

mitan comprender esta materia, proponiendo al mismo tiempo para la solución de los problemas antes mencionados una alternativa de interpretación que creo adecuada. Para ello manifesté mi opinión que procuro fundamentar en el articulado del Código Civil y en el Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo su aprobación, que resulta en muchos aspectos particularmente útil y revelador, la que suele no coincidir con la que se ha postulado tradicionalmente. Me he visto obligado también, en ciertas ocasiones, a opinar que en esta materia hay conceptos confusos en el Código y, a veces, inclusive errores, lo que implica que me he tenido que rebelar contra el dogma que algunos sustentan, en el sentido de que nuestro Código Civil es perfecto y que don Andrés Bello no se equivoca.

Mis reflexiones y comentarios sobre la Tradición y Prescripción, materia esta última en que se analiza la Posesión, fueron recogidos por un grupo de alumnos, quienes con particular interés y dedicación, elaboraron un texto de apuntes sobre la base de mis explicaciones en clases.

En ese texto, en el que trabajaron los alumnos de la Universidad Católica Franco Gorziglia Cheviakoff y Nicolás Vergara Correa y el alumno de la Universidad de Chile Gabriel Hernández Paulsen, he basado la presente obra, por lo que dejo testimonio de mi agradecimiento a los alumnos mencionados por lo que constituyó una importante y eficaz colaboración.

Precisamente porque trato de dar una opinión personal, he evitado en este trabajo reproducir las interpretaciones que podríamos llamar tradicionales, limitándome a las referencias que he creído indispensables. Para quienes quisieran conocer con mayor detalle los planteamientos de la doctrina nacional, se incluye al final una bibliografía que contiene las obras que me parecen más útiles con tal objeto.

1. LA TRADICIÓN

COMO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO

1.1. Conceptos generales

Desde el momento que el dominio que se tiene sobre una cosa puede cambiar de titular, como consecuencia de un acto voluntario por el cual el primitivo dueño traspasa su derecho a otra persona, el ordenamiento jurídico juzgó relevante tipificar el acto jurídico que permita la transferencia del dominio. Dicho acto, que se conoce en derecho con el nombre de tradición, se fundamenta en que una de las partes, el tradente, tiene la intención de traspasar o transferir el dominio de una cosa determinada a la otra, el adquirente, que tiene, a su vez, la intención de adquirirlo.

Son los romanos quienes estructuran la tradición con el alcance y efectos con que la conoce el derecho moderno. Y ello porque según la concepción del derecho romano sobre los contratos, éstos no transfieren el dominio; constituyen solamente el título o antecedente que puede justificar la adquisición del dominio, y dicha adquisición se produce no como efecto directo del contrato, sino que como efecto directo de la tradición, que es el modo de adquirir. Así, por ejemplo, perfeccionado entre las partes un contrato de compraventa, el comprador no adquiere por el solo contrato el dominio, sino que necesita para ello que el vendedor voluntariamente le haga entrega de la cosa, con la significación jurídica de que está traspasando o transfiriendo el dominio. La entrega con la connotación jurídica de transferencia del dominio es lo que constituye en líneas esenciales a la tradición como modo de adquirir.

Para la adquisición del dominio el Código Civil chileno sigue la doctrina del derecho romano, que distingue entre el contrato, por una parte, y el modo de adquirir, por otra. Del contrato solamente nacen derechos personales: el crédi-

to del acreedor y la obligación del deudor. El contrato por sí solo no permite adquirir el dominio ni ningún otro derecho real. Si por el contrato las partes buscan, en último término, que el dominio que una de ellas tiene sobre una cosa se transfiera a la otra, necesariamente debe realizarse la tradición, que es el modo de adquirir. Así, en el contrato de compraventa, una vez perfeccionado éste surge para el vendedor el derecho personal o crédito para exigir al comprador el pago del precio; y correlativamente la obligación de hacer la tradición de la cosa. Y nace para el comprador el derecho personal o crédito para exigir la tradición de la cosa; y correlativamente la obligación de pagar el precio. El dominio se adquiere por el modo de adquirir, en este caso, la tradición. El contrato es simplemente un antecedente -o título como la llama la ley- que justifica la adquisición del dominio por la tradición.

Cabe considerar que toda tradición supone una entrega, a la cual está obligada, por lo general, una de las partes que celebra un contrato que impone tal obligación. Pero no todos los contratos que hacen nacer para una de las partes la obligación de entregar una cosa, justifican que la entrega que se realice permita adquirir el dominio. Sólo presentan este carácter los contratos que se llaman translativos de dominio, en virtud de los cuales una de las partes asume la obligación de hacer la tradición con la significación jurídica de transferir el dominio. Por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de una cosa, el arrendador asume la obligación de hacer la entrega al arrendatario. Pero la entrega que se hace a éste no opera la transferencia del dominio, porque no se ha hecho con esta significación, lo que se evidencia con el hecho que el título -el contrato de arrendamiento- no justifica que la entrega que se efectúe en virtud de él opere el traspaso del dominio. El contrato de arrendamiento de cosa no es, pues, un título translativo de dominio. En cambio sí lo es la compraventa, la permuta, la sociedad en que hay obligación de aportar una cosa en dominio, etc.

En materia de transferencia del dominio el Código Civil chileno se aparta del Código Civil francés, que considera que el solo contrato es apto para transferir el dominio, y sigue, como se ha visto, la doctrina del derecho romano que distingue claramente entre el modo de adquirir, por una parte, y el título translativo, por otra.

Lo dicho justifica la importancia de la tradición como modo de adquirir el dominio y su amplia aplicación en la práctica, lo que revela el hecho que en

todos los contratos translativos de dominio que imponen a una de las partes la obligación de transferir el dominio, el deudor sólo puede cumplir su obligación efectuando la tradición de la cosa. O dicho en términos más generales, cada vez que la obligación de una persona consiste en dar una cosa, con la connotación jurídica que tiene la obligación de dar, el deudor debe hacer una tradición. Así, en todos los contratos translativos de dominio nace para una o para ambas partes la obligación de dar. En la donación, por ejemplo, contrato en que sólo se obliga el donante a dar la cosa donada, éste cumple su obligación haciendo la tradición al donatario. En la compraventa, ambas partes se obligan a dar: el vendedor, la cosa vendida y el comprador, el precio, y cumplen su obligación con la tradición de la cosa y del precio, respectivamente.

Antes de terminar con las generalidades en materia de tradición, es útil advertir la relación entre los términos tradición y enajenación. Tradición y enajenación son sinónimos; enajena una cosa quien hace la tradición de la misma. Los contratos translativos no constituyen enajenación; en ellos una o ambas partes sólo se obligan a enajenar. Así, por ejemplo, cuando el Código Civil consigna en el artículo 1464 que la enajenación de ciertas cosas constituye objeto ilícito, se está refiriendo, no a los contratos que tengan por objeto tales cosas, sino que a la tradición de las mismas.

1.2. Definición de la tradición

La tradición está definida por el artículo 670 del Código Civil como "un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por la otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales".

Como comentario preliminar cabe hacer presente que el Código Civil en diversas disposiciones se refiere a la tradición, pero no necesariamente con el alcance de modo de adquirir el dominio que presenta la definición del artículo 670. Cuando el Código utiliza la palabra tradición, por lo general lo hace como sinónimo de entrega, y no bajo la perspectiva de un modo de adquirir el dominio, lo que debe tenerse en consideración para evitar equívocos. De ello se infiere un principio importante: 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; pero no toda entrega produce el efecto de la tradición como un modo de adquirir el dominio.

Es perfectamente posible que la entrega -entendiéndose por tal el traspaso material de una cosa de manos de una persona a otra- pueda operar la transferencia del dominio o no. Sólo la entrega que hace la parte que contrajo la obligación de dar en virtud de un título translativo constituye jurídicamente una tradición, que puede operar la transferencia del dominio si se cumplen los requisitos legales. En cambio, la entrega que hace la parte que contrajo la obligación, no de dar sino que de entregar, en virtud de un título no translativo, como es por ejemplo, un título de mera tenencia, no constituye jurídicamente una tradición que permita la transferencia del dominio, porque el título de mera tenencia no permite desprender que en la entrega que se efectúa en virtud de él existe la intención de transferir el dominio, sino que por el contrario, el título revela una intención diametralmente opuesta, desde el momento que quien recibe la cosa lo hace reconociendo dominio ajeno, esto es que la cosa no le pertenece. El contrato de arrendamiento es un ejemplo de título de mera tenencia, lo que significa que el arrendatario que recibe la cosa no adquiere el dominio ni la posesión de la misma, sino que la mera tenencia, relación jurídica que se tiene sobre las cosas que pertenecen a otra persona y respecto de las cuales el que las detenta -el mero tenedor- reconoce dominio ajeno.

Como un segundo comentario, es preciso destacar que por la tradición se puede adquirir, no sólo el dominio, sino que también los demás derechos reales. Por ejemplo, si una persona dona a otra el usufructo de una cosa mueble, el mero contrato de donación no va a hacer nacer el derecho real de usufructo, sino que solamente permite al donatario adquirir el derecho personal para exigir al donante la tradición del derecho real de usufructo. La entrega de la cosa al donatario que haga el donante con la intención de constituir el usufructo, es una tradición entendida como un modo de adquirir, no en esta hipótesis el dominio, sino que otro derecho real: el de usufructo. Por otra parte, la entrega que se hace al donatario para constituir el derecho real de usufructo, no lo va a hacer dueño de la cosa sobre la cual se ejerce el usufructo, sino que lo va a hacer dueño de su derecho de usufructo, en aplicación del artículo 583 del Código Civil que dice que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. La relación jurídica del usufructuario sobre la cosa fructuaria es la de un mero tenedor, ya que reconoce el dominio ajeno, en este caso, el del nudo propietario.

Cabe mencionar, finalmente, que también se pueden adquirir por tradición los derechos personales, lo que permite apreciar el amplio alcance de la tradición como modo de adquirir tanto cosas corporales como incorporales, sin limitación alguna.

1.3. Naturaleza jurídica de la tradición

La tradición es un acto jurídico bilateral o convención, que requiere para que nazca a la vida del derecho la manifestación de voluntad de dos partes: tradente y adquirente. La primera efectúa voluntariamente la entrega de la cosa y la segunda, voluntariamente, la recibe.

De acuerdo con la doctrina clásica, las partes celebran un acto jurídico con la intención de crear, modificar o extinguir derechos. Cabe preguntarse, siguiendo esta concepción, cuál es la intención que persiguen las partes cuando celebran el acto jurídico tradición, entendido como un modo de adquirir el dominio.

a) Lo primero que cabe advertir es que la tradición no crea un derecho. Solamente opera el traspaso del derecho de dominio que ya existía, de manos del antiguo titular a uno nuevo.

Si se estimara que la tradición es una convención por medio de la cual se crea un derecho, debería atribuírsele la naturaleza jurídica de un contrato, definido como la convención generadora de derechos y obligaciones, lo que iría abiertamente en contra de la doctrina que sigue nuestro Código Civil, que distingue entre el contrato -título- por una parte y la tradición, por otra; esta última como un acto jurídico que no es un contrato, y vendría a implicar, en definitiva, que el solo contrato -en esta hipótesis la tradición si se la considera como tal- permitiría adquirir el dominio.

b) Bajo el esquema de la doctrina clásica, la tradición es una convención que persigue modificar un derecho. Tal modificación resulta del hecho que la tradición produce como efecto el cambio de titular del dominio, que antes era otra persona. Si bien el derecho como tal no cambia, pues es el mismo que tenía el anterior titular, se produce una modificación en éste desde el momento que no va estar radicado en la persona con quien antes el derecho se identificaba.

El concepto de la tradición como una convención que modifica un derecho ha sido objeto de críticas por un sector de la doctrina, las que surgen de la observación que el derecho que se transfiere en virtud de la tradición, analizado como tal, en cuanto establece una relación jurídica sobre una cosa que faculta a su titular para usar, gozar y disponer de la misma, no cambia ni se modifica, toda vez que se mantiene exactamente igual al que tenía el anterior titular; de modo que el mero cambio de la persona del titular no implica realmente una modificación del derecho, pues éste sigue siendo el mismo. Por lo anterior algunos, teniendo presente que la tradición no crea el derecho de dominio, que ya existía, y que tampoco lo modifica como tal, estiman que el propósito perseguido con la convención es uno propio y específico: traspasar dicho derecho.

c) Según se ha mencionado, para establecer la naturaleza jurídica de la tradición, atendiendo al derecho de dominio que en virtud de ésta se adquiere y desechándose que la tradición es un contrato, cabe concluir que es una convención que modifica un derecho o, si se quiere, que opera el traspaso de un derecho. Sin perjuicio de lo anterior, es posible analizar la naturaleza jurídica de la tradición bajo una perspectiva diferente, que resulta, no de atender al derecho de dominio que se adquiere, sino que al efecto que produce la tradición en relación con la obligación que engendraba el título que sirve de antecedente o justificación a aquella. La compraventa, por ejemplo, es el título translativo típico en mérito del cual el vendedor contrae la obligación de hacer la tradición de la cosa vendida. El modo natural de extinguir dicha obligación es el pago efectivo o solución, definido como la prestación de lo que se debe. El vendedor que hace la tradición al comprador está extinguiendo la obligación que emana de la compraventa por la prestación de lo que debe: la tradición. Bajo este prisma la tradición es una convención por medio de la cual se extingue la obligación de hacer la tradición que se había contraído en virtud de un título; debiendo considerarse, según el esquema general de la doctrina clásica, como una convención que extingue un derecho o que extingue una obligación. La comprensión de lo anterior resulta fácil si se piensa que en la compraventa del ejemplo, el comprador tiene el derecho personal para exigir al vendedor que le haga la tradición de la cosa vendida, y el vendedor contrae la obligación de efectuar la tradición. La tradición hecha por el vendedor extingue, por una parte, el derecho personal del comprador y, por otra, la obligación correlativa del vendedor.

En síntesis, es posible concluir que las partes que celebran la convención llamada tradición, persiguen un doble propósito:

- 1) Mirada desde la perspectiva del dominio que se adquiere, las partes tienen la intención de modificar el derecho de dominio radicado en un titular determinado, lo que se logra cambiando la titularidad del dominio de una persona a otra. Para quienes consideran que la tradición no opera la modificación de un derecho, pues el dominio, aunque cambie la persona del titular sigue siendo el mismo, las partes tienen la intención de traspasar el derecho de dominio y radicarlo en una persona distinta al primitivo dueño.
- 2) Mirada desde la perspectiva de la obligación que ha contraído una persona de hacer la tradición, las partes tienen la intención de extinguir dicha obligación por la prestación de lo que se debe; o lo que es lo mismo, pero desde el ángulo del acreedor, las partes tienen la intención de extinguir el derecho personal que había adquirido una persona para exigir que se le haga la tradición de una cosa.

1.4. Características de la tradición como modo de adquirir el dominio

Los modos de adquirir el dominio, definidos como los hechos jurídicos a los cuales la ley atribuye la significación de hacer nacer el derecho real de dominio o de operar su traspaso, admiten diversas clasificaciones, siendo las más importantes las siguientes: Atendiendo a si el dominio que se adquiere se origina en la persona de su titular o deriva, por el contrario, del que tenía un titular anterior, los modos de adquirir se clasifican en originarios y derivativos; atendiendo a si el título que sirve de antecedente al modo de adquirir significó o no para el adquirente un sacrificio o gravamen pecuniario, se clasifican en modos de adquirir a título gratuito y modos de adquirir a título oneroso; atendiendo a si se adquiere el dominio de una o más cosas determinadas o, por el contrario, el patrimonio de una persona, concebido como una universalidad jurídica distinta de los bienes que la componen, los modos de adquirir se clasifican en a título singular y a título universal.

La tradición presenta las siguientes características:

- a) **Es un modo de adquirir derivativo.** Esto significa que el dominio que se adquiere en virtud de la tradición emana o deriva de un titular anterior; no es un derecho nuevo, sino que el mismo que tenía el antiguo dueño, con todas sus facultades y eventuales cargas.

Tiene importantes consecuencias esta característica de la tradición. De partida, si se considera que se adquiere el mismo derecho que antes estaba radicado en el anterior titular, se aplica a la tradición el principio contenido en el conocido aforismo de que nadie puede transferir más derechos que los que tiene ni nadie puede adquirir más derechos que los que tenía el anterior titular. Así, por ejemplo, la entrega que haga el vendedor al comprador no le va a transferir el dominio si el vendedor no era dueño de la cosa. Del mismo modo la tradición que haga el vendedor dueño de un predio que se encuentra gravado con hipoteca o servidumbres pasivas transferirá al comprador el dominio, pero subsisten los gravámenes que afectan al predio. O la tradición que haga el dueño de un predio que goza de servidumbres activas, opera la transferencia del dominio incluyéndose las servidumbres que beneficiaban al predio.

Otro alcance que deriva del hecho de ser la tradición un modo de adquirir derivativo, pero éste con un enfoque más bien práctico, guarda relación con la prueba del dominio. Si una persona que alega ser dueña de una cosa por tradición se ve en la necesidad de probar el dominio, deberá acreditar, en primer lugar los hechos o supuestos de hecho que la ley establece para este modo de adquirir, como es que se le hizo la entrega de la cosa en virtud de un título translativo. Pero ello, si bien suficiente para probar la tradición, no es suficiente para probar que la tradición le transfirió el dominio, ya que para que se produzca este efecto es menester que la persona que le hizo la tradición haya tenido la calidad de dueño de la cosa. Por eso debe probar, además, el dominio de ésta. La prueba del dominio en los modos de adquirir originarios es mucho más simple, ya que basta con que el adquirente acredite los supuestos de hecho que establece la ley para que opere el modo de adquirir.

- b) **La tradición es un modo de adquirir entre vivos,** lo que significa que los efectos que le son propios no requieren, como supuesto natural e indis-

pensable, la muerte de una persona. Lo anterior no obsta a que pueda convertirse que la tradición que se efectúe de una cosa debe entenderse que no transfiere el dominio, mientras no se produzca la muerte de una persona. En esta hipótesis, en virtud de una estipulación de las partes, se están modificando los efectos que normalmente produce la tradición, lo que no altera el carácter de modo de adquirir entre vivos que ésta tiene, ya que la ley considera de la naturaleza de la tradición que produzca los efectos que le son propios sin requerir la muerte de nadie. El modo de adquirir no es entre vivos sino que, por el contrario, por causa de muerte, cuando la ley establece como un supuesto esencial para que produzca sus efectos la muerte de una persona, lo que ocurre en la sucesión por causa de muerte.

- c) **La tradición es un modo de adquirir a título gratuito o a título oneroso.** Por sí misma la tradición no es un acto gratuito u oneroso; lo que sí puede ser el título. Se habla entonces de tradición a título gratuito cuando el adquirente no queda obligado por el título a desembolsar nada a cambio del bien que adquiere, lo que ocurre, por ejemplo, tratándose de la tradición que hace al donatario el donante de una cosa. El título de esa tradición -el contrato de donación- es gratuito, porque sólo el donatario obtiene utilidad o beneficio como consecuencia de su celebración. Se habla, en cambio, de tradición a título oneroso cuando el adquirente ha quedado obligado por el título a efectuar un desembolso pecuniario a cambio de la cosa que adquiere, o lo que es lo mismo, si bien obtiene un beneficio del contrato que sirve de antecedente a la tradición, toda vez que por intermedio de él llegará a la tradición que le hará adquirir el dominio de una cosa que no tenía en su patrimonio, debe sufrir al mismo tiempo un sacrificio o gravamen pecuniario. Así, la tradición que tiene como título una compraventa es a título oneroso, porque en virtud de dicho contrato ambas partes se benefician y se gravan recíprocamente: el comprador, a cambio del beneficio que importa incorporar un nuevo bien a su patrimonio se grava con la obligación de pagar el precio; y el vendedor, a cambio de incorporar a su patrimonio el precio se grava con la obligación de dar la cosa vendida.

- d) **La tradición es un modo de adquirir generalmente a título singular y excepcionalmente, a título universal.** La tradición es a título singular cuando tiene por objeto una o más cosas determinadas y a título universal cuando tiene por objeto el patrimonio de una persona o una cuota de éste.

La tradición del derecho real de herencia, que tiene por objeto el patrimonio de una persona difunta o una cuota de él, constituye el caso de excepción en que la tradición es a título universal. Ello ocurre tratándose de la llamada cesión de derechos hereditarios, en virtud de la cual, muerto el causante, uno de sus herederos, por ejemplo, transfiere a otra persona los derechos que le corresponden en la herencia. El título o antecedente de la cesión puede ser un contrato gratuito, vgr. donación, o un contrato oneroso, vgr. compraventa.

1.5. Alcance de las palabras “entrega” y “tradición”

La doctrina diferencia claramente el significado jurídico de los términos “entrega” y “tradición”, lo que ya advertían los romanos.¹

a) En su acepción vulgar o corriente, la palabra entregar significa poner en manos o en poder de otro una cosa; o sea, designa el acto por el cual una persona traspaasa materialmente una cosa a manos de otra. Así se dice que el arrendador de una cosa debe entregarla al arrendatario.

Pero también se dice en el lenguaje corriente que el vendedor se obliga a entregar la cosa al comprador, lo que no coincide con el concepto jurídico, que sustituye en este caso la palabra entrega por tradición. Lo jurídicamente correcto es que el vendedor se obliga a hacer la tradición de la cosa al comprador. Si bien es cierto que también el vendedor pone la cosa en manos del comprador, realiza con ello un acto jurídico diferente de lo que se llama mera o simple entrega y que se denomina, en cambio, tradición.

b) La diferencia entre la mera o simple entrega y la tradición radica en que jamás la primera permite que quien recibe la cosa adquiera el dominio. En cambio, la persona que recibe la cosa por la tradición adquiere el dominio, si ésta cumple los requisitos legales. En la práctica, al menos en lo que respecta a las cosas corporales muebles, es difícil distinguir si un hecho constituye jurídicamente una mera entrega o una tradición, pues tanto la una como la otra se suelen efectuar por medios análogos o equivalentes. La distinción está en que quien se limita a efectuar una simple entrega, no tiene la intención de transferir el dominio de la cosa; intención que sí debe

¹ Ver Luis Claro Solar: “Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado” (Vol. III) -Editorial Jurídica de Chile año 1979- pp. 254 y 255.

tener el obligado a la tradición. ¿Y cómo es posible saber, entonces, si el acto es entrega o tradición? Simplemente atendiendo al título en virtud del cual se recibe la cosa, porque hay títulos como los contratos translativos que establecen la obligación de hacer la tradición y que permiten presumir la intención en el tradente de transferir el dominio; y hay otros, en cambio, que sólo consideran una simple o mera entrega que no permite presumir la intención de transferir el dominio.

El efecto que produce la tradición es muy distinto del que deriva de una simple entrega. El que recibe una cosa porque se le hizo la tradición adquiere el dominio, siempre que el tradente sea dueño y que la tradición cumpla los demás requisitos para que transfiera el dominio. Y aunque el tradente no sea dueño, procediendo la tradición de un título translativo, la persona que recibe la cosa adquiere su posesión. No adquiere el dominio, pero sí la posesión que por lo general habilita para adquirir el dominio por un modo diferente: la prescripción adquisitiva.

En cambio, el que recibe la cosa por la simple o mera entrega y no la tradición, es obvio que no adquiere el dominio; pero tampoco adquiere la posesión. Es un mero tenedor de la cosa, que reconoce dominio ajeno. Creemos que los conceptos anteriores pueden aclarar el sentido de una afirmación de la doctrina que sin ellos aparece como incomprensible: “Toda tradición constituye una entrega pero no toda entrega constituye una tradición”. Este aforismo surge de la observación que el hecho de poner una cosa en manos de otro lo requieren tanto la tradición como la simple entrega, de manera tal que quien hace la tradición de una cosa también la entrega. Pero no todo el que entrega una cosa está haciendo la tradición de la misma.

Se observa, asimismo en la doctrina, que entre los términos entrega y tradición hay una relación de género a especie: la entrega es el género y la tradición una especie de entrega que permite a través de ella la transferencia del dominio.

c) La distinción entre lo que jurídicamente constituye entrega y lo que constituye tradición no aparece reflejada en nuestro Código Civil con la precisión con que la formula la doctrina, lo que ha inducido algunos a insinuar que don Andrés Bello no tenía clara la diferencia entre ambos conceptos y

a otros a estimar que, simplemente, no la consideró relevante, lo que por cierto parece más probable. En nuestro concepto, y luego de analizar las diversas disposiciones del Código Civil en que se habla de entrega y tradición, es posible concluir que cuando el legislador utiliza la palabra tradición, lo hace con la acepción amplia que ésta tiene, en el sentido de "entrega a uno de una cosa"; pero en cabal conocimiento de que la tradición, entendida como entrega, puede, en ciertos casos, transferir el dominio, y en otros no, como lo revelan, por ejemplo, los siguientes artículos: El artículo 1443 dice que "el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere". Evidentemente la palabra tradición no está tomada en el sentido de la entrega que transfiere el dominio, pues la entrega de la cosa que perfecciona al contrato real no confiere, por lo general, el dominio ni la posesión, sino que solamente la mera tenencia, con la única excepción del contrato de mutuo, en el cual la entrega que hace el mutante transfiere el dominio al mutuario. Tan evidente es que la palabra tradición del artículo 1443 no se refiere a la tradición que transfiere el dominio, que cuando el legislador define en el artículo 2197 el contrato de mutuo, dice que "no se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición y la tradición transfiere el dominio". Las palabras "y la tradición transfiere el dominio" reflejan inequívocamente que, si bien Bello utiliza indistintamente las palabras entrega o tradición con el alcance que la doctrina da a la llamada simple o mera entrega, comprendió perfectamente que la entrega necesaria para perfeccionar el contrato de mutuo es, precisamente, la que transfiere el dominio. En el mismo sentido de simple o mera entrega está tomada la palabra tradición en el artículo 2174 inciso final, que dice que el comodato "no se perfecciona sino por la tradición de la cosa". Finalmente, la más clara demostración que en la terminología del Código Civil se emplean las palabras entrega y tradición como sinónimos, sin la connotación jurídica que a una y a otra da la doctrina, lo constituye el artículo 1824, que dice que el vendedor es obligado a "la entrega o tradición de la cosa vendida". Sin embargo, y de la misma manera que precisó en el artículo 2197 que la tradición en el mutuo transfiere el dominio, el legislador agrega en el artículo 1824 que la tradición a que es obligado el vendedor "se sujetará a las reglas dadas en el título VI del libro II", y esas reglas a que se refiere la disposición son las relativas a la tradición que transfiere el dominio.

² Ver Luis Claro Solar, op. cit. p. 255 y Antonio Vodanovic H. "Curso de Derecho Civil Los Bienes y los Derechos Reales", 3ª. Edición. Editorial Nascimento, Santiago, 1974, pp. 325 y 326.

Es importante, en consecuencia, tener en consideración que en nuestro Código Civil las palabras entrega y tradición son sinónimos, y que cuando el Código habla de tradición lo hace con la acepción de entrega, salvo cuando se refiere específicamente a la tradición que transfiere el dominio, por ejemplo, en el artículo 2197 y en los artículos 670 y siguientes. La definición que da el Código en este último artículo de la tradición está, ciertamente, referida a la tradición que transfiere el dominio. Por consiguiente, y dentro de la terminología del Código Civil, la palabra genérica es tradición; y una especie de ella es la tradición que transfiere el dominio, lo que no trae ningún problema de interpretación ni consecuencias prácticas.

1.6. Requisitos de la tradición

Los artículos 670 y siguientes señalan los requisitos que debe reunir la tradición para que transfiere el dominio. Antes de entrar a su análisis nos parece necesario considerar cuáles son los requisitos esenciales e indispensables para que el acto jurídico que el legislador llama, en general, tradición, adquiera existencia jurídica, independientemente del hecho que transfiere o no el dominio.

Dividiremos, por lo tanto, nuestro estudio en dos partes: requisitos de existencia de la tradición y requisitos especiales de la tradición para que transfiere el dominio.

- a) La existencia jurídica del acto llamado tradición supone la concurrencia de dos elementos esenciales: Presencia de dos partes, toda vez que la tradición es una convención y éstas requieren la manifestación de voluntad de dos partes; y el traspaso de una cosa de manos de una persona a otra. Dicho traspaso opera como efecto de dos actos: el primero, el de la persona que pone la cosa en manos o en poder de la otra; y el segundo, el de la persona que recibe la cosa ya sea materialmente en sus manos o de otra manera por la cual ésta quede en su poder.

Lo anterior significa que para que se perfeccione la tradición no basta que se encuentren las dos partes frente a frente; ni que una de ellas manifieste a la otra su intención de poner la cosa en sus manos. Es indispensable para la existencia de la tradición que la parte que tiene derecho a exigirla reciba

la cosa que la otra parte pone en su poder. No es suficiente que esta última manifieste su voluntad de hacer la entrega de la cosa si la persona a quien quiere traspasarla no consiente en recibirla. Ello, a lo más, constituiría una oferta de entrega; pero no una tradición.

Del mismo modo, tampoco hay tradición si la persona que tiene derecho a exigir de otra el traspaso de una cosa, se apodera simplemente de ésta o la arrebatada sin el consentimiento de la segunda. Y ello, porque la tradición supone que una de las partes voluntariamente pone la cosa en manos de la otra.

Cumplidos estos requisitos, nace a la vida del derecho el acto jurídico llamado tradición. Con su sola concurrencia la parte que recibe la cosa puede adquirir la mera tenencia de la misma, bajo el supuesto de que la parte que entregó la cosa lo hizo cumpliendo la obligación contraída por un título de mera tenencia, como por ejemplo, un contrato de comodato. Su sola concurrencia, en cambio, no es suficiente para que la tradición transfiera el dominio. La ley impone para ello ciertas exigencias, que se estudiarán a continuación.

b) Para que la tradición opere los efectos de modo de adquirir el dominio o para que haga posible la transferencia del dominio, deben cumplirse los requisitos que establece la ley cuando regula la tradición como modo de adquirir el dominio (Título VI del Libro II). Tales requisitos son los siguientes:

- 1) Existencia de un tradente, por una parte; y de un adquirente, por la otra.
- 2) Entrega que de la cosa hace el tradente al adquirente, y que supone el consentimiento de ambos.
- 3) Intención en el tradente de transferir el dominio y en el adquirente de adquirirlo.
- 4) Facultad en el tradente de transferir el dominio.
- 5) Capacidad de las partes.
- 6) Existencia de un título translativo de dominio.
- 7) Cumplimiento, en ciertos casos, de solemnidades especiales para la enajenación.

1.7. Existencia de un tradente y de un adquirente

Con este requisito la ley no significa, como creen algunos, que la tradición requiere la existencia de dos partes, una que entrega y otra que recibe, lo que creemos absolutamente innecesario desde el momento que la tradición es un acto jurídico bilateral, como se desprende claramente de la definición de tradición del artículo 670. Por lo demás, y como veíamos antes al analizar los requisitos de existencia de la tradición, ésta siempre supone la existencia de dos partes, sea que transfiera o no el dominio. Lo que la ley requiere es que una de las partes tenga la calidad jurídica de tradente; y que la otra tenga la de adquirente, según la definición que el inciso 1º del artículo 671 da de tradente y de adquirente, respectivamente. En síntesis, para que exista la tradición debe haber dos partes: una que entrega y otra que recibe. Y para que la tradición transfiera el dominio, la parte que entrega tiene que tener la calidad jurídica de tradente, y la que recibe, la calidad de adquirente.

a) El inciso 1º del artículo 671 dice que se llama tradente la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre, de lo que se desprende que no es suficiente que una de las partes entregue la cosa para que tenga la calidad jurídica de tradente, sino que es indispensable para ello que por la tradición transfiera el dominio de la cosa que entrega él, personal y directamente, u otra persona a su nombre como representante legal o voluntario.

b) El mismo inciso 1º del artículo 671 dice que se llama adquirente la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre, de lo que se hace posible desprender, a su vez, que no basta para tener la calidad jurídica de adquirente que se reciba la cosa que otro entrega, sino que es necesario que la persona que recibe la cosa personal o directamente o por intermedio de un representante legal o voluntario que la recibe a su nombre, adquiere por la tradición el dominio.

c) Como comentario general al artículo 671, cabe reiterar que el concepto legal de tradente y de adquirente se estructura sobre la base de que la tradición transfiera el dominio, por una parte; y que se adquiriera, por la otra. En estricto rigor no hay tradente, si por la tradición la persona que entrega o a nombre de quien se entrega la cosa no transfiere el dominio; como tampoco hay adquirente si por la tradición la persona que recibe o a nombre de

quien se recibe la cosa no adquiere el dominio. Lo que sí supone, en todo caso, el artículo 671 es que aun cuando no se den las calidades jurídicas de tradente o de adquirente existe el acto jurídico tradición, pues parte de la base que una parte entrega y la otra recibe; independientemente del hecho que la tradición no transfiere el dominio, precisamente por faltar el tradente o el adquirente. Este comentario es útil para analizar el alcance del artículo 672, que requiere para la validez de la tradición que sea hecha voluntariamente por el tradente y por el adquirente, según se verá más adelante.

d) Otro aspecto digno de mención es que el artículo 671 revela que tanto el tradente como el adquirente pueden concurrir personalmente a la tradición, o bien representados por una persona con poder de representación. Lo anterior significa que se aplica a la tradición el principio general que permite a las personas celebrar actos jurídicos por intermedio de representantes, produciéndose en tal caso los efectos de la representación señalados por el artículo 1448: "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

e) La disposición del artículo 671 presenta una particularidad en lo que atañe a la representación, pues establece un caso de representación legal que se da en la tradición: la del tradente en la enajenación que se hace como consecuencia de una venta forzada por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta. En tal enajenación el juez tiene la calidad de representante legal de la persona cuyo dominio se transfiere, lo que significa que el juez entrega la cosa a nombre del tradente (inciso 3° del artículo 671).

Por ejemplo, si el representante legal de un incapaz vende una cosa de propiedad de su representado y hace la tradición al comprador, se entiende que tradente es el representado, pues la entrega la hizo el representante a nombre de aquél. Del mismo modo, si el mandatario con poder de representar al comprador recibe la cosa, se entiende que el adquirente es el representado, pues el mandatario recibió la cosa a nombre de aquél.

1.8. Intención de las partes

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 translativo 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. El arrendador que entrega la cosa lo hace, simplemente, con la intención de proporcionar el uso y goce de la misma al arrendatario, a cambio de una renta; y el arrendatario la recibe, no con la intención de adquirir el dominio de la misma, sino que, por el contrario, reconociendo dominio ajeno.

Tratándose de la tradición de las cosas corporales muebles, el artículo 684 exige que la intención del tradente de transferir el dominio, no obstante que es posible presumiría del título translativo, 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.

Los medios por los cuales debe figurar la transferencia del dominio de las cosas corporales muebles, según la disposición citada, son los siguientes:

a) Permitiendo el tradente al adquirente la aprehensión material de una cosa presente.

Por ejemplo, si una persona compra un libro, lo corriente es que una vez perfeccionado el contrato el vendedor se lo entregue, tomándolo materialmente el comprador en sus manos. Desde el momento que el tradente permite al adquirente la aprehensión material de la cosa presente, está mani-

festando en concepto de la ley, su intención de transferir el dominio del libro respecto del cual permitió la aprehensión material por parte del adquirente.

b) **Mostrándosela.**

Esta situación se daría, por ejemplo, cuando el vendedor obligado a hacer la tradición de una cosa mueble la muestra al comprador; gesto por el cual el primero revela la intención de transferir el dominio de la cosa que muestra al segundo. El acto por el cual el obligado a hacer la tradición muestra la cosa debe ser inequívoco en el sentido antes indicado; es decir no debe caber duda de que quien muestra la cosa, por ejemplo, con un movimiento de la mano, lo hace con la intención de transferir el dominio de la cosa que enseña o señala a la otra parte para que la vea.

c) **Entregando el tradente al adquirente las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa.**

Esta situación se daría, por ejemplo, si el vendedor obligado a entregar el trigo que se encuentra en un granero, las mercaderías que están en un almacén, o el dinero guardado en una caja de fondos entrega al comprador las llaves del granero, almacén o caja, respectivamente; entendiéndose con tal hecho que el vendedor tiene la intención de transferir el dominio de la cosa que se encuentra guardada en un lugar determinado.

d) **Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.**

El caso sería el de una persona que estando obligada a hacer la tradición de una cosa, se compromete con la otra parte a ponerla a su disposición en un lugar determinado, entendiéndose la ley que con tal hecho revela la intención de transferir el dominio de dicha cosa.

e) **Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translativo de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.**

El número 5° del artículo 684 contempla dos casos distintos:

- 1) El primero se produce cuando una persona que tiene una cosa por un título de mera tenencia, celebra después un contrato translativo que tiene por objeto la misma cosa. La ley, junto con fingir en este caso una tradición que, en realidad no se produce, entiende que el solo contrato translativo revela inequívocamente la intención de transferir el dominio de la cosa.

Por ejemplo, la persona que arrienda una cosa mueble a otra, se la compra, con lo cual termina el contrato de arrendamiento. En estricto rigor, expirando el arriendo el arrendatario tendría que restituir la cosa al arrendador; y a continuación el vendedor tendría que hacer la tradición al comprador. Para evitar esta doble entrega, por lo demás inútil, la ley finge una tradición entre el vendedor y el comprador que tiene la cosa en su poder por un título de mera tenencia anterior, es decir, supone que hubo una tradición, en la cual el vendedor es el tradente y el comprador el adquirente; y supone, asimismo, que la intención del tradente de transferir el dominio se desprende inequívocamente del solo contrato translativo.

- 2) El segundo caso de tradición ficta se produce cuando el dueño de una cosa celebra un contrato translativo en relación con la misma; manteniendo, sin embargo, la cosa en su poder, no como dueño, sino que como mero tenedor.

Por ejemplo una persona vende una cosa mueble a otra, con la cual celebra, al mismo tiempo, un contrato de arrendamiento en virtud del cual se reserva la tenencia de la misma a título de arrendatario. En estricto rigor, el vendedor tendría que hacer tradición de la cosa al comprador; para que éste, a su vez, la entregue al arrendatario. También en este caso, y para evitar una doble entrega, la ley finge una tradición entre el vendedor y el comprador, que en verdad no existe, en la cual supone la calidad de tradente en el primero, y de adquirente en el segundo. Y supone, asimismo, que el solo contrato translativo refleja inequívocamente la intención del tradente de transferir el dominio.

Se ha visto que en la tradición de las cosas corporales muebles, la intención del tradente de transferir el dominio debe figurar por alguno de los medios que la ley establece. En cambio, en lo relativo a la intención del

adquirente de adquirir el dominio, el Código Civil no contiene ninguna disposición que señale como debe manifestarse, probablemente en consideración a que la recepción que hace el adquirente de la cosa que le entrega el tradente en cumplimiento de la obligación de hacer la tradición en virtud de un título translativo de dominio, constituye una inequívoca manifestación de la intención de adquirir el dominio de tal cosa.

1.9. Entrega de la cosa

Hemos señalado que la entrega es de la esencia de toda tradición y que naturalmente la supone la tradición que transfiere el dominio. Teniendo en consideración las diversas disposiciones del Código Civil que se ocupan de la materia, es necesario formular algunas distinciones para establecer como debe hacerse la entrega, en el entendido de que se trata de una tradición que permita la adquisición del dominio:

- a) Tradición de cosas corporales muebles o de derechos reales constituidos sobre éstos;
- b) Tradición de frutos o de cosas que forman parte de un predio;
- c) Tradición de inmuebles o de derechos reales constituidos sobre éstos, con excepción de las servidumbres;
- d) Tradición de las servidumbres;
- e) Tradición del derecho real de herencia;
- f) Tradición de las minas;
- g) Tradición de los derechos personales.

1.10. Tradición de cosas corporales muebles o de derechos reales constituidos sobre éstos

La tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal mueble debe hacerla el tradente entregando la cosa corporal mueble al adquirente por alguno de los medios que señala el artículo 684, que analizamos anteriormente pero con el alcance de la intención de transferir el dominio que revela cada uno de ellos. Corresponde volver a estudiarlos, pero bajo la perspectiva de que a través de dichos medios se materializa la entrega que requiere toda tradición como elemento esencial.

Antes no está demás reiterar que toda entrega supone que una persona traspasa a otra una cosa y que ésta la recibe, ya sea materialmente o de otra manera que le permita incorporar la cosa bajo su poder de dominación. Si el título es translativo de dominio en relación con la cosa que debe entregarse, sólo cabe entenderse cumplida la obligación del deudor si el medio por el cual pone en manos o en poder del acreedor la cosa mueble permite a éste la adquisición de la posesión. En cambio, si el título es de mera tenencia, la entrega debe permitir a quien recibe la cosa adquirir la nueva tenencia de la misma.

Analizaremos a continuación la enumeración del artículo 684:

a) Permitiéndole la **aprehensión material de una cosa presente**.

Este medio de hacer la entrega corresponde a lo que los romanos conocían con el nombre de tradición real, y consiste en que el obligado a la tradición de una cosa que se encuentra delante o en presencia tanto de éste como de quien tiene derecho a exigirla, permite que el segundo la pueda coger o asir materialmente, con el objeto de que la cosa quede en poder de este último. La tradición debe entenderse verificada cuando el adquirente aprehende la cosa, es decir, realiza el acto de cogerla o asirla materialmente, con la intención de hacerla suya.

El solo hecho de que el tradente permita la aprehensión material de la cosa, si bien revela su intención de transferir el dominio, no es suficiente para estimar consumada la entrega, porque es necesario que el adquirente reciba materialmente la cosa, lo que se produce una vez que éste la toma con sus manos.²

La entrega por la aprehensión material, aplicable a las cosas muebles que pueden tomarse fácilmente con las manos, es, sin duda, la más corriente en la práctica. Normalmente, cuando se compra una cosa que por su tamaño y peso permite tomarla con las manos, el vendedor va a pasar la cosa al comprador o le va a permitir que la tome éste directamente.

Cabe preguntarse qué ocurre si la parte que tiene derecho a exigir la tradición se niega a efectuar la aprehensión material de la cosa presente, pese a que la otra parte se la ha permitido.

² Dice Claro Solar -op. cit.p. 279- que "no es necesario que el tradente tome materialmente la cosa mueble y se la pase al adquirente, que es lo que ocurrirá ordinariamente, sino que basta que la ponga al alcance material del adquirente para que éste la aprehenda".

Si la tradición se verifica por el solo hecho de que el tradente haya permitido la aprehensión de la cosa, la negativa del adquirente a tomarla o recibirla en sus manos sería irrelevante. La obligación del tradente de hacer la tradición se habría extinguido por su cumplimiento.

En cambio, si la tradición no se realiza sino cuando el adquirente recibe la cosa porque la ha aprehendido materialmente, la negativa de éste impide estimar consumada la entrega. Luego, y aunque el tradente hubiere permitido la aprehensión de la cosa, no ha operado la entrega; la obligación de hacer la tradición no se ha extinguido y sigue vigente.

Esta última tesis es la que nos parece jurídicamente correcta, por dos razones: porque parte de la base que no puede existir el acto jurídico "entrega" sin la aceptación o recepción de la cosa por el adquirente; y porque la tradición es un pago efectivo o solución, esto es, la prestación de lo que debe el deudor. Cuando una persona debe a otra una cosa mueble, normalmente extinguirá su obligación entregando la cosa que debe por el modo de extinguir las obligaciones pago efectivo, y éste es una convención que supone que una parte voluntariamente entrega y que la otra, también voluntariamente, recibe. El pago efectivo es una convención, en virtud de la cual una parte entrega a la otra. Si el acreedor se niega a recibir la cosa que el deudor debe, no opera el pago efectivo como modo de extinguir las obligaciones, lo que implica que la obligación del deudor de hacer la tradición subsiste, tanto así que para extinguirla el deudor debe recurrir a una forma de pago especial que se llama pago por consignación, previsto en los artículos 1598 y siguientes del Código Civil.

b) Mostrándosela.

Esta forma de hacer la entrega, que los romanos conocían con el nombre de tradición de larga mano, consiste en que el obligado a hacer la tradición pone la cosa a la vista de la otra parte, con la intención de que quede a disposición de ésta, lo que el adquirente acepta. Según Pothier, comentando esta forma de entrega que se aplicaba, no sólo para los muebles, sino que también para los bienes raíces, "los ojos de aquel a quien se muestra la cosa de que se quiere hacerle tradición, hacen la función de sus pies y de sus manos y le hacen adquirir la posesión de la heredad que se le ha mostrado, del mismo modo que si hubiera entrado en ella; y la de una cosa

mueble del mismo modo que si la hubiera recibido por sus manos"⁴ de lo que se infiere que es parecida a la entrega que se realiza a través de la aprehensión material, con la diferencia que en esta forma de entrega hay una suerte de aprehensión simbólica, resultante del hecho de que a quien se muestra la cosa la mira como suya, como si realmente la hubiera tomado o cogido materialmente.

En nuestra opinión, y de acuerdo con el concepto que postulamos de entrega, se nos hace difícil estimar cumplida la obligación de hacer la tradición de una cosa mueble por el solo hecho de que el deudor la ponga a la vista del acreedor, inclusive asumiendo la aceptación del adquirente. Lo que nos parece lógico y razonable es estimar cumplida tal obligación una vez que la cosa se encuentre materialmente en poder del adquirente, lo que no resulta del solo hecho de que una parte la muestre y que la otra la mire, aunque esta última lo haga con ánimo de dueño. Además, cabe tener presente que la tradición que debe hacerse en virtud de un título translativo debe permitir que con ella se adquiriera, a lo menos, la posesión de la cosa y que la entrega que se haga de una cosa mueble permite a quien la recibe la tenencia de la cosa, el corpus, elemento esencial de la posesión. Y nos preguntamos cómo podría adquirir la calidad de poseedor de una cosa mueble el que no la tiene material ni jurídicamente en su poder, sin que parezca satisfactoria la explicación de que adquirió la posesión porque el tradente mostró la cosa y el adquirente la miró con ojos o ánimo de dueño.

Conscientes de que en la interpretación del sentido y alcance del N° 2° del artículo 684 debe tenerse en cuenta que Bello reprodujo un medio de efectuar la entrega que contemplaba el derecho romano, con la sola salvedad de que es aplicable exclusivamente a la tradición de las cosas corporales muebles, podría concluirse que es legalmente posible una forma de tradición en virtud de la cual, pese a que la cosa no se encuentra realmente bajo el poder del adquirente y que no existe la tenencia material de la cosa, igual se adquiere posesión. Sin embargo, tal interpretación presenta, a nuestro juicio, dos reparos importantes. En primer lugar, ésta surge de la consideración de que el artículo 684 establece las maneras en que pueden entregarse las cosas muebles, en circunstancias que la disposición no dice eso, sino que señala cuales son los medios a través de los cuales el tradente debe exteriorizar su intención de transferir el dominio, en términos tales

⁴ Cit. por Luis Claro Solar, op. cit., p. 284.

que sea posible acreditar dicha intención comprobando los hechos a través de los cuales ésta se manifiesta. Suponiendo que una parte obligada a hacer la tradición de una cosa mueble a título de compraventa la pone a la vista de la otra parte, si bien puede revelar con ese acto la intención de transferir el dominio, ello no constituye una entrega, porque aunque el comprador lo acepte así, la cosa sigue en poder del vendedor; éste sigue poseyendo la cosa. Sólo una vez que el comprador entra en posesión de la cosa, lo que podría ocurrir si el vendedor la deja en el domicilio del comprador o si éste por su cuenta la retira del domicilio del vendedor, por ejemplo, debe entenderse la entrega verificada y cumplida la obligación de hacer la tradición. La intención del tradente de transferir el dominio de la cosa se manifestó antes de que la entrega se verificara materialmente: en el momento que el tradente mostró al adquirente la cosa con que cumpliría la obligación de hacer la tradición.

En segundo lugar, la interpretación que criticamos se aparta de los principios que sigue el Código Civil para que se adquiriera la posesión de las cosas muebles. En efecto, si se estimara que el solo hecho de mostrar la cosa constituye la entrega que requiere la tradición, habría que asumir que se adquiere la posesión de la cosa. Y lo anterior está en contradicción con el concepto de posesión que supone, como uno de sus elementos esenciales, la tenencia de la cosa. No vemos cómo podría existir la tenencia de la cosa en la parte que nunca la ha detentado realmente en su poder, aunque la haya mirado con ojos de dueño.

Por otra parte, si se estima que una vez que el tradente muestra la cosa al adquirente se verifica la tradición y que como consecuencia de ésta el segundo adquirente la posesión, o se asume que el solo contrato permite que se adquiriera posesión, lo que material y jurídicamente es imposible, o nos encontramos en presencia de una tradición ficta, es decir, de una tradición que finge la ley como consecuencia de la celebración de un contrato translativo, en virtud de la cual si bien el adquirente no tiene materialmente la cosa en su poder, porque el tradente sólo se la ha mostrado, adquiere de igual forma la posesión, porque se entiende que el tradente tiene la cosa a nombre y en lugar del adquirente y que es un mero tenedor de la misma.

Esta interpretación, si bien jurídicamente posible, presenta empero un inconveniente: el Código se refiere expresamente a las tradiciones fictas en

el N° 5 del artículo 684, lo que revela que el N° 2 del mismo artículo tiene que contemplar una situación diferente, pues de otro modo sería innecesario.

Por otra parte, cuando la ley finge una tradición como consecuencia de un contrato translativo por la cual el tradente no entrega materialmente la cosa sino que la conserva en su poder como mero tenedor, es porque las partes expresamente han pactado que no obstante el contrato translativo el tradente continúa con la cosa en su poder a título de mero tenedor

Sin tal estipulación -que naturalmente no existe en la situación del N° 2- no hay tradición ficta.

c) **Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa.**

El número 3° del artículo 684 se refiere a lo que la doctrina clásica inspirada en el derecho romano llama tradición simbólica, y consiste en la entrega material de las llaves del lugar en que está guardada la cosa que hace el tradente al adquirente, quien las recibe. Hay un traspaso material de las llaves de manos del uno al otro.

Estimamos que la entrega y recepción de las llaves opera la transferencia del dominio, aunque no se haya entregado materialmente la cosa que está guardada en el almacén, cofre o granero. Ello, porque las llaves figuran, representan o simbolizan la cosa; y porque con la recepción de las llaves se incorpora la cosa que éstas simbolizan al poder de dominación del adquirente, sin necesidad de tomar materialmente su posesión. Tanto es así que el adquirente puede disponer de la cosa, entregando, a su vez, las llaves a la persona a quien se la transfiera. La entrega de las llaves del lugar en que está guardada la cosa permite que se adquiere su posesión, sin que con ello se alteren los principios generales de la posesión. En efecto, el corpus, primer elemento posesorio, se da desde el momento que el adquirente recibe las llaves, que representan jurídicamente a la cosa. Si bien materialmente lo que detenta el adquirente son las llaves y no la cosa misma, jurídicamente se entiende que detenta la cosa que las llaves simbolizan.

d) Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.

El número 4º del artículo 684 se refiere a otra figura considerada en el derecho romano como tradición simbólica, y que consiste en que el tradente se encarga de poner la cosa a disposición del adquirente en el lugar convenido.

Por ejemplo, en un contrato de compraventa de una cosa mueble, el vendedor se obliga a dejar la cosa vendida en el domicilio del comprador, dentro del plazo de cinco días.

¿Podría estimarse que se verificó la entrega y operó la transferencia del dominio por el solo hecho de que el vendedor del ejemplo asumió esta obligación?

La respuesta afirmativa a esta pregunta equivale a suponer que la tradición se realiza por el solo contrato en que las partes estipularon la obligación; y más aún, aunque la cosa no llegue, en definitiva, a quedar en disposición del comprador, lo que ocurriría si el vendedor no cumple el encargo. Sin embargo, la doctrina nacional parece inclinarse por la interpretación de que se entiende simbólicamente verificada la tradición desde el momento que la persona que debe hacer la tradición se obliga a poner la cosa a disposición de la otra parte en el lugar convenido, sin que sea necesario el cumplimiento de dicha obligación. Esta interpretación se fundamenta en que en el Proyecto de Código Civil de 1853 requería que el encargo fuese cumplido, o sea, que se pusiera realmente la cosa a disposición del adquirente, requisito que fue posteriormente eliminado, lo que revela que el legislador lo consideró innecesario.

Luis Claro Solar tiene una opinión distinta: "Es evidente que si en el hecho no se pone la cosa a disposición de aquel a quien se transfiere el dominio, no se verificará la tradición; pero se entiende hecha simbólicamente la tradición por la circunstancia de encargarse de poner la cosa a disposición del adquirente si se deposita en el lugar convenido, aunque no esté presente el adquirente en el momento en que se deja la cosa en ese lugar y aunque ignore que ha sido dejada ahí".⁵

⁵ Luis Claro Solar, op. cit., p. 285.

Concordamos con esta opinión y estimamos que se verifica la entrega y opera la tradición una vez que se cumple cabalmente la obligación convenida, porque sólo en ese momento puede estimarse que el adquirente recibe la cosa y queda bajo su disposición. Creemos que si el artículo 684 N° 4 no dice que se debe cumplir el encargo, como lo requería el proyecto de 1853, no se debe a que el legislador hubiera cambiado de criterio, sino porque tal exigencia la consideró innecesaria, toda vez que el cumplimiento del encargo está implícito en la disposición. No hay que olvidar que, como lo hemos mencionado antes, el artículo 684 no está referido directamente a la forma o maneras de hacer la entrega, sino que a los medios por los cuales debe figurar la intención del tradente de transferir el dominio, la que en el caso del N° 4º se manifiesta por el compromiso que asume el obligado a la tradición de poner la cosa a disposición de la otra parte. Indudablemente el mero compromiso no constituye, ni de lejos, la entrega de la cosa y recepción de la misma que requiere la tradición. Esta se verificará una vez que quien se encargó de poner la cosa a disposición de la otra parte cumple su obligación, pone la cosa a disposición de quien tenía el derecho a exigir la tradición. A mayor abundamiento, según el alcance que damos nosotros al artículo 684 que es el de indicar los medios a través de los cuales se exterioriza la intención del tradente de transferir el dominio, no hay inconveniente en que tal intención se exprese en el contrato, estableciéndose la obligación de poner la cosa a disposición del adquirente. Si se verifica la entrega en la forma acordada por las partes, deberá entenderse que había en el tradente la intención de transferir el dominio de la cosa que se encargó de poner a disposición del adquirente.

e) Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translativo de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.

El número transcrito se refiere a las llamadas en doctrina tradiciones fictas y que corresponden a las que el derecho romano conocía como tradición brevi manus y constitutum possessorium. La tradición brevi manus consiste en suponer que "el que tenía la cosa, como mero tenedor, sin ánimo de dueño, por el hecho de adquirir respecto de ella un título translativo de dominio, ha recibido la cosa misma, como si se le hubiese entregado

corporalmente, permitiéndosele que la tome de sí mismo, brevis manu, y suprimiéndose así, por lo tanto, el acto de restitución de la tenencia de la cosa al propietario para que éste inmediatamente hiciera entrega material de ella al adquirente que antes la había tenido en su poder en virtud de un título no translativo de dominio”⁶.

En el número 5° del artículo 684 la ley finge una tradición, porque el adquirente de la cosa en virtud de la tradición ficta tiene de hecho la cosa bajo su señorío o poder de disposición. Por ejemplo, si una persona que tiene una cosa en calidad de comodatario (mero tenedor) después la compra a su dueño, no será necesario que éste le haga materialmente una tradición porque el comprador ya tiene la cosa en su poder. Este hecho es innegable y no se puede desconocer. Lo que ocurre es que la relación que se tenía sobre la cosa va a cambiar: primero se tenía una relación de mera tenencia, que emana del título de mera tenencia (comodato); y después se tiene una relación de dominio o de posesión, que se adquiere como consecuencia de la tradición que finge la ley.

El *constitutum possessorium* a que se refiere la parte final del N° 5° (“recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.”) consiste en que el dueño de una cosa mueble celebra en relación con la misma un contrato translativo de dominio -vgr. compraventa- estipulándose en el mismo contrato que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc., o lo que es lo mismo, que el dueño conserva la cosa en su poder, pero no a título de tal sino de mero tenedor. En estricto rigor el vendedor debería hacer la tradición al comprador y entregar a éste la cosa vendida; inmediatamente a continuación el comprador debería entregar la cosa al vendedor, quien la recibiría en calidad de mero tenedor, lo que evidentemente es innecesario. Por eso la ley finge una tradición -que en el hecho no se efectúa- entre el vendedor y el comprador, que habilita a éste para adquirir el dominio y la posesión de la cosa. Si bien el adquirente de esta tradición ficta no tiene materialmente la cosa, se da a su respecto el corpus como requisito de la posesión, porque el poseedor puede tener la cosa por sí mismo o por otra persona que la tiene en lugar y a nombre de aquél, y el tradente que conserva la cosa como mero tenedor la tiene a nombre y en lugar del adquirente.

⁶ Luis Claro Solar, op. cit., p. 285.

Para terminar con el estudio de las maneras de hacer la entrega en la tradición que tiene por objeto una cosa corporal mueble, es conveniente reiterar un principio general que hemos comentado en relación con cada uno de los números del artículo 684: la entrega de las cosas muebles puede efectuarse por cualquier medio que permita al adquirente entrar en posesión de la cosa, considerando que ésta supone como elemento esencial la tenencia de la misma. Si en virtud de la entrega que hace una parte a la otra esta última incorpora la cosa bajo su poder, en términos tales que la puede detentar con ánimo de señor y dueño, debe estimarse que la entrega ha permitido la adquisición de la posesión y que se ha verificado la tradición a que el tradente se encontraba obligado.

Otro principio que no hay que olvidar es que el solo contrato translativo no permite entrar en posesión de la cosa, porque falta la tradición, que sirve como título posesorio. Sin embargo, en el mutuo, que es un contrato real, y que también tiene la calidad de título translativo de dominio, la tradición de la cosa, indispensable para que el contrato se perfeccione, sirve, al mismo tiempo, para que el mutuario entre en posesión de la misma.

1.11. Tradición de piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 685, la tradición de las cosas que forman parte de un predio -refiriéndose a las cosas muebles por anticipación- se efectúa en el momento de la separación de estos objetos, lo que podría llevar a suponer que la entrega se entiende verificada por el solo hecho de la separación de las cosas, aun cuando el adquirente no las haya recibido. Sin embargo, el inciso segundo del mismo artículo revela que tal interpretación es equivocada cuando dice: “aquél a quien se debieren los frutos de una semembra, viña o plantío, podrá entrar a cogerlos, fijándose el día y hora de común acuerdo con el dueño.”

Este inciso permite complementar el anterior, en el sentido que la entrega de las cosas muebles por anticipación sólo puede efectuarse en el momento de la separación, oportunidad en que el tradente puede efectuar la entrega y el adquirente recibirlas.

1.12. La tradición de los inmuebles y de los derechos reales constituidos sobre éstos

La tradición del dominio y de los otros derechos reales sobre bienes raíces, con la sola excepción del derecho real de servidumbre, debe hacerse por la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

De acuerdo con lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo 686 “se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de la hipoteca.”

En consecuencia, la ley requiere inscripción para la tradición de los siguientes derechos reales:

- a) dominio, cuando recae sobre bienes raíces;
- b) usufructo y uso, cuando recaen sobre bienes raíces;
- c) habitación;
- d) censo;
- e) hipoteca.

Estos tres últimos derechos reales son siempre inmuebles.

Algunos estiman errada la referencia que hace el artículo 686 a los derechos reales de uso o habitación, toda vez que dichos derechos son intransferibles e intransmisibles, por lo que tienen la característica de personalísimos, esto es, nacen y se extinguen en un solo titular, de manera que mal podría suponerse, en consecuencia, la tradición de uno de estos derechos reales, más todavía si la ley establece que adolece de objeto ilícito su enajenación (artículo 1464 N° 2).

No compartimos esta opinión, pues el artículo 686 se aplica para la constitución de un derecho de habitación o de uso sobre inmuebles, que tiene como antecedente un contrato gratuito u oneroso. Para que se adquiera el respectivo derecho real es indispensable la tradición, la que se efectúa por la inscripción. No se refiere el artículo 686 a la tradición de los derechos de uso sobre inmuebles o de habitación ya constituidos, tradición que es imposible como consecuencia de tener estos derechos la calidad de personalísimos.

Efectuada la inscripción en los casos en que la ley la requiere, la ley finge que se ha efectuado la entrega, con la connotación que tantas veces hemos anotado, esto es, que una parte entrega y la otra recibe. Tanto es así que con la inscripción el adquirente entra en posesión del inmueble respecto del cual se le hizo la tradición, aunque éste no se le haya entregado materialmente.

Sin embargo la inscripción, que es una entrega jurídica o ficta, si se quiere, que, como veíamos, permite entrar en posesión del derecho real de que se trata, no constituye el medio por el cual el adquirente puede asumir la posesión material o, en su caso, tenencia del inmueble sobre el cual se ejerce el derecho real.⁷

Por ejemplo, si se vende un inmueble y se hace la tradición por la inscripción, el comprador adquiere el dominio si se cumplen los requisitos de la tradición para que transfiera el dominio, y aún faltando éstos adquiere la posesión del derecho real de dominio.

Sin embargo, las facultades que reconoce la ley para el titular del dominio o para el poseedor del derecho de dominio -uso, goce y disposición de la cosa- requieren para su ejercicio la posesión material del inmueble. De este modo, podemos decir que el vendedor del inmueble tiene dos obligaciones, conceptualmente diferentes: una, hacer la tradición del derecho real de dominio, obligación que se cumple con la inscripción; y otra, hacer la entrega material del inmueble que permita su posesión material, la que se cumple con el traspaso material del mismo, de manos del vendedor al comprador.

En doctrina, la obligación de hacer la tradición se llama obligación de dar; y la de hacer el mero traspaso material de la cosa, obligación de entregar.

En el artículo 1548 el Código Civil reconoce ambas obligaciones, cuando dice que “la obligación de dar contiene la de entregar”, lo que debe entenderse en el sentido de que el obligado a hacer la tradición, cuando ésta, como ocurre con la inscripción de inmuebles, no opera el traspaso material de la cosa, está obligado a efectuar dicho traspaso, si el derecho real que se transfiere o que se constituye supone para su ejercicio la posesión material de la cosa o su mera tenencia.

⁷ La tradición del derecho de dominio da derecho al adquirente para asumir la posesión material del inmueble respecto de la cual se le transfirió el dominio. La tradición de los derechos de usufructo, uso y habitación da derecho al adquirente para asumir sólo la mera tenencia del inmueble sobre el cual se ejercen los derechos. Y ni siquiera ésta en los derechos reales de hipoteca, censo y servidumbre.

Por ejemplo, tratándose de la compraventa de un usufructo sobre un bien raíz, el vendedor deberá hacer la inscripción del usufructo (obligación de dar), con lo que se constituye el derecho real de usufructo, y deberá traspasar materialmente la cosa al usufructuario, quien la tendrá en su poder a título de mero tenedor, para que éste pueda ejercer las facultades a que lo autoriza el derecho de usufructo. El usufructuario, en virtud de la inscripción, pasará a ser dueño o, a lo menos, poseedor de su derecho de usufructo; y en virtud de la entrega material de la cosa fructuaria pasará a ser mero tenedor de la misma.

Hay casos en que el derecho real que se adquiere por la tradición no supone para su ejercicio que el adquirente tenga la posesión o la mera tenencia de una cosa.

Por ejemplo, si se celebra un contrato de hipoteca, el constituyente está obligado a dar solamente, y no a entregar, lo que significa que cumple su obligación haciendo la inscripción que permite al acreedor adquirir el derecho real de hipoteca o, a lo menos, la posesión de dicho derecho real.

1.13. Tradición del derecho real de servidumbre

La tradición de un derecho de servidumbre se rige por el artículo 698, que exige para que se verifique escritura pública en que el tradente exprese constituir la servidumbre y el adquirente aceptarla, agregando la disposición que “esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato.”

En consecuencia la tradición de un derecho de servidumbre no requiere inscripción, si bien excepcionalmente la Ley sobre Constitución y Adquisición de la Servidumbre de Alcantarillado en predios urbanos exige para la tradición de ésta inscripción.

1.14. Tradición del derecho real de herencia

En lo relativo a la tradición del derecho real de herencia o de derechos en una sucesión hereditaria -que supone, como es natural, que el causante de cuya sucesión se trata haya muerto, pues de otra manera se daría el caso de objeto ilícito del artículo 1463- el Código no contiene ninguna disposición que señale como efectuarse.

De partida, el artículo 686 no incluye al derecho real de herencia entre aquellos para cuya tradición es necesaria la inscripción, ni aún cuando la herencia comprenda bienes raíces.

Este vacío legal determina la necesidad de establecer el medio idóneo para hacer la tradición del derecho real de herencia, surgiendo dos interpretaciones:

- a) La del profesor José Ramón Gutiérrez, seguida por jurisprudencia antigua, distingue si entre los bienes hereditarios existen o no inmuebles. Si hay uno o más inmuebles, la tradición del derecho real de herencia requiere inscripción, pues ésta es la regla general tratándose de la tradición de derechos reales que se ejercen sobre inmuebles.
- b) La interpretación del profesor Leopoldo Urrutia considera que el derecho real de herencia se ejerce sobre una universalidad distinta de los bienes que la componen, por lo cual sería un derecho real sui-generis, al cual es inaplicable la clasificación de mueble o inmueble, según lo sea la cosa sobre que se ejerce.⁸

La jurisprudencia se ha inclinado por esta última interpretación y considera que la tradición del derecho real de herencia no requiere inscripción. En cuanto a la manera en que debe hacerse la tradición del derecho real de herencia se ha resuelto que no siendo la herencia un derecho mueble ni inmueble, corresponde aplicar a su tradición el estatuto jurídico general, que es el que regula la tradición de los muebles. En consecuencia, la tradición del derecho real de herencia deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere dicho derecho y aceptando esta última su adquisición. En la práctica, la tradición del derecho real de herencia suele hacerse por escritura pública, en la que el tradente expresa ceder el derecho real de herencia y el adquirente aceptar la cesión. No se discute que la escritura pública constituye un medio idóneo para dejar constancia de la intención de transferir el derecho real de que se trata.⁹

⁸ Mayores antecedentes sobre ambas interpretaciones podrán consultarse en Antonio Vodanovic, op. cit., pp. 433 y ss.

⁹ Antonio Vodanovic, op. cit., pp. 435 y 436.

1.15. Tradición de las minas

Acerca de la tradición de las minas, el artículo 686 inciso final señala que se estará a lo prevenido en el Código de Minería.

1.16. Tradición de los derechos personales

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 (artículo 699). Por ejemplo, si la persona que prestó dinero a otra vende o dona el crédito a un tercero, debe hacer la tradición entregando al adquirente el título, entendido como el documento que deja constancia del mutuo, que puede ser un instrumento público o privado.

Cabe mencionar que la entrega del título por una parte; y su recepción por la otra, perfecciona la tradición de los derechos personales entre las partes. Sin embargo, para que la cesión de un crédito produzca efectos contra el deudor o terceros, debe ser notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (artículo 1902).

1.17. 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. Tratándose de otro derecho real que no sea el de dominio, como es el usufructo, sólo la tradición que haga el dueño de una cosa con el objeto de constituir un usufructo permite la adquisición de dicho derecho real por el usufructuario y sólo la tradición que haga el usufructuario dueño del derecho de usufructo permite la transferencia del derecho de usufructo.¹⁰ Lo mismo puede decirse en relación con los demás derechos reales.

Como consecuencia de ser la tradición un modo de adquirir el dominio derivativo, sólo transfiere el dominio si el tradente es dueño.

¹⁰ Conviene recordar que de acuerdo con lo que establece el artículo 583, sobre las cosas incorporales existe "una especie" de propiedad: "Así - dice el Código - el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo."

La ley señala los efectos de la tradición cuando el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre:

- a) "No se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada" (artículo 687).

Si bien en esta disposición el legislador habla de "derechos transmisibles", se refiere a los derechos cuyo traspaso opera por un modo de adquirir entre vivos, por lo que debió decir "derechos transferibles". La expresión "transmisibles" se reserva en doctrina para los derechos que se traspasan por sucesión por causa de muerte. En consecuencia, si el tradente no es dueño de la cosa pero tiene en relación con ésta algún derecho que se pueda transferir, la tradición opera su transferencia.

La misma disposición agrega que si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá "haberse éste transferido desde el momento de la tradición", lo que revela que en esta hipótesis la ley finge que el tradente tiene la calidad de dueño cuando hizo la tradición.

- b) No obstante carecer el tradente de la facultad de enajenar por no ser dueño, la tradición hecha al adquirente opera un importante efecto: permite a éste adquirir la posesión de la cosa o derecho real de que se trata y consecuentemente, de acuerdo con el artículo 683, "el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho."

Para ver como se producen los efectos antedichos, supongamos, por ejemplo, que una persona vende una cosa ajena y hace la tradición al comprador. Naturalmente, la tradición no transfiere el dominio, derecho del cual el tradente carecía. Pero permite, sin embargo, que la persona a quien se enajenó la cosa adquiriera la posesión de la misma, pese a que el tradente no tenía la calidad de poseedor y, consecuentemente, el derecho de adquirir el dominio por prescripción adquisitiva.

Por otra parte, si el tradente tenía algún derecho respecto de la cosa, como sería el de exigir el pago de las rentas de arrendamiento a la persona a la cual la tenía entregada en arrendamiento, transfiere dicho derecho al adquirente.

1.18. Capacidad de las partes

El artículo 670 requiere en el tradente facultad e intención de transferir el dominio y en el adquirente capacidad e intención de adquirirlo.

Esto ha llevado a algunos a interpretar que el adquirente debe ser capaz de goce, esto es, de adquirir el derecho de dominio, y que el tradente debe ser capaz de ejercicio, pues sólo así tendría la facultad para transferir el dominio.

En lo que respecta a la capacidad de goce del adquirente, cabe destacar que no existe en el Código Civil alguna causal general de incapacidad para adquirir el dominio por tradición, por lo que el principio general es el inverso, en el sentido que todas las personas son capaces para adquirir el dominio por tradición. Una cosa distinta es que ciertos títulos translativos no permiten servir de antecedente a la tradición que pudiera hacerse en virtud de ellos, como por ejemplo, el título compraventa entre marido y mujer. Podría entenderse, sin embargo, que en las enajenaciones prohibidas por la ley se subentiende una incapacidad para adquirir el dominio por tradición. Por ejemplo, en el artículo 1464 la ley prohíbe la enajenación de las cosas inenajenables y de los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otras personas de que lo que cabe desprender la falta de aptitud legal que se tiene para adquirir por tradición las cosas inenajenables -que tampoco se pueden adquirir por alguno de los otros modos de adquirir que la ley señala- o para adquirir por tradición los derechos reales de uso o habitación constituidos en beneficio de un titular determinado. En verdad, tratándose de las cosas inenajenables hay una incapacidad general para adquirir su dominio por cualquiera de los modos de adquirir; y tratándose de los derechos de uso y de habitación constituidos en beneficio de un titular determinado, no habría sólo incapacidad para adquirirlos por tradición, sino que también por otros modos de adquirir, como sería la sucesión por causa de muerte.

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; y cuando dice que en el adquirente debe haber capacidad de adquirir el dominio, no se refiere a la capacidad de goce pues, como veíamos, todas las personas son capaces de adquirir el dominio por tradición. El requisito de capacidad en el adquirente lo creemos referido a la capacidad de ejercicio en el sentido de que el adquirente debe tener la aptitud jurídica para comparecer por sí mismo en el acto jurídico

tradición sin el ministerio o autorización de otras personas; o bien, si es incapaz de ejercicio, por intermedio de su representante legal o autorizado por éste.

Si bien la ley no exige expresamente la capacidad en el tradente, no cabe duda de que se aplica a la tradición el requisito general en virtud del cual las partes que celebran un acto jurídico deben ser capaces. En consecuencia sólo el tradente que es capaz de ejercicio puede celebrar la tradición por sí mismo, sin el ministerio ni autorización de otros. Si el tradente es incapaz absoluto necesariamente debe concurrir al acto jurídico tradición representado por su representante legal; y si es incapaz relativo representado por su representante legal o autorizado por éste.

En consideración a que la tradición es una enajenación y que quien enajena dispone de una cosa o de un derecho, el tradente debe ser capaz, asimismo, de enajenar la cosa o derecho objeto de la tradición. Y bajo esta perspectiva podría asumirse que el tradente no tiene capacidad de enajenar las cosas cuya enajenación la ley prohíbe, aunque sea capaz de ejercicio. Por ejemplo, el tradente no tiene capacidad para enajenar una cosa embargada sin consentimiento del acreedor o sin la autorización del juez.

1.19. Existencia de un título translativo de dominio

Hemos dicho que en los modos de adquirir el dominio el legislador sigue la doctrina del derecho romano y se aparta de la doctrina francesa, que considera que el solo contrato es apto para transferir el dominio.

En nuestro sistema jurídico para que se adquiera el dominio o cualquier otro derecho real es menester, por una parte, un modo de adquirir; y, por otra, un título, es decir, un antecedente que justifique la adquisición del dominio por el modo respectivo.

A diferencia de lo que ocurre en los modos de adquirir el dominio originarios, en los cuales título y modo se confunden, en los modos de adquirir derivativos se aprecia claramente la diferencia entre el título y el modo, y el distinto rol jurídico que desempeñan ambos por ser actos jurídicos diferentes.

El título que sirve de antecedente a la tradición se llama título translativo de dominio.

- a) El artículo 703 dice que son títulos translativos de dominio “los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos.” A los títulos translativos que menciona el Código por vía ejemplar pueden agregarse otros que tienen este carácter, como el aporte en dominio a una sociedad, el cuasiusufructo, la transacción cuando recae sobre un objeto no disputado.

Los ejemplos que coloca el Código de títulos translativos corresponden a contratos que engendran la obligación de efectuar la tradición. Cabe hacer presente, sin embargo, que el título que impone la obligación de hacer la tradición o, lo que es lo mismo, el hecho jurídico que constituye la fuente de tal obligación, puede no ser un contrato, sino que otro, como por ejemplo, el delito civil, que obliga a hacer la tradición de una cantidad de dinero para reparar o indemnizar los perjuicios.

- b) En el artículo 675 el Código establece que “para que valga la tradición se requiere un título translativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.” Y agrega que “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.”

No cabe duda que esta disposición considera como títulos translativos a los contratos que engendran obligación de efectuar la tradición, lo que se confirma con los ejemplos citados.

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. Con este requisito no se está significando que el contrato no debe adolecer de vicios de nulidad para que la tradición transfiera 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. El problema se va a presentar cuando se declara judicialmente la nulidad del contrato, pues desapareciendo como consecuencia de ésta el contrato translativo, debe entenderse que la tradición que se efectuó en virtud del contrato que se declaró nulo no permitió adquirir el dominio. Sin embargo,

como veremos más adelante, si bien la ley considera que la tradición que emana de un contrato declarado judicialmente nulo no transfiere el dominio, porque se supone que el contrato nunca existió, permite que se adquiera la posesión irregular de la cosa.

Por ejemplo, si el título compraventa es declarado nulo por cualquiera causal de nulidad, se entiende por el efecto retroactivo de la nulidad que las partes no celebraron tal contrato y, como consecuencia de lo anterior, que la tradición que hizo el vendedor al comprador no operó la transferencia del dominio, porque le faltaba un requisito esencial para ello: la existencia de un título translativo. Pero se entiende, al mismo tiempo, que la tradición, no obstante la nulidad del título, permitió que el comprador adquiriera la posesión.

- c) Cabe tener presente, por otra parte, que la ley exige que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere, lo que significa que el contrato debe servir como un medio idóneo o eficaz para que la tradición que se haga en virtud de él permita al adquirente adquirir el dominio. El Código coloca como ejemplo de un contrato que no es apto para servir como título translativo el de donación irrevocable entre cónyuges, y dicho contrato es ineficaz para que la tradición que se haga teniéndolo como antecedente permita la transferencia del dominio al marido o a la mujer que lo celebraron. Es evidente que el contrato de donación irrevocable es perfectamente legítimo, por sí mismo, para servir de título translativo de la tradición. Pero si ese contrato lo celebran dos personas que están unidas por vínculo matrimonial, en circunstancias que la ley no permite las donaciones irrevocables entre cónyuges, surge como natural consecuencia que no pueda servir como título idóneo para la transferencia del dominio, y esta falta de aptitud no deriva directamente del título -donación irrevocable- sino que de la particular circunstancia de que se celebra entre marido y mujer.

1.20. Cumplimiento en ciertos casos de solemnidades especiales para la tradición

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 679, “si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas.”

La ley exige en algunos casos determinados solemnidades especiales para la enajenación. Así, generalmente en atención a la particular calidad o estado de la persona del tradente y con el objeto de protegerlo, la ley puede requerir solemnidades para la enajenación de los bienes de propiedad de éste, lo que ocurre, por ejemplo, tratándose de la enajenación de los bienes raíces del hijo de familia y del pupilo. El artículo 255 dice que “no se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez con conocimiento de causa.” Por su parte, el artículo 393 requiere autorización judicial por causa de utilidad o necesidad manifiesta, como solemnidad de la enajenación de los bienes raíces del pupilo.

Las enajenaciones, o lo que es lo mismo, las tradiciones que se efectúen sin cumplir las solemnidades especiales que requiere la ley, podrán ser declaradas nulas, con lo que se entiende que nunca operaron el efecto de transferir el dominio. Nótese que la nulidad en este caso afecta directamente al acto jurídico tradición, porque el vicio se advierte en éste y no como ocurre en otros casos en que el vicio de nulidad existe en el contrato translativo, con lo cual la ineficacia de la tradición para transferir el dominio se produce como consecuencia de la declaración de nulidad del título. Hay casos en que la ley exige solemnidades especiales, no sólo para la validez de la enajenación, sino que también para la validez del contrato translativo, lo que ocurre tratándose de la venta de bienes raíces del pupilo, que debe hacerse en pública subasta. Si no se cumple con esta formalidad puede producirse la declaración de nulidad de la compraventa, aunque se hubiera obtenido la autorización judicial, que es la solemnidad que la ley requiere para la tradición. Aunque la tradición fuera válida, en el sentido de que esta convención no adolece de vicios de nulidad, en definitiva, y para el efecto de transferir el dominio, va a ser ineficaz, como consecuencia de la declaración de nulidad del título.

1.21. Modos de adquirir el dominio en los cuales la ley requiere inscripción

a) Hemos visto que tratándose de la tradición del dominio y de todos los derechos reales sobre inmuebles, con la sola excepción de las servidumbres, la ley exige inscripción del título en el Registro Conservatorio, de conformidad con lo establecido en los artículos 686 y 687. Se ha visto,

asimismo, que el Código no requiere inscripción para la tradición del derecho real de herencia, aunque dentro de los bienes que componen la herencia haya inmuebles; lo que guarda armonía con la concepción jurídica del derecho real de herencia, que a diferencia de los otros derechos reales, que se clasifican de muebles o inmuebles según lo sea la cosa sobre la cual se ejercen, no admite esta clasificación, pues se ejerce sobre una universalidad jurídica, distinta de los bienes que la componen.

b) Cabe tener presente que la ley exige además inscripción para un acto jurídico que no es modo de adquirir: la partición cuando por ella se adjudican inmuebles. El artículo 687 requiere inscripción para el acto de partición cuando se adjudican inmuebles que antes se poseían proindiviso. Dice el inciso final del artículo 687: “Si por un acto de partición se adjudican a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían proindiviso, el acto de partición en lo relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada se inscribirá en el departamento o departamentos a que por su situación corresponda dicho inmueble o parte.”

Por ejemplo, si varias personas compran un inmueble se forma por el solo ministerio de la ley entre todas ellas una comunidad, en virtud de la cual pasan a ser dueñas proindiviso del inmueble. Individualmente considerado, cada comunero es dueño solamente de la cuota o parte alícuota que representa sus derechos en la comunidad. Ahora bien, si como consecuencia de un acto de partición se adjudicare a uno o más comuneros el inmueble que antes se poseía proindiviso, el acto de partición debe inscribirse en el Registro Conservatorio. Así, en el supuesto de que dos o más personas son dueñas en común de un bien raíz, inscrito a nombre de todas ellas, la comunidad terminará por la partición, que podrán hacer los comuneros de común acuerdo o por intermedio de un partidor. Si como consecuencia de la partición se adjudica el bien raíz a uno de los comuneros, el adjudicatario deberá inscribir el acto de partición, a fin de que el inmueble quede inscrito a su solo nombre, como propietario único, para lo cual llevará al Conservador de Bienes Raíces copia de la escritura pública de partición que hicieron los copropietarios de común acuerdo, o de la sentencia de partición.

La inscripción del acto de partición no configura jurídicamente una tradición o enajenación, pues en virtud del efecto declarativo de la partición, se

supone que el adjudicatario del inmueble fue siempre dueño exclusivo del bien que antes poseía proindiviso con otros. Volviendo al ejemplo, se considera que el adjudicatario adquirió el dominio, no por la inscripción del acto de partición, sino que por la inscripción de la compraventa, aunque en ésta figure el inmueble a nombre de todos los comuneros.

El acto de partición y la adjudicación que de él puede resultar, constituyen lo que la doctrina llama títulos declarativos de dominio, esto es, los que se limitan a reconocer derechos preexistentes. Sin embargo, el artículo 703 establece que las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, pertenecen a la clase de los títulos translativos de dominio. No dice la disposición que sean títulos translativos; sino que pertenecen a la "clase" de éstos, en el sentido que, al igual que los títulos translativos, permiten que el Conservador de Bienes Raíces haga inscripciones de dominio en mérito de ellos, aunque, a diferencia de las inscripciones de los títulos translativos, la inscripción del acto de partición no constituye, propiamente, una tradición o enajenación.

En todo caso, conviene tener presente que la inscripción prevenida por el inciso final del artículo 678, aunque no constituye tradición del derecho real de dominio, se requiere para mantener la historia de la propiedad raíz. Si se omitiera la inscripción, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces continuaría figurando el inmueble inscrito a nombre de todos los comuneros, y no de uno exclusivo: el adjudicatario.

- c) Hay que tener finalmente presente que el legislador también requiere inscripción tratándose de otros modos de adquirir, distintos de la tradición. Ellos son la sucesión por causa de muerte y la prescripción adquisitiva, que analizaremos en los números siguientes.

De lo dicho se infiere, entonces, que en tres modos de adquirir el dominio de bienes raíces o que se refieran a bienes raíces, la ley requiere inscripción:

- 1) Tradición;
- 2) Sucesión por causa de muerte; y
- 3) Prescripción adquisitiva.

La ley requiere, asimismo, inscripción para el acto de partición cuando se adjudican inmuebles.

1.22. Inscripción en el modo de adquirir sucesión por causa de muerte

El artículo 688 del Código Civil requiere las siguientes inscripciones cuando hay inmuebles dentro de los bienes que componen la herencia:

- a) Inscripción del decreto judicial que da la posesión efectiva, y si la sucesión es testamentaria, del testamento.
- b) Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos 1° y 2° del artículo 687. Esto es, la inscripción del inmueble o de los inmuebles hereditarios a nombre de todos los herederos.
- c) La inscripción especial prevenida en el inciso 3° del acto de partición en que se adjudican inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían proindiviso.

Para la mejor comprensión de la materia, conviene analizar las disposiciones citadas sobre la base de un caso hipotético: Don Julio Silva Pizarro es dueño del inmueble ubicado en calle Carmen 545 de esta ciudad, que figura inscrito a su nombre a fojas 520 N° 436 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago correspondiente al año 1990 (la inscripción individualizada dice: "Santiago, 8 de enero de 1990. Don Julio Silva Pizarro es dueño del inmueble ubicado en calle Carmen N° 545 de esta ciudad, que adquirió por compra a don Patricio Espejo Araya, según consta de la escritura pública de compraventa otorgada en la Notaría de don René Benavente Cash, con fecha 20 de diciembre de 1989. Los deslindes del inmueble, según sus títulos, son los siguientes: Al Norte, ...; al Sur, ...; al Oriente, ... y al Poniente, El título anterior está inscrito a fojas 2200 N° 2000 del Registro de Propiedad de este Conservador correspondiente al año 1975").

Don Julio Silva muere viudo e intestado en Santiago, el 3 de marzo de 1996. Lo sobreviven tres hijos legítimos: Julio, Mario y Marta Silva Vargas. Como hay un inmueble dentro de los bienes de la herencia, los herederos deben practicar las inscripciones requeridas por la ley. Ellas son:

1º La del decreto de posesión efectiva. La posesión efectiva es una resolución judicial que reconoce la calidad de herederos a quienes la comprueben ante el juez, lo que implica que los herederos Silva Vargas, en primer lugar, deberán efectuar el trámite judicial pertinente para solicitar al tribunal -el del último domicilio del causante- que decreta la posesión efectiva de la herencia de don Julio Silva Pizarro; acompañando a la presentación que realicen ante el tribunal los documentos que acrediten su calidad de hijos legítimos del causante y, por ende, su calidad de herederos ab-intestato, de acuerdo con las reglas que rigen la sucesión intestada.

En mérito de lo anterior, el juez dicta la resolución por la cual concede la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de don Julio Silva Pizarro a sus hijos legítimos Julio, Mario y Marta Silva Vargas.

Esta resolución debe inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente (que es el que señala el artículo 688). La inscripción de fojas ... N° ... dice: "Santiago, 30 de agosto de 1996. Por resolución del 5º Juzgado Civil de Santiago, de fecha 7 de mayo de 1996, se concedió la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de don Julio Silva Pizarro a sus hijos legítimos Julio, Mario y Marta Silva Vargas."

2º Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos 1º y 2º del artículo 687. La referencia que hace el Código es, en verdad, a una inscripción llamada corrientemente "primera inscripción especial de herencia", que también se efectúa en el Registro de Propiedad, y en virtud de la cual el inmueble inscrito a nombre del causante, queda inscrito a nombre de todos los herederos. La inscripción practicada a solicitud de los herederos Silva Vargas, de fojas ... N° ... del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, dice: "Santiago, 26 de noviembre de 1996. Don Julio, don Mario y doña Marta Silva Vargas son dueños del inmueble ubicado en calle Carmen N° 545 de esta ciudad, que adquirieron por sucesión por causa de muerte como herederos de don Julio Silva Pizarro, según consta de la posesión efectiva otorgada con fecha ... de de 1996 del 5º Juzgado Civil de Santiago, inscrita a fs. N° ... de este mismo Registro y año. Los deslindes del inmueble, según sus títulos, son los siguientes: Al Norte, ...; al Sur, ...; al Oriente, ...; y al Poniente, El título anterior figura inscrito a fojas 520 N° 436 del Registro de Propiedad de este Conservador del año 1990."

3º La inscripción especial prevenida en el inciso 3º del artículo 687. Esta es la llamada "segunda inscripción especial de herencia" que debe hacerse sólo cuando habiendo varios herederos, uno o más de ellos, en virtud de un acto de partición, se adjudican un inmueble hereditario. Con dicha inscripción, que procede si liquidándose a la comunidad entre los herederos por la partición se adjudica un inmueble a uno o más de éstos, el inmueble que estaba antes inscrito a nombre de todos los herederos, va a figurar sólo a nombre del o los adjudicatarios. Así y suponiendo que los herederos Silva Vargas liquidan la comunidad que existía entre éstos por un acto de partición, en mérito del cual uno de ellos se adjudica el inmueble que poseían en común, deberá practicarse la segunda inscripción especial de herencia -también en el Registro de Propiedad- que a fs. ... N° ... de dicho Registro dice: "Santiago, .. de ... de Doña Marta Silva Vargas es dueña del inmueble de calle Carmen N° 545 de esta ciudad, que adquirió por adjudicación en la partición de los bienes quedados al fallecimiento de don Julio Silva Pizarro, según consta de la escritura pública de partición otorgada con fecha ... de ... en la Notaría de Los deslindes del inmueble, según sus títulos, son los siguientes: Al Norte, ...; al Sur ...; al Oriente, ...; y al Poniente, La inscripción anterior figura a fs. ... N° ... del Registro de Propiedad de este mismo Conservador, correspondiente al año ...".

1.23. Finalidad para la cual se requieren las inscripciones señaladas en el artículo 688

Cabe tener presente que las inscripciones del artículo 688 no se requieren para que los herederos adquieran el dominio de los inmuebles hereditarios. El dominio lo adquieren por el modo sucesión por causa de muerte, sin que se necesite, para que éste opere sus efectos, inscripción alguna, aunque entre los bienes de la herencia existan inmuebles. Tampoco se requieren las inscripciones del artículo 688 para que los herederos adquieran la posesión de los inmuebles hereditarios. Dicha posesión, como lo dice el mismo artículo, "se confiere por el ministerio de la ley al heredero", lo que corrobora el artículo 722: "la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero la ignore."

Cabe preguntarse, entonces, con qué objeto la ley requiere inscripciones en el modo de adquirir sucesión por causa de muerte, que no sea el de mantener la

historia de la propiedad raíz, que es el que persiguen, en último término, todas las inscripciones que deben efectuarse en relación con los inmuebles. Y la respuesta la da el mismo artículo 688, de cuyo tenor literal claramente se infiere que las inscripciones se exigen para que los herederos puedan disponer de los inmuebles hereditarios. En consecuencia, si los herederos quisieran efectuar el acto de disposición que resulta de la enajenación o tradición de un inmueble de la herencia, deberán dar cumplimiento al artículo 688 e inscribir, en primer lugar, el decreto de posesión efectiva y el testamento, si lo hubiere. Luego, los herederos deberán practicar la llamada primera inscripción especial de herencia respecto de cada uno de los inmuebles. Efectuada esta inscripción, según el N° 2 del artículo citado, “los herederos podrán disponer de consuno de los inmuebles hereditarios”, lo que significa que los podrán enajenar, siempre que estén todos de acuerdo en transferir a otra persona el dominio del inmueble que poseen en común. Este acuerdo de los herederos que los habilita para disponer de consuno queda normalmente reflejado en el contrato translativo que precede a la enajenación misma, por ejemplo, en la compra-venta, si todos los herederos comparecen como vendedores en la escritura pública de venta del bien raíz. Finalmente, si como consecuencia de un acto de partición uno de los herederos se adjudica el inmueble, para que pueda disponer de él y enajenarlo como propietario único y exclusivo del mismo, deberá practicarse la segunda inscripción especial de herencia a que se refiere el N° 3 del artículo 688.

1.24. Inscripción tratándose del modo de adquirir prescripción adquisitiva

Dice el artículo 689: “Siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere, como adquirido por prescripción, el dominio o cualquiera otro de los derechos mencionados en los artículos 686 y siguientes, servirá de título esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo Registro o Registros”.

Este artículo debe complementarse con el artículo 2513, que dice: “La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción”.

De las disposiciones citadas, queda claro que la ley requiere la inscripción en el Registro pertinente del Conservador de la sentencia que declara la prescrip-

ción adquisitiva del derecho de dominio o de cualquier otro derecho real sobre inmuebles, no como un requisito para adquirir el respectivo derecho real ni menos para adquirir su posesión (la prescripción supone que el derecho real ya se poseía), sino que exclusivamente con el objeto de hacer oponible la sentencia en contra de terceros. Por ejemplo, la persona que adquirió por prescripción adquisitiva un bien raíz y no ha inscrito la sentencia que declaró la prescripción, no podrá fundamentar respecto de terceros la calidad de dueño que lo habilitaría para ejercer la acción reivindicatoria, toda vez que la sentencia judicial que reconoció su dominio y declaró la prescripción adquisitiva no es oponible a terceros, salvo si ésta se hubiera inscrito.

Los artículos citados dejan de manifiesto, por otra parte, que los títulos -tomada la palabra título en su acepción de documento que deja constancia de un derecho- que se lleven al Conservador de Bienes Raíces para su inscripción, sólo pueden consistir en una copia de escritura pública o en una resolución judicial. Así la solicitud de inscripción para la tradición del dominio que debe hacer el vendedor de un bien raíz, deberá ir acompañada de copia de la escritura pública de compraventa, que constituye el título-documento idóneo. Del mismo modo, la inscripción de la posesión efectiva o de la sentencia que declare la prescripción adquisitiva de algún derecho real inmueble, requiere que se acompañe como título-documento la respectiva resolución judicial o copia fidedigna de la misma.

1.25. Consecuencias que derivan de la falta de inscripción, tratándose de un modo de adquirir que la requiere

Como se ha visto, el Código Civil requiere inscripción tratándose de tres modos de adquirir el dominio sobre inmuebles: la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción adquisitiva. Corresponde analizar a continuación las consecuencias que derivan de la falta u omisión de la inscripción, en relación con cada uno de los modos de adquirir el dominio antes citados:

- a) La omisión de la inscripción requerida para la tradición del dominio o de otro derecho real mencionado en el artículo 686, viene a ser lo mismo que si la tradición nunca se hubiera hecho. En efecto, si la ley exige inscripción para la tradición del derecho real de que se trata, en términos tales que las

palabras tradición-inscripción son sinónimos, la natural consecuencia es que sin inscripción no hay tradición. Por lo tanto, la falta de inscripción impide adquirir el derecho real por el modo de adquirir tradición. Así y en la hipótesis de que se celebre un contrato de compraventa de bien raíz, mientras no se inscribe el dominio a nombre del comprador, éste no adquiere el dominio porque falta la tradición. Cabe preguntarse sin embargo, si no obstante la ausencia de inscripción-tradición, el comprador adquiere legalmente la posesión, bajo el supuesto de que el vendedor le haya hecho la entrega material del inmueble, que permite al comprador la posesión material del mismo. Creemos que en tal hipótesis el comprador no adquiere legalmente la posesión del inmueble, aunque se le haya hecho la entrega material del mismo y aunque lo tenga materialmente en su poder con ánimo de señor y dueño, porque para adquirir la posesión debe haberse verificado la tradición. La entrega material que se le hizo del inmueble no permite al comprador adquirir legalmente la posesión. Como lo analizaremos más adelante, la adquisición de la posesión requiere un título posesorio, es decir, un antecedente que la haga posible y que la justifique, y el único título posesorio que podría invocar una persona para adquirir la posesión de un inmueble que ha comprado a otra es la tradición-inscripción. Bajo una perspectiva estrictamente jurídica, el solo contrato de compraventa no hace nacer posesión, no es un título posesorio, y la mera entrega material del inmueble que haya hecho el vendedor al comprador sin practicarse la inscripción, tampoco hace nacer posesión, con el alcance jurídico que tiene este término, ni constituye un título suficiente para que pueda considerarse que legalmente el comprador adquirió la calidad de poseedor. La entrega del inmueble sin que se haya hecho la inscripción permite, a lo más, la llamada corrientemente posesión material, que resulta del solo hecho que el comprador tiene la cosa en su poder, pero no la posesión jurídica, con una importante consecuencia: el comprador no podrá adquirir el dominio por prescripción adquisitiva.

Sin perjuicio de que este tema lo desarrollaremos extensamente más adelante, podemos anticipar que el criterio que sustentamos no es unánime, porque hay doctrina y jurisprudencia que se inclina por la tesis contraria, en el sentido de que el comprador a quien se ha hecho la entrega material, aunque no se haya practicado la inscripción, adquiere jurídicamente la calidad de poseedor. Por el momento nos limitaremos a citar dos artículos que sirven de fundamento a la interpretación que hemos hecho nuestra: el 696 y el 724. El primero, ubicado entre las disposiciones de la tradición,

establece que “los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena”. El claro sentido de este artículo, que emana de su tenor literal, nos lleva a concluir que si se omite la inscripción del título que prescribe el artículo 687 -y que es uno de “los artículos anteriores” a que alude el 696 transcrita- no se adquiere posesión real o verdadera o lo que es lo mismo, la posesión con el alcance jurídico que tiene éste término, porque ese es el sentido que hay que tomar en esta disposición las palabras “posesión efectiva”, totalmente diferente de aquel con que aparecen en el artículo 688 en el cual la posesión efectiva a que se refiere este último es, según se ha visto, la resolución judicial que reconoce la calidad de heredero. Aplicando el artículo 696 a la hipótesis que hemos supuesto antes, no cabe sino concluir que la falta de inscripción de la compraventa impide al comprador adquirir la posesión real, verdadera o jurídica del inmueble o lo que es igual del derecho real de dominio, lo que justifica que no pueda adquirir el dominio por prescripción pues no tiene la posesión que este modo de adquirir requiere como supuesto esencial.

En plena concordancia con el artículo 696, el 724 dispone: “si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador nadie podrá adquirir la posesión de ella si no es por este medio.”.

- b) La falta de las inscripciones requeridas por el artículo 688 en el modo de adquirir sucesión por causa de muerte, no impide, como se ha dicho, que los herederos adquieran el derecho real de herencia sobre la universalidad o el dominio sobre todos y cada uno de los bienes que componen la herencia. Tampoco impide que los herederos adquieran la posesión legal de la herencia. Pero dicha posesión legal no habilita a los herederos para disponer de los inmuebles hereditarios.

El problema se presenta cuando los herederos enajenan inmuebles de la herencia sin haber practicado las inscripciones del artículo 688. Por ejemplo, los herederos venden un inmueble del causante y se inscribe el dominio a nombre del comprador, con lo cual se produce la enajenación. Cabe advertir que es poco probable que se de esta situación en la práctica, pues si el inmueble se encontraba inscrito a nombre del causante, el Conservador de Bienes Raíces se negará a practicar una inscripción en mérito de un

título que no emana del titular de la inscripción -el causante- sino que de otras personas distintas a éste. Pero, no por poco probable es imposible; y de hecho ha ocurrido así, con más posibilidades tratándose de inmuebles que no se encontraban inscritos con anterioridad a la enajenación.

No existe doctrina y jurisprudencia unánimes en lo relativo a la sanción aplicable, advirtiéndose sobre el tema una evolución en la jurisprudencia, que inicialmente se inclinaba por la nulidad absoluta, ya sea de la enajenación misma -la tradición- o del contrato que sirvió a ésta de título translativo. Posteriormente, se ha estimado que la sanción es la que se infiere del artículo 696, cuyo texto ya hemos anotado: La enajenación del inmueble hecha por los herederos -que supone que se practicó una inscripción a nombre del tercero a quien los herederos hicieron la tradición- no permite a éste adquirir el dominio ni la posesión real o verdadera del inmueble. Se reconoce, sin embargo, que la situación irregular queda saneada una vez practicadas las inscripciones del artículo 688, entendiéndose en tal evento que la inscripción que se hizo al tercero antes mencionado opera los efectos propios de la tradición. Como dice un autor, citando numerosas sentencias de la Corte Suprema, “esta doctrina, tocante a la sanción que se sigue si el heredero enajena el inmueble hereditario sin practicar previamente las inscripciones del artículo 688 del Código Civil, ha formado jurisprudencia uniforme en el tiempo”.¹¹

La sanción que resulta de aplicar el artículo 696 presenta, a nuestro juicio, un alcance más riguroso que la nulidad, que se observa, especialmente, en relación con la institución de la prescripción adquisitiva: desde el momento que la persona a quien los herederos enajenaron el inmueble no adquiere la posesión sobre el mismo, aunque lo tenga en su poder por largo tiempo, no podrá adquirir el dominio por prescripción adquisitiva, mientras no se efectúen las inscripciones del artículo 688. Tal alcance no es, sin embargo, el que atribuye el autor antes citado a una sentencia de la Corte Suprema del año 1928 cuando dice que “la sanción, si se dispone omitiendo estas formalidades, es la que indica el artículo 696 del mismo Código, por lo demás acorde con el artículo 679, es decir, no se transfiere ni constituye el derecho, pero la inscripción del adquirente le confiere posesión habilitándolo para prescribir”.¹² El claro tenor del artículo 696, en cuanto a que mientras no se efectúe la inscripción que falta -en la especie, las del artículo

¹¹ y ¹² Emilio Riosco Enríquez, “La Posesión Inscrita ante la Jurisprudencia”, Editorial Jurídica de Chile, 2ª. Edición, 1996, pp. 79 y 80.

lo 688- no se adquiere la posesión, nos lleva a discrepar de esta interpretación y a estimar, por el contrario, que la posesión material que pueda haber adquirido la persona a quien los herederos enajenaron el inmueble por la entrega material de éste, no habilita para prescribir.

- c) La falta de inscripción de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de un derecho real inmueble, no presenta problemas de interpretación: Impedirá, simplemente, que el beneficiado con dicha sentencia la pueda hacer oponible a terceros, mientras no se efectúe la inscripción.

1.26. Causales de invalidez de la tradición

Los artículos 672 a 677 contemplan diversos requisitos para la “validez de la tradición”, lo que hace suponer que su omisión acarrea la invalidez o nulidad de la tradición.

Analizaremos los artículos mencionados, con el objeto de establecer en cada uno de los casos cual es el requisito exigido y que sanción procede aplicar en caso que falte, advirtiendo desde ya que no siempre ésta es la nulidad, como parece sugerir el texto de las disposiciones citadas:

- a) **Dice el artículo 672: “Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante. 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.”**

De una primera lectura del artículo transcrito se podría inferir que la voluntad del tradente es un requisito de validez de la tradición, lo que pugna con la doctrina clásica en lo relativo a los requisitos de los actos jurídicos, pues ésta considera que la voluntad es el primer requisito de existencia de todos los actos y convenciones, en términos tales que si falta la voluntad no hay acto jurídico; éste, en suma, es inexistente.

Si se estimara que para el Código la voluntad del tradente es un requisito de validez de la tradición, cabría concluir que la sanción por su omisión

sería la nulidad absoluta, toda vez que dicho requisito se exige para el valor de la tradición en atención a su naturaleza o especie, y no a la calidad o estado de las personas que la celebran, por lo que llama poderosamente la atención el hecho que el artículo transcrito permite el saneamiento por ratificación, lo que contraría abiertamente los principios de la nulidad absoluta, en virtud de los cuales ésta se sana sólo por el transcurso del tiempo. Hay autores que llegan a sostener que “la ley ha modificado el rigor de estos principios, estableciendo en los incisos segundos de los artículos 672 y 673, que si falta la voluntad de una de las partes, la tradición se valida retroactivamente por la ratificación de la parte que no hubiera prestado su consentimiento”.¹³

Como no nos parece aceptable atribuir al artículo un sentido que pugna en forma tan manifiesta con principios generales de derecho, y buscando, por el contrario, una interpretación coherente con los mismos, nos preguntamos, en primer lugar, qué significa que falte la voluntad del tradente o de su representante.

Si concebimos el acto jurídico tradición como una entrega que hace una persona a otra, requisito esencial para que dicha entrega exista jurídicamente, es que una de las partes consienta en traspasar la cosa. Si no existe la voluntad de entregar sino que una totalmente distinta que resulta, por ejemplo, del hecho que el traspaso de la cosa se produce, no como consecuencia de un acto voluntario, sino con ocasión de que una persona la arrebató a otra, no existe bajo ningún concepto una entrega y, por lo mismo, no hay tradición.

El artículo 672, en consecuencia, mal podría interpretarse en el sentido de que es nula la tradición si falta en una de las partes la voluntad de entregar. Toda entrega supone en esencia un hecho voluntario de dos partes: una que traspasa voluntariamente la cosa a la otra que voluntariamente la recibe. Si falta la voluntad de una cualquiera de las partes no hay tradición ni se producen los efectos de ésta, lo que descarta por completo la posibilidad de una nulidad. Sabido es que el acto anulable es aquel que llega constituirse y a adquirir existencia jurídica, lo que justifica que produzca sus efectos mientras no se invalide por la declaración de nulidad. Por lo mismo, el acto no es anulable si ni siquiera llegó a constituirse como tal, lo

¹³ Antonio Vodanovic, op. cit. p. 330.

que impidió que produjera ningún efecto. Bajo esta prevención es útil advertir que el artículo dice que la tradición debe ser hecha voluntariamente por el tradente, quien de acuerdo con lo señalado por el artículo 671 es “la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre.” De lo anterior se infiere que no es posible concebir que falta la voluntad del tradente cuando el dueño de la cosa la entrega a otro, lo que supone que el dueño actúa personal y directamente en el acto que constituye la entrega; o cuando la entrega una persona que actúa a nombre de aquél y que tiene poder para representarlo en el acto. Aquí calza perfectamente la situación con la definición que de tradente da el artículo 671: persona que por la tradición transfiere el dominio -lo que significa que tiene que ser el dueño- de la cosa entregada por él o a su nombre. Por la inversa, es posible asumir que falta la voluntad del tradente cuando no es el dueño de la cosa, sino que otra persona que carece de poder para representarlo, quien hace la entrega. Un hecho queda claro: se verifica voluntariamente una entrega. Pero quien la entregó a título de tradición no tenía la facultad para hacerlo, pues no era dueño de la cosa y tampoco era el representante legal o mandatario del dueño que pudiera actuar en representación de éste.

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 al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por el que tiene la facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño.” Así, falta la voluntad del tradente o, más precisamente, del dueño, en la hipótesis de que 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 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.

Cabe preguntarse, a continuación, si el consentimiento del dueño constituye un requisito de validez de la tradición, en términos tales que si dicho consentimiento faltara, la tradición podría invalidarse a través de la declaración judicial de nulidad. En otras palabras: ¿Constituye un vicio de nulidad de la tradición la falta de consentimiento del dueño?

Nos inclinamos por la respuesta negativa, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 682: "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. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición". La sanción que específicamente contempla la ley para la tradición hecha por quien no es el verdadero dueño de la cosa no es la nulidad, sino que impedir que la tradición produzca el efecto de transferir el dominio. Aún no siendo el tradente dueño de la cosa, la tradición existe como tal y surte efectos de significatividad importante: permite, por una parte, que el adquirente adquiera los derechos transferibles del tradente sobre la cosa; y, por otra, que el adquirente adquiera la posesión de la misma, esto último según se desprende del artículo 683. No se necesita la declaración de nulidad de la tradición para que se produzcan las consecuencias anotadas, las que surgen por la sola circunstancia de que quien hizo la tradición resulta no ser el verdadero dueño de la cosa.

Cabe tener, asimismo, presente que la tradición de una cosa ajena, esto es, que no pertenece al que la entrega y sin que éste represente al propietario, no produce efectos con respecto al dueño de la cosa, lo que se explica por el hecho que no tiene la calidad de parte en el acto de enajenación. La tradición es inoponible al dueño, de lo que resulta una consecuencia importante: si con ocasión de la entrega de la cosa que hizo una persona que no era dueña de la misma ni representaba al dueño, el verdadero propietario perdiera la posesión de la cosa, éste podrá recuperarla ejerciendo la acción reivindicatoria. En cambio, si la tradición hecha por quien no es dueño de la cosa produjera efectos con respecto al propietario, éste perdería el dominio, dejaría de ser titular de dicho derecho real y, por lo mismo, no podría reivindicar, porque la acción reivindicatoria corresponde al dueño.

Por excepción la tradición de una cosa ajena es oponible al dueño y produce efectos respecto a éste en los dos casos que menciona la ley: cuando el dueño o el representante del dueño ratifican la tradición o cuando el que hizo la entrega de la cosa adquiere con posterioridad el dominio de la misma por cualquier modo de adquirir. En ambos casos la ley establece el efecto retroactivo, consistente en fingir que quien entregó la cosa tenía la calidad de dueño al momento de la tradición.

Es interesante recordar que la venta de cosa ajena, que sirve de título a la tradición que se haga en virtud de ella, tampoco se sanciona con nulidad, atendido lo dispuesto por el artículo 1815: "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".

Tanto la venta como la tradición de cosa ajena son inoponibles al dueño en el sentido, como veíamos antes, que no producen efectos respecto a éste. En relación con el dominio del dueño, ni la una ni la otra alteran o modifican tal derecho, que sigue radicado en el propietario, con lo cual no se manifiesta un menoscabo para el dominio que surja como consecuencia de la venta o de la tradición de una cosa ajena. Sin embargo, verificada la tradición por quien no es dueño, el propietario se va a ver perjudicado, no en lo que atañe a su derecho de dominio, que se conserva intacto, sino en cuanto a que la tradición que se hizo a un tercero le va a significar la pérdida de la posesión de la cosa, y como consecuencia de lo anterior eventualmente la pérdida del dominio, si el poseedor de la cosa adquiere el dominio de ésta por prescripción adquisitiva. Lo anterior se evita si el propietario, con ocasión de la acción reivindicatoria que puede entablar en contra de dicho tercero, recupera legalmente la posesión de la cosa, con lo que se entiende que nunca la ha perdido.¹⁴

¹⁴ Hemos dicho que la tradición es un pago efectivo. Es decir, el obligado a hacer la tradición extingue su obligación por la prestación de lo que debe. En armonía con lo dispuesto por el artículo 672 está el artículo 1575, que dice: "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. Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar".

Pese a que la ley reitera el concepto de nulidad de la tradición al decir que "no es válido" el pago hecho por quien no es dueño, insistimos en que la sanción aplicable no es la nulidad del pago, sino que otra: el obligado a transferir el dominio, desde el momento que la tradición que hizo no permitió la adquisición de éste, no extingue su obligación, la que sigue vigente.

- b) Dice el artículo 673: “La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante.

Pero la tradición que en su principio fue inválida por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación.”

Tal como analizábamos en la letra anterior lo que significa que falte el consentimiento del tradente, cabe preguntarse cuándo falta el consentimiento del adquirente.

Como lo hemos dicho reiteradamente, toda entrega supone como elemento esencial, no sólo la voluntad de la persona que quiere traspasar la cosa a otra, sino que también la voluntad de la segunda, en el sentido que acepta recibir la cosa.

No hay entrega, por ende, si no hay recepción de la cosa. Estamos ciertos que el artículo 673 transcrito no se refiere a esta situación y que sí, en cambio, se plantea la hipótesis de que falte la voluntad, no del recibe la cosa, sino que del adquirente, esto es, de la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre. No puede faltar la voluntad del adquirente si éste personal y directamente recibe la cosa. Pero sí puede entenderse que falta la voluntad del adquirente si éste no recibió personalmente la cosa, sino que un tercero, que la recibió a nombre del primero sin tener poder para representarlo. Por ejemplo, una persona compra una cosa a nombre de otra, sin ser representante de ésta, y efectuada la tradición la recibe a nombre de quien dijo representar. El adquirente, en este caso, no es la persona a nombre de la cual se adquirió la cosa porque falta, precisamente, la voluntad de ésta y sabido es que nadie está obligado a adquirir derechos en virtud de una convención que opera el nacimiento o traspaso de éstos contra su voluntad. Tampoco en esta hipótesis la tradición es nula; como dice la ley es “inválida”, en el sentido que es ineficaz, pero solamente respecto de la persona a nombre de quien se recibió la cosa, para quien la tradición es inoponible. Sin embargo, esta persona puede aceptar que la tradición que efectuó otra sin poder para representarla produzca efectos a su respecto, es decir, que le sea oponible. Y ello se producirá si ratifica la tradición, con lo cual acepta la calidad de adquirente.

- c) Dice el artículo 674: “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.”

En esta disposición la ley se refiere, al igual que en los dos artículos anteriores, a la tradición hecha por una persona que actúa a nombre de otra, pero con la diferencia que, en este caso, quien realiza la tradición a nombre del tradente o del adquirente, tiene la calidad de representante de éste o de aquél.

La representación puede ser legal o voluntaria. La diferencia entre ambas surge como consecuencia de que el poder que tiene una persona para representar a otra puede emanar directamente de la ley o de un acto voluntario del representado. El mandatario tendrá la calidad de representante voluntario del mandante si éste le ha dado poder de representación, es decir, le ha conferido la potestad de celebrar actos a su nombre.

Para que se produzcan los efectos de la representación no basta con que la persona que actúa a nombre de otra tenga la representación legal o voluntaria. Es menester, además, que el representante obre dentro de los límites de su mandato o representación legal, es decir, debe ajustarse estrictamente a las facultades que contempla el poder de representación. Y dichas facultades son, en el caso de la representación legal, las que establece la ley; y en el caso de la representación voluntaria las que establece la persona que otorga el poder y, supletoriamente, las que contempla la ley en el contrato de mandato. La extralimitación del poder resulta, por ejemplo, cuando una persona que tiene poder para realizar un determinado acto como es comprar una cosa a nombre del representado, y que tiene respecto a éste la calidad de representante legal o mandatario, realiza un acto distinto, como es vender una cosa de propiedad del representado.

El artículo 674 requiere para la validez de la tradición que el representante que actúa a nombre del tradente o adquirente obre dentro de los límites del poder, de lo que podría desprenderse que si no se cumple este requisito la tradición es nula. Creemos, sin embargo, que tampoco se da en este caso una situación de nulidad.

La sanción de nulidad es coherente con la antigua doctrina que atribuye a la representación la naturaleza jurídica de una ficción de la ley, en virtud de la cual se finge que es directamente la voluntad del representado la que da existencia al acto, como si éste lo hubiera celebrado personalmente, siempre que el representante actúe con poder suficiente y obre dentro de los límites del mismo. En caso contrario, se entiende que falta la voluntad del representado, indispensable para la eficacia del acto.

Cabe tener en consideración que la teoría de la ficción de la ley para explicar la representación y sus efectos ha sido desechada por la doctrina moderna, que atribuye a la representación una naturaleza jurídica radicalmente diferente: la de modalidad del acto jurídico en que incide, porque con las modalidades se produce una alteración o cambio de los efectos o de la manera en que operan los efectos de un acto. En tal sentido, la representación es una modalidad, porque lo normal o natural en lo relativo a los efectos de un acto jurídicos es que éstos se radiquen en las personas que han concurrido personalmente y en forma directa a su celebración; y en el acto jurídico que una persona celebra a nombre de otra se altera la normalidad porque los efectos del acto no se van a radicar en la primera sino que en la segunda.

Para que la representación opere jurídicamente como modalidad y se produzca la alteración que la modalidad supone, es indispensable que el representante se atenga estrictamente a las potestades que le confiere el poder. Si el representante no tiene facultades suficientes para realizar el acto de que se trata o si el poder señala límites o restricciones para ejercer las facultades o para la celebración de ciertos actos, apartándose el representante de las facultades o límites del poder, no significa con ello que el acto celebrado adolece de un vicio de nulidad. Simplemente no se producirá la alteración a que la modalidad está encaminada; los efectos del acto, siguiéndose los principios generales, sólo se radicarán en las partes que personal y directamente concurrieron a su celebración o, lo que es igual, el acto va a producir efectos respecto de la persona que actuó a nombre de otra y no respecto de la persona a nombre de quien la primera lo celebró.

En nuestro concepto, debe interpretarse el artículo 674 sobre la base de que la representación es una modalidad de los actos jurídicos. En consecuencia, para que se produzcan los efectos de la representación, la parte que comparece a nombre del tradente o del adquirente debe obrar confor-

me al poder. Sólo así la tradición produce efectos para el representado. Si quien entrega la cosa a nombre del dueño tiene poder para representarlo y actúa de conformidad con el poder, la tradición transfiere el dominio al adquirente. En cambio, si quien hace la tradición a nombre del dueño obra sin ajustarse a las facultades o limitaciones del poder, la entrega que haga a nombre del tradente no transfiere el dominio al adquirente, pues quien hizo la entrega no era dueño de la cosa ni representaba verdaderamente al dueño en lo que atañe a la enajenación de la misma. Es decir, se producen los mismos efectos que veíamos al analizar la tradición cuando el tradente no es el dueño de la cosa. En tal caso, la tradición no afecta al dueño; es ineficaz respecto a éste porque le es inoponible, y su derecho de dominio se conserva incólume. Pero como la entrega que se hizo de la cosa en virtud de un título translativo permite a quien la recibe adquirir posesión, lo que necesariamente implica que el dueño pierde la posesión que tenía sobre la cosa, este último podrá recuperarla entablando, por ejemplo, una acción reivindicatoria.

Por excepción, la entrega que hace a nombre del dueño una persona que no lo representa, se entiende que transfiere el dominio cuando el dueño ratifica la tradición en forma expresa o tácita. Por la ratificación el dueño acepta hacer oponibles para su persona los efectos del acto que, de otro manera, no lo alcanzarían.

Algo similar ocurre en la situación inversa, cuando una persona participa en la tradición como representante de quien tenía derecho a exigirla en virtud de un título translativo de dominio. Si el representante obra dentro de los límites del poder, se producen los efectos de la representación, entendiéndose que la tradición se ha hecho a la persona a nombre de la cual el representante recibió la cosa y tal persona es la que adquiere el dominio si el tradente es dueño. En cambio, si el representante no obra dentro de los límites del poder, la tradición no produce efectos respecto del representante; para éste viene a ser lo mismo como si la tradición nunca se hubiera efectuado.

Como conclusión, en la tradición hecha por un representante legal o mandatario que no obra dentro de los límites del poder, no existe un vicio que pueda acarrear la nulidad de la tradición. Lo que ocurre es, simplemente, que la tradición no produce efectos para el representado, lo que significa que no es oponible a éste.

d) **Dice el inciso 1° del artículo 675: “Para que valga la tradición se requiere un título translativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.”**

También esta disposición da a entender como un requisito de validez de la tradición, cuya omisión se sancionaría con nulidad, la existencia de un título translativo de dominio.

Pensamos que tampoco se trata aquí de un problema de nulidad. Lo que ocurre es que el título translativo de dominio es un requisito esencial para que la tradición transfiera el dominio. Su omisión no es causal de nulidad de la tradición, sino que impide que ésta produzca el efecto de transferir el dominio e, inclusive, impide que la entrega haga nacer posesión en la persona que recibe la cosa.

Por su parte, el inciso 2° del artículo 675 agrega: “se requiere además -para que valga la tradición- 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.”

Cuando mencionábamos que la tradición para transferir el dominio requiere un título translativo, señalamos que el título debe ser válido, particularmente respecto de la persona a quien se confiere. Cuando el título adolece de algún vicio de nulidad, lo que se puede pedir es la nulidad del contrato y no la nulidad de la tradición. Sin embargo, y aunque la tradición no adolece de un vicio de nulidad por el solo hecho de que éste exista en el contrato translativo, la declaración de nulidad del contrato produce importantes consecuencias en la tradición que se efectuó en virtud de tal título: impide que ella produzca el efecto de transferir el dominio, pues se supone en virtud del efecto retroactivo de la nulidad que nunca existió el título translativo.

Sin perjuicio de lo anterior, la declaración de nulidad del título no obsta a que la tradición que se hizo opere un efecto significativo: igual la persona que recibe la cosa adquiere la posesión. Con ello el legislador revela que en esta particular situación se aparta de los principios generales de la nulidad, según los cuales una vez declarado nulo el contrato debe entenderse que jamás existió, y, consecuentemente, al no existir el contrato

translativo, la entrega que se hizo de la cosa no haría nacer posesión. La ley, si bien aplica los efectos generales de la nulidad en cuanto a la transferencia del dominio, según los cuales mal podría la tradición operar dicha transferencia porque nunca existió el título nulo, hace una excepción a tales efectos en cuanto a la adquisición de la posesión, toda vez que entiende, en el hecho, existente el título nulo en virtud del cual se hizo la tradición, para el solo objeto de que se justifique la posesión adquirida en virtud de ésta.

Por ejemplo, una persona vende a otra una cosa y le hace la tradición. Posteriormente se declara la nulidad de la compraventa. Si bien la nulidad impide que la tradición opere la transferencia del dominio, no impide que la persona que recibió la cosa en mérito del contrato nulo adquiera la posesión de la misma, aunque como se verá más adelante, esta posesión va a ser irregular, pues no es justo título el que adolece de un vicio de nulidad (artículo 704).

e) **Dice el artículo 676: “Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se hace la entrega, ni en cuanto al título. Si se yerra en el nombre sólo es válida la tradición.”**

Y agrega el artículo 677: “El error en el título invalida la tradición, sea cuando una sola de las partes supone un título translativo de dominio, como cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, y por la otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación, o sea cuando por las dos partes se suponen títulos translativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo y por otra donación.”

El legislador consideró necesario reglamentar el error en la tradición, si bien los artículos 676 y 677 se inspiran en los principios generales establecidos para el error llamado en doctrina esencial y para el error en la persona, contenidos en los artículos 1453 y 1455, respectivamente.

Veremos a continuación cada una de las hipótesis de error previstas en los artículos 676 y 677:

1) El error recae en la identidad de la especie que debe entregarse.

Como primer comentario, cabe hacer presente que el error en la identidad de la cosa específica de que se trata constituye una de las situaciones de error esencial que recoge el artículo 1453, ubicado entre las disposiciones generales que regulan el error como vicio del consentimiento. Por lo general, tal error se produce en el contrato, en el título translativo, y no en la tradición. Así, en un contrato de compraventa es posible que una parte entienda vender cierta cosa determinada, y la otra entienda comprar otra, de lo que resulta que el vendedor cree que debe hacer la tradición de cierta cosa y el comprador cree que tiene derecho a exigir la tradición de otra. Pero también puede haber error en la tradición misma, cuando el tradente equivocadamente cree entregar una cierta cosa determinada y en verdad entrega otra distinta; o cuando el adquirente cree equivocadamente recibir una cierta cosa determinada y en realidad recibe otra. A simple vista, parece más probable el error en el tradente y más difícil en el adquirente, al menos cuando la entrega se verifica por la aprehensión material de una cosa presente, pues el adquirente normalmente no va a aceptar recibir un individuo distinto del que se le debe. Pero es posible la ocurrencia de este error en el adquirente, en caso por ejemplo que el tradente, obligado a hacer la tradición de una cosa específica con una determinada identidad, entrega a aquél las llaves del lugar en que no se encuentra la cosa debida, sino que otra con una identidad diferente. El problema no es de fácil solución en la práctica, pues si el tradente que entregó lo que, en verdad, no debía pretende su restitución, el adquirente puede negarse a ella, alegando que desde el momento que el deudor entregó una cosa distinta que la debida con el consentimiento del acreedor, se extinguió la obligación por un modo de extinguir que no es el pago efectivo, sino que la dación en pago; y, por la inversa, lo mismo podría argumentar el tradente si el adquirente alega que no se extinguió la obligación por el hecho de haber recibido una cosa distinta de la debida. Sin embargo, para que exista la dación en pago y para que opere el efecto de extinguir una obligación, es menester que quien entrega la cosa lo haga en cabal conocimiento de que ésta no es la que debe; y recíprocamente, quien recibe la cosa lo haga en cabal conocimiento de que ésta no es la debida. La falsa representación de la realidad que puede haberse hecho cada una de las partes, una en cuanto a lo que realmente entrega, y otra, en cuanto a lo que realmente recibe, constituye un error que vicia el consentimiento en la tradición. Insistimos: el error no

se produce en el título, lo que significa que en virtud del contrato translativo las partes entendieron perfectamente y están de acuerdo en que una tiene que entregar un individuo de una identidad determinada y la otra que tiene derecho a exigir la entrega de ese individuo. El error se produce en la tradición, pues quien cree estar entregando una cosa con una determinada identidad, en realidad entrega otra con una identidad distinta; y por la inversa, quien cree recibir una especie con una determinada identidad recibe, en verdad, una diferente.

El error en la identidad de la cosa específica de que se trata a que se refiere el artículo 1453 -“como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra”- se sanciona en doctrina con la inexistencia del acto, pues revela que no hay un acuerdo de voluntades en relación con la cosa determinada que constituye el objeto del acto; falta la voluntad que es el primer requisito de existencia. Entre los autores chilenos, se inclinan por la sanción que postula la doctrina aquellos que creen que la inexistencia es una causal de ineficacia que acoge el Código Civil; y la rechazan, en cambio, los que sostienen que la inexistencia jurídica, si bien aceptable en doctrina, no tiene reconocimiento en el Código, por lo que el error esencial debe sancionarse con la nulidad. Para la mayoría de quienes sustentan esta última tesis, la sanción sería la nulidad absoluta por faltar la voluntad; para otros la sanción sería la nulidad relativa porque el error esencial vicia el consentimiento, como lo dice el artículo 1453 y lo reitera el 1454, y los vicios del consentimiento se sancionan con la nulidad relativa. A nuestro juicio, la hipótesis de error en la identidad de la especie que debe entregarse que regula la primera parte del artículo 676, no coincide en términos esenciales con la hipótesis de error esencial en la identidad de la cosa específica de que se trate, que establece el legislador como regla general en el artículo 1453. Y ello por- que éste supone que el error de las partes en la cosa objeto del contrato es de tal magnitud, que impide el acuerdo de voluntades indispensable para que el contrato nazca. En cambio, en la tradición, aunque una de las partes sufra error en la identidad de la cosa que entrega o que recibe, no puede desconocerse que existe el acuerdo de voluntades indispensable para que tal acto exista, en tanto el tradente entrega una cosa y el adquirente la recibe. Lo que ocurre aquí, claramente, es que el consentimiento de una de las partes está viciado porque creyó entregar una cosa y en verdad entregó otra; o porque creyó recibir una cosa y en verdad recibió otra. La diferen-

cia entre las hipótesis de error del artículo 1453 y del artículo 674 justifica que el legislador hubiera dictado esta última disposición, que de otro modo, y si hubiera coincidido con la situación del artículo 1453, hubiera sido innecesaria. Concluimos, en consecuencia, que el error en la identidad de la especie que debe entregarse en la tradición, constituye un vicio del consentimiento, que como tal se sanciona con la nulidad relativa de la tradición.

2) El error recae en la persona a quien se hace la entrega (artículo 676).

En esta hipótesis, el error no se advierte en el contrato, sino que en la tradición, por lo que es útil formular una distinción: si el error en la persona incide en el contrato translativo, significa que el obligado a la tradición cree equivocadamente que debe hacerla a una determinada persona, en circunstancias que tiene que hacerla a otra. En cambio, si el error en la persona incide en la tradición, significa que quien hizo la tradición creyendo que entregaba la cosa a una persona con una identidad determinada, en realidad la entregó a una persona diferente.

La tradición es uno de los actos llamados en doctrina "in iutu personae" pues la entrega debe hacerse en consideración a una persona determinada: aquella que tiene el derecho personal para exigirla. Por lo tanto, el error que sufre el tradente en la persona a quien hizo la entrega y que resulta del hecho de tener ésta una identidad distinta a la que creía, permite que la víctima del error solicite la rescisión o nulidad relativa de la tradición, que le permitirá recuperar la cosa entregada.

Como lo dice el Código, el solo error en el nombre y no en la persona, no invalida la tradición (artículo 676 inciso final).

3) El error recae en el título, lo que supone que una parte entiende que el título es translativo y la otra entiende que el título es de mera tenencia -por ejemplo, una parte tiene el ánimo de entregar a título de comodato y la otra tiene el ánimo de recibir a título de donación- o ambas partes entienden títulos translativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo y por otra donación (artículo 677).

Esta es la hipótesis de error esencial contenida en la primera parte del

artículo 1453: "el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación."

Creemos que el artículo 677 es innecesario, desde el momento que a idénticas conclusiones se hubiera llegado aplicando exclusivamente el artículo 1453. Cabe, sí, mencionar que a diferencia de los otros casos de error que hemos analizado, la falsa o equivocada representación de la realidad que constituye jurídicamente el error, se produce, en este caso, en el contrato translativo, y no en la tradición, de lo que resulta que el contrato translativo va a ser ineficaz para sustentar, como título, la tradición que pudiera efectuarse en virtud de él.

De la sola lectura del artículo 677 se desprende que contempla dos situaciones: En la primera, las partes que celebran el contrato, si bien están conscientes de que una de ellas asume la obligación de entregar una cosa a la otra, discrepan en cuanto al exacto contenido y efectos jurídicos de tal obligación: una cree que el deudor debe hacer la tradición de la cosa que permita la transferencia del dominio, lo que resulta del entendimiento de que el contrato es translativo de dominio; y la otra cree que el deudor debe hacer una simple entrega que no habilita para la transferencia del dominio, lo que resulta del entendimiento de que el contrato no es translativo sino que constituye un título de mera tenencia. Las partes se equivocan o yerran pero no en el derecho: su error no resulta de una falsa interpretación de la ley, producto de la ignorancia de una norma jurídica o de su equivocada interpretación, en lo relativo a las distintas obligaciones que asumen las partes en un contrato translativo y en un contrato que no lo es. El error de las partes es de hecho: una entiende que entrega en arrendamiento una cosa, por ejemplo, y la otra entiende que tal cosa le fue donada. Es evidente que falta el consentimiento de las partes en lo relativo al contrato que celebran; no se produce el acuerdo de voluntades indispensable para que el contrato nazca, lo que deriva del hecho que la voluntad de cada una de las partes está orientada o dirigida a un contrato totalmente diferente del que la otra cree estar celebrando. Si no hay consentimiento, no hay contrato, lo que es jurídicamente consistente, a nuestro juicio, con la sanción de la inexistencia que postula la doctrina. Creemos que en este caso el error no constituye un vicio del consentimiento, porque no hay consentimiento, y no puede estar viciado lo que no existe. Reconocemos, sin embargo, que

este criterio no es unánime, producto de que la controversia en lo relativo a si la inexistencia jurídica se encuentra o no reconocida como sanción en nuestro ordenamiento positivo y que desde hace largos años divide a la doctrina nacional, se mantiene todavía en vigencia.

Sea que se considere que no hay contrato o que lo hay, caso en que éste debe anularse, de lo que no cabe duda es que la entrega que pudo haberse efectuado de la cosa no justifica la posesión de la misma. Indudablemente quien recibe la cosa no adquiere la posesión, porque aunque hubiera entendido que la entrega se le hizo en mérito de un título translativo, quien entregó la cosa lo hizo con el entendimiento contrario. Y para que se adquiriera la posesión de una cosa es indispensable que la entrega se haya fundamentado en un título translativo de dominio, entendido en su carácter de tal por ambas partes. Del mismo modo, quien recibe la cosa no puede retenerla como mero tenedor, ya que tampoco existe el acuerdo de las partes en orden a que el título que justifica la entrega es de mera tenencia.

En la segunda situación del artículo 677 las partes también yerran en lo relativo al contrato que creen estar cada una de ellas celebrando; pero con un matiz de error ligeramente diferente al antes analizado: ambas partes coinciden en que el contrato que celebran es translativo de dominio y que una de ellas está obligada a hacer la tradición de la cosa que permita la transferencia del dominio. Discrepan, en cambio, en la especie de contrato translativo que cada una cree celebrar: así una puede entender compra-venta y la otra donación. Tampoco en este caso se advierte el acuerdo de voluntades indispensable para la existencia de un contrato. No basta que tal acuerdo se produzca en relación con la calidad de translativo del título; es menester, además, el acuerdo de las partes en lo relativo al contrato específico que están celebrando. En consecuencia, la tradición que se pudo haber efectuado no transfiere el dominio porque no existe jurídicamente el contrato translativo que ésta requiere para producir tal efecto.

Cabe preguntarse, sin embargo, si la tradición que se efectuó, a lo menos, bajo el entendimiento común de las partes de que se hacía en mérito de un título translativo, permite a quien recibió la cosa adquirir posesión. Si se estimara que la sanción que corresponde aplicar al contrato celebrado por las partes es la nulidad y no la inexistencia, la respuesta a esta pregunta sería afirmativa pues, como veremos más adelante, la ley entiende que la

tradición efectuada por un título translativo nulo permite, sin embargo, posesión en el adquirente, aunque esa posesión sea irregular. En nuestra opinión, y aún asumiendo como sanción la inexistencia del contrato, debería entenderse que la tradición permite la adquisición de la posesión, por lo que no puede desconocerse como una realidad que la tradición que efectuó una de las partes se hizo con el entendimiento de la otra de que debía permitir la transferencia del dominio, toda vez que ambas coincidían en que la obligación de hacer la tradición emanaba de un título translativo. Si bien la tradición no resulta jurídicamente consistente porque se funda en un contrato que en estricto rigor no existe, sería posible apreciarla, a nuestro juicio, como uno de los títulos que el N° 4° del artículo 704 considera meramente putativos, es decir no reales pero con una apariencia de realidad lo suficientemente sólida como para justificar que sirvan como título posesorio.

Antes de terminar el estudio de las disposiciones relativas al error en la tradición, cabe reparar que el artículo 678, que es el último de éstas, señala que “si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición.” Este artículo pretende zanjar una antigua discusión doctrinaria en lo relativo a si en la tradición que se hace por medio de un representante, sea legal o voluntario, sólo vicia el consentimiento el error que sufra el representado -que en la antigua doctrina de la representación, por una ficción se entiende que manifiesta su voluntad, de modo que sólo ésta podría estar viciada- o si podría, asimismo, entenderse viciado el consentimiento por el error en que incurra el representante.

1.27. Desde cuándo se puede pedir la tradición

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 681, “se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga decreto judicial en contrario.”

En consecuencia, la exigibilidad de la tradición dependerá de si se ha fijado o no un plazo en el contrato translativo. En el primer caso, se podrá exigir una vez vencido el plazo; y en el segundo, inmediatamente después de perfeccionado el contrato. Así, en el contrato de compraventa, si no se hubiere estipula-

do un plazo para hacer la tradición, ésta puede exigirse por el comprador inmediatamente después del contrato (artículo 1826). Lo anterior se entiende siempre que, como dice el artículo 681, no intervenga decreto judicial en contrario, esto es, una resolución del juez que impida al deudor cumplir su obligación de hacer la tradición y al acreedor exigirla, como por ejemplo, una prohibición de enajenar o, más amplia, de efectuar cualquier acto en relación con la cosa.

1.28. Tradición bajo condición

Dice el artículo 680: “La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.”

Del artículo transcrito se pueden distinguir dos situaciones: tradición bajo condición suspensiva y tradición bajo condición resolutoria. Se refiere el artículo, además, a la llamada cláusula de no transferirse el dominio sino por el pago del precio o hasta el cumplimiento de una condición en el contrato de compra-venta, todo lo cual analizaremos en las letras siguientes:

a) Tradición bajo condición suspensiva

La tradición bajo condición suspensiva se produce cuando el tradente entrega la cosa al adquirente, pero bajo la modalidad de que la entrega efectuada no se entiende que transfiere el dominio, a menos que se cumpla una determinada condición. No debe confundirse la tradición bajo condición suspensiva con la obligación condicional de hacer la tradición. Esta última surge cuando en el contrato translativo las partes estipulan que el deudor quedará obligado a hacer la tradición de la cosa sólo si se cumple una condición. En cambio, en la primera, la obligación de hacer la tradición no es condicional, tanto así que dicha obligación se cumple y el deudor hace la tradición de la cosa. Lo que ocurre en este caso es que el efecto de la tradición de transferir el dominio queda subordinado al cumplimiento de una condición suspensiva. Por ejemplo, en un contrato de donación las