, por la vía de estimar que la cláusula "se faculta al portador" envuelve un mandato que no expira con la muerte del mandante y que importa un caso lícito de autocontratación, considera válida la tradición efectuada mediante la inscripción del título traslativo de dominio con posterioridad al fallecimiento del vendedor.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 23 de septiembre de 1999 declaraba, fundándose en las opiniones de Alessandri Ro-

¹²² Sobre esta cláusula, vide ALESSANDRI RODRIGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 100), II, p. 391;

SMITHKIN BRANOVER, David, *El mandato civil*, 3ª ed., Santiago de Chile, 1975; PEÑALILLO ARÉVALO, Daniel, "Se faculta al portador de copia autorizada...", en ROJ, LXXXI, Santiago de Chile, 1984; WINTER IGUALR, Rodrigo, "El portador facultado", en *Revista del Abogado*, N° 13, Santiago de Chile, julio, 1998; RODRIGUEZ PINTO (n. 119).

dríguez y Somarriva Undurraga y Sitchkin Branover, que la referida cláusula: "Importa un mandato para celebrar un acto jurídico, la tradición del derecho mediante la inscripción de la escritura en el competente registro. A este mandato va unida, naturalmente, la facultad de representar a las partes. Como el portador de la copia de la escritura representa tanto al adquirente como al tradente, ejecuta un autocontrato o acto jurídico consigo mismo"¹²³, y, en consecuencia: "El mandato otorgado en este caso, que indeterminadamente facultaba para requerir y firmar la inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces; no se extingue por la muerte de uno de los mandantes, toda vez que accedía al contrato de compraventa que se ha querido o previsto cumplir mediante su gestión"¹²⁴, de manera que podía declararse que resultaba necesario: "Desestimar la demanda interpuesta en autos en sus puntos primero y segundo de las respectivas peticiones en orden a declarar la nulidad de la tradición y cancelar la inscripción respectiva"¹²⁵.

b) *La putatividad del título es incapaz de fundar una intención de transferir el dominio en el hecho de la entrega*: esto es así, precisamente, porque el inciso primero del artículo 675 del *Código Civil* exige "para que valga la tradición" que haya "un título translativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.", sin que se hubiera dado cabida a una tradición dominical fundada en un título putativo, como sí la admitía Pothier, según quedara ya explicado, precisamente porque el "título putativo" es aquel que no existe¹²⁶.

Entonces, justamente, porque la "intención de transferir el dominio" es dependiente de su causa o título translativo, no es posible que una entrega fundada en un título que se cree existente, pero que en realidad no existe, pueda operar como tradición dominical. De guisa, que si no hubo compraventa, y luego entre el supuesto vendedor y el pretendido comprador, creyendo que la hubo, se verifica la entrega con una específica y propia "intención de transferir el dominio y de adquirirlo", tal entrega no constituye una tradición dominical, porque esa "intención en la entrega" no depende de una causa translativa de dominio, que es aquella en la cual se debió haber expresado la única "intención de transferir y de adquirir" que es jurídicamente relevante para que la tradición opere con efectos adquisitivos.

En el caso previsto el supuesto vendedor que entregó la cosa, que era suya, al pretendido comprador que la recibió, no ha podido transferirle el dominio, porque no hubo tradición y, en consecuencia, sigue siendo dueño

de la cosa y podrá reivindicarla como suya. Naturalmente, respecto del vendedor, la entrega de la cosa supuestamente vendida y comprada no constituye un caso de pago de lo no debido, pues las reglas de éste operan, precisamente, cuando la especie pagada no puede reivindicarse, sin que se olvide que no es posible vincular este caso con el artículo 1.575 del *Código Civil*, en cuanto la obligación del vendedor es de entregar la cosa y asegurar la vacua y pacífica posesión del comprador, y no la de "transferir la propiedad". En cambio, para el supuesto comprador que pagó el precio si se está en presencia de un evento de pago de lo no debido, pues el error consistente en la creencia de existir una obligación, fundada en la compraventa, impidió que ese pago generara su efecto normal de liberarle de una obligación y, en consecuencia, tal error volvió indebido el pago y, supuesta la naturaleza fungible de las especies monetarias, el dinero no será reivindicable, por lo que contará con la acción personal por el pago de lo no debido.

El inciso primero del artículo 675, pues, da la regla para todos los casos en los cuales no existe título translativo de dominio alguno que justifique una entrega en la cual concurre la "intención de transferir el dominio y de adquirirlo". Así, dentro de tal "ausencia" de "título" queda comprendido el caso del "título putativo", precisamente, porque él realmente no existe. Bello, entonces, apartándose de Pothier, ha consagrado los principios del derecho romano clásico en cuanto a la inexistencia de *iusa causa traditionis* y a la causa "putativa".

Aunque, a propósito de posesión, no estará demás recordar aquí lo dispuesto en el artículo 704 número 4º, que reza: "No es justo título... El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etcétera".

c) *Un título declarado nulo no puede fundar la intención de transferir y de adquirir el dominio en una entrega*: esto es así, justamente, porque una vez declarada la nulidad del título translativo de dominio tienen las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían "si no hubiese existido el acto o contrato nulo" (art. 1.687), es decir, adviene asimilable a la situación del "título putativo", en concordancia con la jurisprudencia clásica romana, de guisa que, en verdad, puede considerarse como que no hubo título translativo de dominio y, por ende, no se cumple con la condición de validez exigida en el inciso primero del artículo 675. Entonces, no pudo haber "intención de transferir y de adquirir el dominio" en el título y, siendo así, menos pudo haberla en la entrega, pues una tal intención en ella depende causalmente de la de su título.

Questión diversa es que quien recibió la cosa, fundándose en un título nulo, pueda adquirir el derecho de ganar por prescripción el dominio de la cosa, cumpliéndose las exigencias legales.

¹²³ GJ. 231, Santiago de Chile, 1999, Corte de Apelaciones de Santiago, Ap. Civ., rol 6.404-Santiago, 23 de septiembre de 1999, cons. 1º.

¹²⁴ *Op. cit.*, cons. 3º.

¹²⁵ *Op. cit.*, cons. 4º.

¹²⁶ *Vide ut supra* 4.2, letra d).

Jurisprudencia antigua y reciente confirma la opinión precedente, en cuanto estima que un título translativo de dominio declarado judicialmente nulo no puede ser causa fundante de una tradición dominical¹²⁷.

Así lo ha declarado la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia del 14 de enero de 1942, a propósito de la nulidad judicialmente declarada de un aporte en sociedad: "Que siendo nulo, absoluta y relativamente el contrato social que ha sido objeto de la demanda, la tradición de los bienes hecha por virtud de ese contrato, resulta, también, ineficaz y sin valor alguno"¹²⁸. También la Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia del 14 de octubre de 1999, confirmada por la Corte Suprema, conociendo por la vía de casación en el fondo, en fallo del 26 de septiembre de 2000:

"El título del señor (...) por el cual cedió sus acciones y derechos al señor (...), es el mismo que tenían en común al adjudicarse dicha propiedad en un remate declarado nulo por sentencia judicial, de modo que, no era un justo título, y por ende, adolecía también de un vicio de nulidad, y en estas circunstancias, el dominio de ese 50% reclamado por la demandada no pudo ser adquirido por tradición, dado que su antecesor —el señor (...)— no lo tenía, por cuanto su cedente no se encontraba en condiciones jurídicas de cederle dicha proporción del bien raíz rematado, ni tenía otros derechos transmisibles respecto a una compraventa declarada nula"¹²⁹.

Bajo esta regla del inciso primero del artículo 675 quedarían cubiertos los casos de ciertos "títulos nulos", dentro de los cuales se hallarían las situaciones en las que intervienen incapaces absolutos en la tradición, y no bajo la del artículo 672 como agudamente defiende Guzmán Brito. Aunque ésta es, como se anticipara, una ardua cuestión, puede sugerirse la siguiente lectura, que distinguiría dos supuestos diversos, a saber:

i) *Título constituido por un incapaz absoluto*: si en la constitución del título ha intervenido como futuro tradente un incapaz absoluto, se aplican las re-

glas generales tocantes a los actos y declaraciones de voluntad, de modo que aquel título adolecería de nulidad absoluta (art. 1.682 inc. 2). Causarían entonces tres situaciones diferentes, aunque con una misma solución, a saber:

i.i) *La entrega la realiza el mismo incapaz absoluto*: supuesto que en el título nulo no hay jurídicamente una "intención de transferir el dominio", la entrega posterior que él realizara, como dependiente de su título, jamás podría entenderse causada en él y, por ende, dicha entrega no operaría como modo de adquirir el dominio.

i.ii) *La entrega la realiza el representante legal del incapaz absoluto*: supuesto que la intención de transferir el dominio en el acto de la entrega depende de su causa o título, dicha entrega no produciría efecto adquisitivo alguno, sin que pudiera entenderse que el representante legal está ratificando el título, supuesta la regla del artículo 1.683 *in fine*.

i.iii) *La entrega la realiza el incapaz absoluto, pero una vez que eventualmente hubiera obtenido la capacidad*: por el mismo principio de la causalidad de la entrega y por esta regla del artículo 675 ella tampoco constituiría una tradición dominical.

En estos casos, no cabría más que constituir un título válido capaz de causar la entrega, para cumplir con lo prescrito por el artículo 675.

ii) *Título constituido válidamente*: si el título ha sido constituido válidamente por el representante legal del incapaz absoluto, pero el acto de la entrega lo realiza éste y no aquél, se sale de la regla del artículo 675 y se cae en las del artículo 671, pues aquí la entrega debía ser realizada, "a nombre" (art. 671 inc. 1) del incapaz absoluto, por su "representante legal" (art. 671 inc. 2) y, supuesto que: "Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, ni admiten caución" (art. 1.457 inc. 2), se entra en el campo de la regla general del inciso segundo del artículo 1.682: "Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces", y en la correspondiente de la parte final del 1683 que veda su saneamiento por la ratificación.

d) *Un título simulado no puede fundar una entrega dominical o de otros derechos*: la simulación del título translativo de dominio, judicialmente declarada, no puede fundar una tradición dominical o de otros derechos, precisamente porque la entrega depende de su título en el cual ha de constar la "intención de transferir el dominio" y la correlativa de "adquirirlo"¹³⁰.

¹²⁷ Entre los autores, así en Rozas VIAL (n. 65), nr. 182, p. 169: "Si el título adolece de algún vicio de nulidad, la tradición que se haga en virtud de él no transfiere el dominio"; VAL DEL RÍO (n. 65), p. 38: "Cuando el título translativo es un contrato, para que la tradición transfiera el dominio el contrato debe ser válido; porque si éste es declarado nulo, la tradición que se hubiera efectuado teniendo a tal contrato como antecedente, carecería de título para transferir el dominio... Aunque el contrato adolezca de tales vicios, como produce todos los efectos que le son propios mientras la nulidad no sea declarada, sirve como título suficiente para la tradición y el adquirente adquiere el dominio si la nulidad no se declara judicialmente".

¹²⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Ap. Civ. Concepción, 14 de enero de 1942, cons. 24, en *Revista de Derecho*, N° 39-40, Concepción, enero-junio, 1942, pp. 290-291.

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua, Ap. Civ., rol 19.337-97, Rancagua, 14 de octubre de 1999, cons. 11°; conf. Corte Suprema, rol 15.031, Santiago, 26 de septiembre de 2000.

¹³⁰ Sobre la simulación en el derecho chileno, además de los *Manuales* en uso, véase las antiguas *Memorias de FUENTES VENEGAS*, Rolando, *De la simulación*, Santiago de Chile, 1936 y de DIEZ DUARTE, Raúl, *La simulación ante la jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1944; del mismo *La simulación de contrato en el Código Civil chileno: teoría jurídica y práctica forense*, Santiago de Chile, 1957; PATILAS PEÑA, Enrique, *La simulación: doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., Santiago de Chile,

Esta situación es singularmente interesante para examinar la adquisición causada en la tradición, y el papel jurídico que desempeña el título, en cuanto contingente en el que se expresa la "intención de transferir el dominio" y la correspondiente de "adquirirlo". Por ejemplo, cuando se simula una compraventa para ocultar una donación, es claro que tanto en el contrato simulado cuanto en el acto oculto hay "intención de transferir el dominio"; pero la tradición debe necesariamente fundarse en el título en el cual consta realmente la "intención de transferir y de adquirir" y no en el simulado, porque la adquisición mediante la entrega debe estar lógica y jurídicamente conectada con su causa. Así, tratándose de una compraventa simulada, de bienes raíces para ocultar una donación, la tradición, que se verifica mediante la inscripción de la escritura de compraventa, no aparece conectada con la real "intención de adquirir y de transferir", que es la que consta en la donación y, por ende, no cumple con la exigencia del inciso primero del artículo 675.

Éste es el entendimiento que reclamante ha dado la jurisprudencia cuando se ha comprobado que el "título translativo de dominio" es simulado, de manera que declarándose judicialmente su nulidad cae necesariamente la tradición fundada en él.

En sentencia dictada por el Juez de Letras de Los Lagos el 28 de junio de 1999, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia el 26 de julio de 2000, se llegaba a:

"La convicción de que el contrato de compraventa celebrado por las partes no es sincero, real ni verdadero, existiendo falta de sinceridad en su celebración, de manera tal que las partes muestran al exterior un contrato que realmente no quieren y a cuyas consecuencias no pretenden someterse y que constituyen en su esencia lo que se conoce como simulación, por lo que esta situación vicia de nulidad la convención celebrada y que se materializó en el contrato de compraventa del Resto del Fundo Los Hualles, ubicado en la comuna y departamento de Linares"¹³¹,

1984; FUEYO LANERA, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª ed., Santiago de Chile, 1991, parte IV, cap. 7 "La simulación (o falta de sinceridad contractual"; del mismo *Instituciones de derecho civil moderna*, Santiago de Chile, 1990, cap. 12 "La simulación de los negocios jurídicos o la falta de sinceridad contractual"; PEÑARRIJO ARÉVALO, Daniel, "Cuestiones teórico-prácticas de la simulación", en *Revista de Derecho*, N° 191, Concepción, enero-junio 1992, pp. 7-28; PARRA LABARCA, Ricardo, *La simulación: doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1994; IEGAROS SÁNCHEZ, José Miguel, "La acción de simulación", en *Revista de Derecho*, N° 6, Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 1998, pp. 91-107; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "La simulación y los terceros: consideraciones civiles y penales", en *Revista Chilena de Derecho*, 27 N° 2, Santiago de Chile, abril-junio, 2000, pp. 265-290.

¹³¹ Juez de Letras de Los Lagos, Civ. Los Lagos, 28 de junio de 1999, cons. 8, conf. Corte de Apelaciones de Valdivia, Ap. Civ., rol. 10.070-00, Valdivia, 26 de julio de 2000.

y por esta razón se declaraba nula la compraventa y se ordenaba cancelar la inscripción de ella:

"Se declara nulo el contrato de compraventa celebrado por los demandados (...), por escritura pública de 4 de junio de 1998, inscrito a fojas 1.085 N° 1.413 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Linares, correspondiente al año 1998, debiendo en consecuencia cancelarse la mencionada inscripción dejándose constancia de la presente resolución a su margen y restableciendo el dominio a nombre de la Sociedad Agrícola, Ganadera y Forestal Ltda."¹³².

e) *La invalidez del título respecto de aquel a quien se confiere no puede fundar una intención de transferir el dominio en el hecho de la entrega*: esta es la regla del inciso segundo del artículo 675: "Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges".

Este inciso, que procedía directamente y sin alteraciones del 815 del Proyecto de 1853 y del Proyecto *Inédito*, queda explicado que daba la regla para la "causa" o "título" que fuera "nulo", en la línea del derecho clásico romano; pues causa *nulla* era, precisamente, la que "no existía" (*nullus*) y, por ende, su régimen jurídico era el mismo que el de la "causa putativa": no podía fundar una tradición dominical. Se trata, entonces, de una regla que complementa a la del inciso anterior, pues si aquélla se ocupaba de la "inexistencia" del título traslativo de dominio, ésta se refiere a un título existente, pero inválido, y, en cuanto tal, incapaz de justificar la "intención de transferir y de adquirir" en el acto de la entrega, pues no puede causarla.

Queda dicho que el ejemplo recibido en este inciso procede del derecho romano, mantenido pues en el derecho civil codificado¹³³, al cual pueden asimilarse las situaciones previstas en el artículo 1796: "Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad", porque en estos casos la compraventa no puede considerarse como título que "sea válido respecto de la persona a quien se confiere".

f) *El error en el título obsta a que en la entrega exista la intención causada de transferir y de adquirir el dominio*: es la regla sentada en la parte final del artículo 676 y detallada en el artículo 677, que se ha explicado detalladamente al tratar del Proyecto *Inédito*¹³⁴.

¹³² Juez de Letras de Los Lagos, Civ. Los Lagos, 28 de junio de 1999, cons. 8, conf. Corte de Apelaciones de Valdivia, Ap. Civ., rol. 10.070-00, Valdivia, 26 de julio de 2000, parte resolutoria.

¹³³ Vide CORRAL TALCIANI, Hernán, "Donaciones entre cónyuges: una prohibición de veinte siglos", en *Revista Chilena de Derecho*, 26, N° 2, Santiago de Chile, 1999, pp. 349-367.

¹³⁴ Vide *ut supra* 4.2, letra i).

Naturalmente, si hay error en el título mal podría haber en él la intención de transferir el dominio y de adquirirlo y, en consecuencia, la entrega jamás podrá causadamente depender en una intención no presente en su causa.

Una aplicación jurisprudencial equivocada de las reglas tocantes al error, en relación con el título de la tradición, puede apreciarse en una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 16 de octubre de 2000. Los hechos de la causa eran los siguientes:

1. Al disolverse cierta Cooperativa de Reforma Agraria se adjudicaron a "A" la parcela N° 61 y 1/38 parte de los derechos de la Reserva Cooperativa N° 3, inscribiéndose ambas adjudicaciones.
2. Posteriormente "A" vendió a "B" la citada parcela N° 61 y los referidos derechos en la Reserva Cooperativa N° 3, inscribiéndose la referida escritura pública de compraventa.
3. Más tarde, "B" constituyó en favor de "C" primera hipoteca sobre el inmueble consistente en la parcela N° 61.
4. No satisfecha la obligación principal, "C" dedujo juicio especial hipotecario, cuyo resultado fue el remate de la referida parcela N° 61, expresamente individualizada en las bases del remate, en cabeza de "D" extendiéndose la escritura de adjudicación respectiva por el juez de la causa, y procediéndose a su posterior inscripción.
5. En esta última escritura de adjudicación, debidamente inscrita, fue incluida no sólo la Parcela N° 61 sino, también, los derechos en la Reserva Cooperativa N° 3, que no habían sido hipotecados.
6. Supuesto lo anterior "B" demanda en juicio ordinario que se declare la nulidad de la tradición en cuanto a incluido en ella bienes no hipotecados ni adjudicados, ordenándose la correspondiente cancelación de la inscripción de la adjudicación en lo tocante a los citados derechos en la Reserva Cooperativa N° 3.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocando la sentencia de primera instancia, acogió la demanda y declaró: "Que es nula la tradición de la noventa ava parte de las reservas cooperativas números dos y cinco; de la treinta y ocho ava parte de la Reserva Cooperativa número tres a que se refiere la inscripción de dominio de f. 365v. N° 549 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Limache del año 1992 en favor de don (...), debiendo cancelarse dicha inscripción respecto a los referidos derechos, con costas".

Si bien, la solución adoptada por la Corte resulta apropiada, sus fundamentos son del todo ajenos a la disciplina de la tradición y de las reglas que gobiernan el error en ella. Veamos cuáles fueron los fundamentos del Tribunal: PRIMERO: "Que la tradición de los bienes raíces se hace mediante la inscripción del título, en este caso la escritura de adjudicación en el remate judicial, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces res-

pectivo". Nada parece objetable, pues se limita a recibir este considerando lo dispuesto en el artículo 686 del *Código Civil*.

SEGUNDO: "Que tratándose de una venta forzada en pública subasta, el deudor, en este caso don Jaime Aveilino Seguel Escobar, fue representado legalmente por el Juez de Letras del Segundo Juzgado Civil de Valparaíso". También está exento de reparos este considerando, coherente con lo dispuesto por el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

TERCERO: "Que de acuerdo con los títulos analizados, el inmueble denominado Parcela 61 y los derechos sobre las Reservas y Bien Común especial, si bien se encuentran incluidos en una sola inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, constituyen dos propiedades diferentes, no existiendo ningún antecedente que permita considerarlos como un solo todo, o considerarlos dentro de los bienes señalados en los arts. 2420, 2421, y o 2422 del Código Civil, para comprenderlos dentro del inmueble hipotecado". Considerando este que sólo se limita a reconocer que, efectivamente, los derechos en la Reserva Cooperativa N° 3 no habían sido hipotecados. CUARTO: "Que de todo lo anterior, es preciso concluir que el Juez de Letras que actuó en representación del deudor en la escritura de adjudicación cometió un error al incluir los citados derechos, lo que constituye un vicio del consentimiento, debiéndose tener presente que el art. 677 del *Código Civil* dispone que el error en el título invalida la tradición". Este considerando, que es el séptimo y último de la sentencia, es el que merece una serie de objeciones, veamos cuales sean ellas:

i) El error ha sido cometido por el juez, y se ha incurrido en él en la constitución del título translativo de dominio, es decir, en la adjudicación y, por lo tanto, advienen aplicables las reglas generales tocantes al error en los actos y declaraciones de voluntad, y no las reglas propias de la tradición.

No se está frente al caso de un error en la tradición, dado que ella versó, exactamente, sobre las cosas contenidas en el título y, por ende, no es posible aplicar la reglas del artículo 676, precisamente, porque no se ha padecido "error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse", ya que ciertamente se ha entregado la especie designada y determinada en el título.

ii) El juez, en la referida escritura de adjudicación ha actuado, "como representante legal del vendedor", al tenor del artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*¹³⁵, y no como "representante legal" del tradente (art. 671 inc. 3). Aunque coincidente, no es propio aplicar aquí la regla del artículo 671 inciso tercero, pues ella se refiere a la actuación del juez como represen-

¹³⁵ Crc. Art. 497: "Para los efectos de la inscripción, no admitirá el Conservador sino la escritura definitiva de compraventa. Dicha escritura será suscrita por el rematante y por el juez, como representante legal del vendedor, y se entenderá autorizado el primero para requerir y firmar por sí solo la inscripción en el Conservador, aun sin mención expresa de esta facultad".

tante legal en la tradición, ya que sólo en ella "la persona cuyo dominio se transfere es el tradente y el juez su representante legal", de guisa que tampoco adviene aplicable el artículo 678 en cuanto señala que: "Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición". Son inaplicables los artículos 671 y 678 porque ellos no operan en la constitución del título, debido a que en dicho título nada se transfere, y por ello éste es el supuesto expresamente previsto en el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

iii) Tal error ha recaído "sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra" (art. 1.453 *in fine*). No puede pasarse en silencio que aquí se está en presencia de una "venta forzada", por lo que el ejemplo del artículo 1.453 es muy preciso. En caso alguno puede sostenerse que el referido error es el previsto en el artículo 677 del *Código Civil*, como lo afirma expresamente la referida sentencia, supuesto que el campo operativo de tal regla es el del error que se genera cuando una de las partes supone un título translativo de dominio y la otra uno de mera tenencia, o "cuando por las dos partes se suponen títulos translativos de dominio, pero diferentes". En el caso sujeto a sentencia, la aplicación del artículo 677 es extravagante, porque dicho error en el título no existió, sino que él recayó sobre la cosa vendida.

iv) Un error tal, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, bien ha podido: a) obstar o impedir la formación del consentimiento ("error obscuro" u "obstativo"¹³⁶ o, bien, b) simplemente "viciar el consentimiento" ("error esencial")¹³⁷.

¹³⁶ BARROS ERKÁZURUZ (N.º 84), p. 206: "En los casos indicados, no puede decirse propiamente que está viciado el consentimiento; lo que ocurre es que falta en absoluto el consentimiento, porque no ha habido acuerdo alguno de voluntades, ya que las partes han querido cosas diferentes"; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparada*, XI, Santiago de Chile, 1933, nr. 770: "En estos casos (los del art. 1.453) no sólo hay vicio del consentimiento, sino que no hay en absoluto consentimiento: la voluntad de una de las partes no se ha encontrado con la voluntad de la otra parte; no han concurrido en la cosa o hecho que debe formar el objeto de las obligaciones por contraer. No ha existido el *idem placitum consensus* que puede constituir la convención". En el mismo sentido MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo de la, *Derecho Civil. Contratos*, Santiago de Chile, 1954, p. 79; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Curso de Derecho Civil* (versión de VODANOVIC, Antonin), I, Santiago de Chile, 1961, nr. 423 y nr. 465; PESCO VARGAS, Victorio, *Manual de Derecho Civil*, Santiago de Chile, 1978, II, nr. 160, pp. 58-59; DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago de Chile, 1977, nr. 39; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil*, Santiago de Chile, 1994, pp. 274-275. Algunas sentencias en este sentido: Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago, 4 de abril de 1945, cons. 5º, con cita expresa de la opinión de Claro Solar (RDJ, XLII, IIª parte, sec. 1ª, pp. 558-559); Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago, 30 de mayo de 2001, cons. 4º (Cf. 251).

¹³⁷ DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho civil*, Santiago de Chile, 1988, nr. 267, p. 242: "Aunque muy graves (los casos del art. 1.453), no significan falta de consentimiento, sino vicio del

v) Producido este error, para ciertos autores el acto afectado por él es inexistente¹³⁸; para otros, y para la jurisprudencia mayoritaria, el acto es nulo de nulidad absoluta¹³⁹ y para una minoría de autores el acto sería nulo de nulidad relativa¹⁴⁰.

vii) Supuesto, entonces, que el título constitutivo de dominio es "inexistente" o nulo, no es posible considerar que se cumpla con la exigencia prescrita por el artículo 675 del *Código Civil* y, en consecuencia, no puede operar como causa de la tradición.

viii) Más aún, como dicho error esencial ha excluido por completo el consentimiento, como también lo ha admitido una constante jurisprudencia¹⁴¹, no sólo se está en presencia de un título nulo, inhabil para causar una tradición dominical (art. 675) sino, también, ha, consiguientemente, faltado la "intención de transferir el dominio" en el título y, por ende, no es posible que de una tal adjudicación declarada nula pueda hacerse depender la "intención de transferir el dominio" en el hecho de la entrega (art. 670), como acto que ha de estar, precisamente, causado en ella.

En resumen, la doble exigencia de "facultad e intención de transferir el dominio" quedaba directamente vinculada con la palabra 'entrega'. La primera referida a la capacidad de ejercicio del tradente o al obrar debidamente facultados los mandatarios o representantes legales, y la segunda a la dependencia de su título translativo de dominio.

5.1.7. Y por otra la capacidad e intención de adquirirlo

El texto finalmente aprobado y publicado del *Código Civil* agregaba la expresión "capacidad e", de manera que también en relación con el adquirente se

consentimiento". Comparte esta opinión LEÓN HURTRADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago de Chile, 1977, nr. 134.

¹³⁸ PESCO VARGAS (n.º 136), II, nr. 160, p. 59: "En doctrina los dos casos de error a que nos acabamos de referir constituyen errores llamados ESSENCIALES, que obstan a la formación de la voluntad y, por tanto, constituirían ejemplo típico de inexistencia jurídica". En el mismo sentido LARRAÍN RÍOS (n.º 136), p. 275.

¹³⁹ CLARO SOLAR (n.º 136), XI, nr. 770; aunque con reservas, MAZA RIVADENEIRA (n.º 135), pp. 79-80. Para jurisprudencia en esta línea véase Corte de Apelaciones de Santiago, Ap. Civ. (Cf. 1908, nr. 7.713, p. 1.062); Corte de Apelaciones de Santiago, Santiago, Ap. Civ., 9 de septiembre de 1941 (RDJ, XLII, N.º 9, IIª parte, sección 1ª, p. 556), conf. Corte Suprema, Cas. Civ., 4 de abril de 1945, cons. 13º (RDJ, XLII, nr. 9, IIª parte, sección 1ª, p. 559); Corte Suprema, Cas. Civ., 30 de mayo de 2001, cons. 4º (Cf. 251).

¹⁴⁰ BARROS ERKÁZURUZ (n.º 136), p. 206; LEÓN HURTRADO (n.º 136), nr. 134; DUCCI CLARO (n.º 136), nr. 267, p. 242.

¹⁴¹ Corte Suprema, Cas. Civ. 4 de abril de 1945, cons. 3º, 5º (RDJ, XLII, nr. 9, IIª parte, sección 1ª, p. 558); Corte de Apelaciones de Valparaíso, Valparaíso, Ap. Civ., 23 de junio de 1992, cons. 7º, conf. Corte Suprema, Cas. Civ., 7 de agosto de 1995; Corte Suprema, Cas. Civ., 30 de mayo de 2001, cons. 4º (Cf. 251).

consagraba una doble exigencia para estar en presencia de una tradición dominical o de otros derechos, a saber: i) la capacidad de adquirir el dominio y ii) la intención de adquirir el dominio.

1. *La capacidad de adquirir el dominio*: la inclusión de la "capacidad" de adquirir el dominio en el adquirente significaba también completar la definición de tradición y, a su vez, implicaba retomar expresamente una de las condiciones de validez que ya había aparecido en el *Proyecto* de 1853.

Esta exigencia también puede ser expresada como regla:

REGLA CUARTA: "Para que la tradición opere como modo de adquirir el dominio es preciso que el adquirente tenga capacidad de goce".

Veamos, brevemente, el campo operativo de esta regla, y los corolarios que se siguen de ella:

a) *La capacidad exigida en el adquirente corresponde a la capacidad de goce*: el codificador no utiliza la voz 'facultad' que había empleado respecto del tradente, precisamente porque aquella palabra la entendía en cuanto "poder de disposición" o de "enajenar", de manera que aquí referida al adquirente habría resultado impropia, pero sí era menester compendiar en la definición legal del artículo 670 la exigencia relativa al "adquirente" que se contiene en el artículo 671, de tal manera que esta "capacidad" queda referida a la posibilidad de incorporación patrimonial de derechos o, en otras palabras, a la llamada "capacidad de goce".

Se ha dicho que en el *Proyecto* de 1853, sobre la base de un texto de Pothier, se incluía separadamente esta exigencia de la capacidad en el adquirente: "Se requiere, además, que la persona a quien se hace la entrega sea capaz de adquirir el dominio de la cosa" (art. 815 inc. final), y que su eliminación en el *Proyecto Inédito* se debió a que en éste se incluyó la definición legal de "adquirente" (hoy 671 inc. 1), en la cual se halla implícita la exigencia de su "capacidad" para adquirir, idea coherente con la exigencia del "consentimiento del adquirente" prescrita en el artículo 673, respecto del cual, y queda dicho, Bello explicaba expresamente que: "El adquirente debe ser persona capaz de adquirir el dominio de las cosas. Así la tradición de una finca no transferirá su dominio a una corporación o instituto que no estuviere autorizado para adquirirlo"¹⁴².

De esta manera, la "capacidad" para adquirir es una exigencia que queda implícitamente cubierta por la definición legal de *adquirente* contenida en el inciso primero del artículo 671 del *Código Civil*, pues si éste es quien "por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida", necesariamente, ha de ser capaz de adquirir, de guisa que su "capacidad" apa-

rece como condición de validez para la tradición dominical o de otros derechos, y así se justifica su inclusión en la definición legal del artículo 670.

b) *Esta regla no es más que la concreción de la exigencia general de capacidad de goce*: supuesta la lectura anterior ella debe entenderse al tenor de las disposiciones comunes relativas a la capacidad de goce de las personas naturales y jurídicas (arts. 963, 1.387, 1.391, 1.446, 556). Quedan, en consecuencia, excluidas de esta capacidad las entidades que no gozan de personalidad jurídica.

Téngase en cuenta aquí el inciso primero del artículo 963, aunque referido a la incapacidad para adquirir herencias y legados: "Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas", pero aplicable expresamente a las donaciones entre vivos (art. 1.391).

2. *La intención de adquirir el dominio*: en plena concordancia con la exigencia respecto del tradente, también se requiere en la definición legal de tradición dominical que el adquirente tenga la "intención" de adquirir el dominio, y ella solamente puede existir cuando a la entrega la precede un título translativo de dominio, en el cual se ha manifestado dicha intención, que causa a la entrega.

Así, pues, éste es otro elemento de calificación jurídica de la entrega que aparece necesariamente conectado con la exigencia de la "intención de transferir" en el tradente, y con lo dispuesto en el artículo 675, de manera que también puede ser expresado como regla:

REGLA QUINTA: "La recepción de la cosa debe hacerse con intención de adquirir su dominio, y tal intención existe cuando la precede un título translativo de dominio lógicamente conectado con ella".

Valen aquí, *mutatis mutandis*, todas las observaciones que quedan hechas en relación con la "intención de transferir el dominio".

5.2. De la validez de la tradición y de la Tradición A non Domino en el Código Civil

Tanto la cuestión de la "validez de la tradición" cuanto la de la tradición *a non domino* se mantuvieron sin alteraciones en el *Código Civil* publicado y promulgado en relación con el *Proyecto Inédito*, de manera que se remite al lector a su tratamiento en dicha parte y, por lo demás, tales temas constituyen materias de estudio propio y singularizado, que exceden el propósito de este trabajo.

En todo caso, en relación con la tradición *a non domino* debe insistirse en que ella se mantiene reglada en el título VI del libro II del *Código Civil*, no desde

¹⁴² Bello (n. 6), tomo V, p. 209, nota art. 809.

la perspectiva de una "tradición posesoria", sino en coherencia con el propósito de Bello de solamente referirse en esta sede a una tradición entendida como "modo de adquirir el dominio" o como "modo de adquirir otros derechos".

Supuesto lo anterior, en el caso de una *traditio a non domino*, quien recibe la cosa puede adquirir: a) los "otros derechos transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada", según el artículo 682 en concordancia con el inciso segundo del artículo 670 y b) "el *derecho* de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho", pues en este caso la tradición no opera como modo que "transfiere derechos", sino como "modo de adquirir un derecho" originariamente, y por ello el artículo 683, con toda precisión, señala que en este caso: "La tradición *da* al adquirente...".

6. CONCLUSIONES

Después del pesado examen que se ha hecho de la definición legal de tradición contenida en el inciso primero del artículo 670 del *Código Civil* es posible reseñar, brevemente, algunas conclusiones generales, las particulares quedan detalladas a propósito de las respectivas materias.

1. El codificador en el título VI del libro II del *Código Civil* asumió la tarea de tratar exclusivamente de la tradición en cuanto modo de adquirir el dominio, otros derechos reales o el derecho de ganar por prescripción.
2. El intento dogmático anterior no hallaba precedentes en sus fuentes y por ello no siguió fielmente a la jurisprudencia clásica romana, para la cual la tradición operaba como modo de adquirir la posesión y como modo de adquirir el dominio.
3. Por la misma razón anterior tampoco siguió la concepción dogmática de Pothier, cuyo presupuesto era una concepción general de la tradición posesoria.
4. A pesar del esfuerzo dogmático de definir exclusivamente una tradición en cuanto modo de adquirir derechos, la utilización de Pothier para la elaboración de ciertas disposiciones introdujo el problema semántico de emplear la voz 'tradición' en alguna ocasión con sentido posesorio.
5. El campo operativo de la definición legal de la "tradición" contenido en el artículo 670 es sólo para los específicos efectos de la adquisición de los derechos referidos por ella, al tenor de lo prescrito por el artículo 20 del *Código Civil*, pues está allí definida "para ciertas materias", y no para otras. Supuesto lo anterior, en principio, la voz 'tradición' definida en el artículo 670 del *Código Civil* se refiere únicamente a la tradición dominical o de otros derechos, de manera que debe precisarse en qué otras disposiciones del *Código* es utilizada en tal significación legal, y en cuáles no. Tal cuestión será materia de un próximo estudio.

CONTRATOS POR ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS ¿POR QUÉ EL ESTADO Y NO SOLAMENTE EL MERCADO?

Frigo de la Maza Gazmuri¹

*Qui aiti contractual, aiti iuste
Volenti non fit injuria.*

*Entre el pobre y el rico, el débil y el fuerte,
la libertad es la que oprime y la ley es la que libera.*

Como ha dejado ver Larrounet, el contrato puede ser entendido desde una doble perspectiva. De una parte, el contrato es un procedimiento técnico para asegurar intercambios económicos. De otra, corresponde a un acuerdo de las voluntades de quienes intervienen en él². Ambas facetas del contrato pueden coincidir—como solía suceder al momento de la dictación de los códigos decimonónicos—o pueden dislocarse—como parece suceder con frecuencia en el tiempo que habitamos—. Cuando los mecanismos a través de los cuales realizamos intercambios económicos y el ejercicio de la voluntad de los contratantes se alejan, entonces parecen existir buenas razones para cuestionar a la concepción clásica del contrato.

Quizá uno de los fenómenos en que se refleja con mayor nitidez este alejamiento sean los contratos por adhesión. La idea de que una de las partes—por regla general la más poderosa económicamente—presente a la otra el contenido prescriptivo del acuerdo, en términos que la otra únicamente pueda aceptarlos o rechazarlos, parece violentar de modo decisivo la idea de que el contrato es obra exclusiva de los contratantes.

Sin perjuicio de lo anterior, los contratos por adhesión constituyen hoy en día un fenómeno ubicuo. Esta ubicuidad representa un desafío para la teoría clásica del contrato.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Agradezco los comentarios de los miembros del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales a una versión preliminar de este trabajo, en particular los de Carlos Pizarro y Carlos Peña.

² LARROUNET, Christian, *Droit Civil*, 4^a ed., Paris, Ed. Economica, 1998, tome 3. *Les Obligations Le Contrat*, p. 92.